

Regolazione e concorrenza nei servizi di pagamento*

SOMMARIO: 1. Il modello regolatorio nel settore dei servizi di pagamento: necessità di autorizzazione sulla base del mero accertamento di requisiti tecnici; apertura del sistema a soggetti non bancari. – 2. Inquadramento del modello nelle previsioni costituzionali. – 3. La promozione della concorrenza nella regolazione di settore dei servizi di pagamento. – 4. L'applicazione delle norme generali di concorrenza. L'analisi economica dei mercati dei servizi di pagamento. – 5. Il *favor* tradizionale per l'autoregolazione privata dei servizi di pagamento. – 6. L'attuale fase di transizione verso un più rigoroso scrutinio degli strumenti di autoregolazione privata. – 7. La disposizione di favore dell'art. 20, co. 5-bis, lett. a, l. 10 ottobre 1990, n. 287, e la sua scarsa incidenza pratica. Recenti sviluppi con il d.l. 1 del 2012. – 8. Critiche dottrinali all'orientamento "apologetico" verso l'autoregolazione dei mercati dei servizi di pagamento. – 9. La direttiva 2007/64/CE e l'apertura della fase di transizione.

1. Il modello regolatorio nel settore dei servizi di pagamento: necessità di autorizzazione sulla base del mero accertamento di requisiti tecnici; apertura del sistema a soggetti non bancari.

Il tema della concorrenza nel settore dei servizi di pagamento può essere trattato distinguendo due profili: (i) le norme di regolazione specifica del settore; (ii) l'applicazione al settore stesso delle norme generali di concorrenza.

Sotto il primo profilo, un rilievo iniziale da fare è che il mercato dei servizi di pagamento avanzati si è formato e si è evoluto spontaneamente, su base privatistica, con una spiccata tendenza alla formazione di monopoli di fatto a livello nazionale¹. L'intervento comunitario è stato

* Il presente scritto costituisce una versione aggiornata ed emendata di un precedente articolo, pubblicato in *Banca borsa e titoli di credito*, 2011, I, p. 181 ss.

¹ GRANIERI, *Le liberalizzazioni nel sistema dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni* in BANCA D'ITALIA, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, Roma, 2008, p. 100.

dunque giustificato, oltre che dalla usuale esigenza di “armonizzazione” delle regole di funzionamento dei mercati, anche dall’esigenza di sostenere una concorrenza effettiva fra soggetti partecipanti ai diversi sistemi di pagamento.

In questo quadro, le scelte fondamentali di politica legislativa, dettate dalla direttiva europea, sono nel senso di imporre una regolazione amministrativa del settore, sotto forma di vigilanza permanente sullo stesso, ma anche di garantire la massima apertura dei mercati in questione².

Dunque, la prima regola dettata dal diritto europeo è quella relativa alla necessità di un’autorizzazione amministrativa per l’avvio dell’attività degli istituti di pagamento (art. 5 Dir. 64/07); l’autorità competente a rilasciare le autorizzazioni e a vigilare sul rispetto delle condizioni di autorizzazione è autonomamente designata da ciascuno Stato membro; nell’ordinamento italiano si è ragionevolmente preferito accentuare le competenze presso la Banca d’Italia (art. 114-*septies* t.u.b., introdotto con d.lgs. 11/2010)³.

In ogni caso, la disciplina europea caratterizza questo mercato come uno di quelli in cui non può essere garantita una libertà assoluta di ingresso, perché un tale regime darebbe luogo a rischi troppo elevati per alcuni interessi collettivi necessariamente coinvolti nelle attività di cui si tratta (in questo caso la sicurezza patrimoniale e degli scambi).

La seconda scelta di politica legislativa è stata quella per cui il sistema autorizzatorio dev’essere, in ogni caso, a numero aperto: quindi, anche se si parla correntemente di attività “riservate” agli istituti di pagamento⁴, si deve tener presente che questa riserva corrisponde solo all’esigenza di un controllo abilitativo iniziale e alla sottomissione ad un’autorità di vi-

² Per informazioni più dettagliate sulle diverse fasi della regolazione europea del sistema dei pagamenti, anche antecedenti la direttiva del 2007, v., per tutti, MANNELLA, *La nuova disciplina comunitaria degli istituti di pagamento: aspetti fiscali (relativi all’IVA) dei servizi di pagamento offerti dagli operatori telefonici*, in *Diritto delle comunicazioni elettroniche*, a cura di Bassan, Milano, 2010, p. 333 ss.

³ Conf. FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, a cura di Mancini e altri, Torino, 2011, pp. 346-347 (ove informazioni sulle soluzioni, non sempre coincidenti con quella italiana, seguite negli altri Stati membri).

È appena il caso di ricordare che le banche centrali hanno avuto sempre, tra i compiti principali, quello di assicurare la fiducia nei sistemi di pagamento utilizzati dagli operatori economici (cfr. TRESOLDI, *L’economia dei sistemi di pagamento*, in *Economia dei sistemi di pagamento*, a cura di Tresoldi, Bologna, 2005, p. 12 ss.; BRIZI, GIUCA, SASSO, *I sistemi di pagamento*, ivi, p. 74 ss.).

⁴ Cfr. MARULLO REEDTZ, in *La nuova disciplina*, cit., p. 8 ss.

gilanza nel corso successivo dell'attività. Si tratta dunque di un modello standard di regolazione dei mercati, caratterizzato dalla previsione di un albo a numero aperto (art. 114-*septies* t.u.b.), a quindi sostanzialmente privo di barriere amministrative all'accesso (tali non potendosi considerare controlli abilitativi puramente tecnici e privi di discrezionalità⁵).

Inoltre, non si ha, in questa materia, una regolazione dei servizi di pagamento in termini di servizio di interesse economico generale (non c'è doverosità dell'esercizio dell'attività, né – in linea di principio – ci sono controlli su prezzi o sulle condizioni di offerta): l'apertura del mercato è considerata, di per sé, mezzo idoneo per dare luogo a condizioni di concorrenza effettiva e a soddisfare il bisogno generale di servizi di pagamento sicuri ed efficienti.

Inoltre – e si tratta di un punto di grande importanza – l'accesso al mercato non è limitato alle imprese bancarie vere e proprie (anzi, la scelta del diritto europeo è stata quella di sottrarre i servizi di pagamento dalla definizione generale di attività bancaria⁶: in tal senso, in sede di recepimento, l'art. 1, co. 1, lett. d, d.lgs. 11/2010⁷), e neanche ad operatori specializzati ed aventi l'attività di fornitura di servizi di pagamento come oggetto esclusivo. In altri termini, possono divenire “istituti di pagamento” – previa autorizzazione di Banca d'Italia, ottenibile nel rispetto delle norme dell'art. 114-*novies*, t.u.b. – anche operatori “ibridi”, che svolgono primariamente o collateralmente altre attività imprenditoriali.

La varietà tipologica degli operatori del settore è accentuata con la Direttiva 2009/110/CE, di aggiornamento della disciplina degli istituti di moneta elettronica (c.d. IMEL 2), che ha attribuito agli IMEL anche, *ex*

⁵ Né può considerarsi una reale barriera all'accesso la norma che dispone che gli istituti di pagamento siano costituiti in forma di società di capitali (art. 114-*novies*, t.u.b.).

⁶ Cfr. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, a cura di Rispoli Farina e altri., Milano, 2009, p. 50.

In questo senso, già da qualche anno si è potuto affermare che “oggi parlare di ‘sistemi interbancari di pagamento’ può apparire riduttivo e superato” (SALAMONE, *Lo statuto concorrenziale delle imprese di intermediazione nei servizi di pagamento*, in *Commentario breve al diritto della cambiale, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, a cura di Salamone e Spada, Padova, 2008, p. 767).

⁷ Cfr. MANCINI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 20 ss., che giustamente nota come la fornitura di servizi di pagamento continui a costituire componente normale e tipica dell'attività bancaria e come la scelta di apertura della direttiva sia essenzialmente diretta – come si ricorda nel testo – a lasciare aperta ogni possibilità di innovazione tecnologica nel settore.

lege, la funzione di istituti di pagamento. La direttiva è stata recepita di recente, con il decreto legislativo 16 aprile 2012, n. 45.

In questo senso la direttiva è stata da tutti salutata come base di una possibile futura evoluzione, che vedrà anche operatori di origine non bancaria, e in particolare gli operatori delle comunicazioni mobili, diventare fornitori dello strumento tecnico principale delle operazioni di pagamento, e in ogni caso intermediari di crescente importanza nel settore⁸. La previsione (e l'auspicio) di un deciso ingresso degli operatori di telefonia mobile nel mercato dei servizi di pagamento è stato anche il *leit-motiv* di una recente indagine dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, riguardante però non l'intero settore dei servizi di pagamento, bensì il segmento dell'offerta di carte prepagate ("chiuse", cioè "usa e getta", o "aperte", cioè ricaricabili)⁹.

Peraltro, nei pochi anni seguiti all'emanazione della direttiva, il settore dei *mobile payments* ha già avuto una rapida evoluzione e, nell'ambito dello stesso, si sono delineati diversi modelli di *business*, caratterizzati dal protagonismo degli operatori mobili, ovvero dei tradizionali operatori del settore (banche e circuiti delle carte di credito), ovvero ancora di nuovi operatori specializzati¹⁰. Si deve ancora delineare, in sostanza, l'orientamento del mercato verso assetti competitivi o cooperativi nel rapporto fra operatori di telecomunicazioni e banche. La corrente principale sembra essere proprio quella guidata dall'iniziativa degli operatori tradizionali del settore (con gli operatori di telecomunicazioni svolgenti attività di fornitura di supporto tecnico), e vengono anche denunziate preoccupazioni di possibile *foreclosure* del mercato¹¹. Questo è comunque in costante evoluzione e può ancora ritenersi probabile un rafforzamento dell'iniziativa degli operatori di tlc (che sono generalmente grandi imprese, ben in grado di impostare, sul piano finanziario ed organizzativo, una nuova attività di tal genere)¹². In ogni caso, è importante

⁸ GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 112.

⁹ AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, *Le carte prepagate in Italia. Catturazione, diffusione e potenziale impatto concorrenziale sull'offerta di moneta elettronica* (Prov. n. 19678 – IC 37 – del 19 marzo 2009).

¹⁰ Cfr. BOURREAU, VERDIER, *Cooperation for Innovation in Payment Systems: The Case of Mobile Payments* (Telecom Paris Tech – Working Papers in Economics and Social Sciences ESS-10-02, Feb. 2010).

¹¹ Cfr. RAO, *How Visa Plan's To Dominate Mobile Payments, Create The Digital Wallet And More*, in <http://techcrunch.com>, Aug. 7, 2011.

¹² Cfr. YU, *Mobile payments options grow for small companies*, in *U.S.A. Today*,

notare – anticipando un punto su cui si dovrà tornare in seguito – che le nuove piattaforme di fornitura di servizi di *Mobile Payments* dovranno configurarsi sempre come piattaforme aperte all'accesso, sia di tutti gli operatori di tlc, sia di tutti gli istituti di pagamento¹³.

Si deve comunque segnalare che, dopo 5 anni dall'emanazione della direttiva, la Commissione rileva che il settore dei pagamenti mobili, pur essendo in costante espansione, non ha manifestato a pieno quella capacità di sviluppo che ci si attendeva. Un ostacolo alla crescita è costituito dalla scarsa propensione delle imprese di telecomunicazioni ad assoggettarsi alla vigilanza di una seconda autorità, diversa da quella di settore, che ormai ben conoscono e ad ottemperare a tutti i requisiti (in particolare, quelli relativi alla professionalità, onorabilità e indipendenza degli amministratori), richiesti dall'art. 114-novies, t.u.b.¹⁴.

Nel recente *Libro Verde* sul mercato europeo integrato dei pagamenti¹⁵ si preannuncia comunque una più incisiva regolazione, volta a favorire la standardizzazione e l'interoperabilità in materia di pagamenti mobili.

In ogni caso, e per tutti gli operatori del settore dei servizi di pagamento che svolgono anche attività imprenditoriali diverse, una regola di garanzia è comunque costituita dal dovere di separazione contabile delle risorse destinate, dall'operatore autorizzato, ai servizi di pagamento. Misure più rigorose, come la separazione strutturale o societaria, possono essere disposte dalle autorità di regolazione, ma solo in presenza di

8.6.2012. Recentissima è poi la notizia che i tre principali operatori di rete mobile statunitense hanno costituito un consorzio per realizzare il servizio di pagamenti mobili, senza cooperazione di un partner bancario (cfr. KHARIF, MORITZ, *Isis Mobile-Payment System to Debut in September After Delays*, in *Bloomberg.com*, Aug. 26, 2012).

¹³ In tal senso sono già anche alcuni significativi precedenti europei, come il caso spagnolo (ormai risalente: ottobre 2000) di autorizzazione ad un'operazione di concentrazione fra Telefónica e BBVA, che è stata data con prescrizioni penetranti circa il diritto di accesso dei concorrenti al sistema creato dai due grandi operatori (cfr. MAS, *Competition aspects of new mobile payment networks: The case of mobile payments in Spain*, 2008 (paper disponibile in S.S.R.N.).

¹⁴ Cfr. MANNELLA, *La nuova disciplina*, cit., p. 356. Una conferma, in certo senso, di quanto sopra asserito, può trarsi anche dal recente art. 8, d.l. 18 ottobre 2012, n. 79, conv. con l. 17 dicembre 2012, n. 221, che, allo scopo di favorire la diffusione di alcune modalità di micropagamenti elettronici (biglietti del trasporto pubblico locale, telepedaggio autostradale) ha disposto una deroga, per tali pratiche, dal sistema di vigilanza dei servizi di pagamento.

¹⁵ COMMISSIONE EUROPEA, *Libro Verde – Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, Bruxelles, 11.1.2012 – COM(2011) 941 def.

concreti pericoli relativi alla solidità finanziaria dell'operatore (art. 10.5 Dir. 64/07). Il legislatore italiano si è avvalso dello spazio di autonomia dato dalla direttiva per imporre a tutti gli istituti di pagamento la costituzione di un patrimonio separato per la gestione del servizio (art. 114-*terdecies* t.u.b.; disposizione che viene giustamente interpretata non come richiamo all'art. 2447-*bis*, c.c., bensì come intesa a disporre una figura autonoma di patrimonio separato¹⁶, caratterizzata da separazione piena, ed ammissibile anche nelle s.r.l.)¹⁷.

2. Inquadramento del modello nelle previsioni costituzionali.

Il modello regolatorio, sopra rapidamente riassunto, non ha caratteristiche di particolare originalità. Si tratta di un modello standard di organizzazione di mercato, in cui non è garantita piena libertà di accesso agli operatori, ma si richiede la presenza di un organismo di regolazione con poteri di autorizzazione e di vigilanza, senza peraltro giungere all'adozione dei modelli regolatori più pervasivi, che sono propri dei servizi di interesse economico generale.

Può aggiungersi che il modello di regolazione dei mercati, adottato per i servizi di pagamento, è tra quelli espressamente contemplati dall'art. 41, co. 3, Cost., nella parte in cui esso prevede che determinate attività economiche possano essere sottoposte a controlli (e, ma non necessariamente, anche a "programmi") da parte della pubblica amministrazione, per fini sociali (quale può essere anche il funzionamento sicuro ed efficiente dei sistemi di pagamento).

Il contemperamento di questo modello di regolazione con il principio di libertà di concorrenza è garantito semplicemente dall'esclusione della possibilità di utilizzare lo strumento dell'autorizzazione per limitare il numero di imprese presenti nel mercato; in altri termini, non è consentito proteggere le imprese già affermate, a danno di quelle nuove entranti. È quindi bandito un tipo di regolazione in funzione di sostitu-

¹⁶Cfr. PAPA, in *La nuova disciplina*, cit., p. 478 ss.

¹⁷Sui rapporti privatistici che in tal modo si instaurano fra l'istituto di pagamento e l'utente del servizio (tema su cui non ci si sofferma nel testo) v. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in *Giur. comm.*, 2008, I, p. 855 ss.; TROIANO, *Contratti di pagamento e disciplina privatistica comunitaria (proposte ricostruttive con particolare riferimento al linguaggio e alle generalizzazioni legislative)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, p. 520 ss.

tivo (o garante) di accordi di cartello, che era diffuso in passato e che è da ritenere – in via generale – incompatibile con i principi di tutela della concorrenza; è invece ammissibile una disciplina che sottoponga le imprese a controlli abilitativi sull'idoneità tecnica, senza alcuna discrezionalità dell'amministrazione nel valutare l'opportunità o meno dell'ingresso di una nuova impresa nel mercato¹⁸.

I principi costituzionali e comunitari in materia di libertà d'impresa legittimano dunque solo questo tipo di controlli abilitativi non discrezionali. Si tratta di una disciplina razionale, che non richiede interventi di riforma¹⁹.

¹⁸ Inopinatamente questa indicazione di principio (che è stata più volte affermata dalla giurisprudenza amministrativa nell'ultimo decennio: v., per esempio, Cons. St., sez. VI, 3 settembre 2009, n. 5195) è stata disattesa da Cons. St., sez. VI, 28 ottobre 2010, n. 7641, secondo cui “è legittimo il diniego di rilascio di una nuova autorizzazione all'esercizio di un istituto di vigilanza privata, motivato facendo riferimento all'alto numero di autorizzazioni già rilasciate, stante la capillare presenza sul territorio di agenzie di vigilanza private e la non favorevole contingenza economica, che rende difficoltoso per le imprese di piccole dimensioni il ricorso al servizio offerto”.

¹⁹ Le osservazioni testé svolte consentono di denunciare incidentalmente, anche in questa sede, la superficialità del recente (estate 2010) dibattito sulla riforma dell'art. 41 Cost. Questa fondamentale disposizione ha certamente due limiti storici: non impone allo Stato la tutela della concorrenza (ma a ciò ha supplito la riforma costituzionale del 2001) e detta una sorta di presunzione assoluta di conformità al pubblico interesse delle norme di regolazione pubblicistica dei mercati (ma anche questa visione del problema è da ritenersi oggi superata sulla scorta del principio costituzionale di tutela della concorrenza, che si pone come limite sia all'azione privata delle imprese, sia all'azione normativa ed amministrativa dei soggetti pubblici).

Ciò posto, si deve riconoscere che l'art. 41 Cost. non ha mai creato ostacoli, né sembra poterne creare in futuro, a misure di liberalizzazione dei mercati.

Né si dica che la riforma è necessaria per sostituire ad un sistema di autorizzazione amministrativa preventiva delle attività economiche un sistema che preveda come regola generale la semplice dichiarazione di inizio di attività. Questa affermazione – che è stata fatta, anche da fonti autorevoli, nelle discussioni dell'estate scorsa - lascia invero sorpresi, perché una norma come quella auspicata esiste già da tempo nell'ordinamento italiano: è l'art. 19, l. 7 agosto 1990, n. 241 (il cui testo era stato già modificato l'anno scorso con la l. 69/2009). Per non parlare dei piccoli esercizi commerciali (c.d. esercizi di vicinato), per i quali il sistema della d.i.a. (dichiarazione di inizio di attività) è in vigore già dall'entrata in vigore della riforma Bersani sul commercio (art. 7, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 114).

Tutto il recente, breve dibattito sulla riforma dell'art. 41 si è incentrato sulla esigenza di rimozione degli intralci (veri o presunti) all'avvio di nuove attività, ed ha avuto come risultato la riforma del sopra citato art. 19 della l. 241/1990, avvenuta con l'art. 9, co. 4-bis, il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con l. 31 luglio 2010, n. 122, che ha allargato l'ambito di applicazione della d.i.a., modificandone altresì il nome (ora è divenuta “se-

3. La promozione della concorrenza nella regolazione di settore dei servizi di pagamento.

Ciò posto, si deve ribadire che il settore dei servizi di pagamento è strutturalmente soggetto a regolazione amministrativa speciale (i.e. di settore). In tal senso dispone l'art. 21, Dir. 64/07. La pericolosità insita nel servizio imponeva questa scelta normativa.

È da rilevare che le indicazioni comunitarie circa i contenuti della regolazione del settore non contengono tra i fini espressamente dichiarati, a differenza di quanto avviene in altri settori (p.e. comunicazioni elettroniche, energia), la “promozione della concorrenza” all’interno del settore regolato.

Tuttavia è opinione diffusa e fondata che “obiettivo della direttiva PSD è quello di sostenere l’intensificarsi della concorrenza, nel mercato dei pagamenti al dettaglio, dove la competizione tende a tradursi rapidamente in benefici per gli utenti finali sia sotto il profilo della efficienza (tempi e costi di utilizzo dei servizi) sia sotto il profilo della sicurezza”²⁰.

Questa affermazione deve intendersi non solo nel senso della (sopra segnalata) garanzia di libertà di accesso al mercato dei sistemi di pagamento da parte di nuovi soggetti, ma anche nel senso della garanzia di libertà di introduzione nel mercato di strumenti di pagamento innovativi (non esiste una regola di tassatività, né di controllo amministrativo preventivo sugli strumenti di pagamento, a differenza di quanto è parzialmente previsto per gli strumenti finanziari). In questo quadro, è inoltre garantito il principio di neutralità tecnologica²¹ (che può configurarsi ormai come un principio generale della regolazione amministrativa dei mercati).

Il settore dei servizi di pagamento è invece contrassegnato da una integrazione fra regolazione pubblica ed autoregolazione privata, netta-

gnalazione certificata di inizio di attività”: s.c.i.a.). Il risultato è sotto gli occhi: le imprese non hanno mostrato entusiasmo per l’innovazione (probabilmente perché sono aumentati i costi e le responsabilità a loro carico) e nessuna spinta l’innovazione normativa sembra aver dato allo sviluppo economico italiano.

²⁰ CONDEMI, *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE* (cit., nt. 6), p. 337. L'a. prosegue affermando che “coerentemente con l’obiettivo dell’intensificarsi della concorrenza, ... la direttiva PSD ha assegnato alla regolamentazione un peso limitato, più precisamente, un peso direttamente ed immediatamente proporzionato e/o correlato all’effettivo livello di rischiosità dell’intermediario autorizzato”. In senso conf. FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 345 ss.

²¹ Cfr. GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 112.

mente più accentuata di ciò che si registra nella maggior parte dei settori amministrativamente regolati.

In sostanza, “le norme dettate dalla Commissione nella Direttiva si pongono come cornice regolamentare di carattere orizzontale, mentre la normativa tecnica del rulebook introduce la regolazione specifica per tipologie di sistemi di pagamento”²². In particolare, la regolazione di settore mira a realizzare (cfr. art. 1, co. 1, lett. z, d.lgs. 11/2010) una “area unica dei pagamenti in euro” (“AUPE”; ma è anche molto usata la sigla “SEPA”: Single European Payments Area) ed è pur sempre incentrata su un’autorità amministrativa indipendente (che, in Italia, è la stessa autorità che presiede al settore bancario), ma prevede poi la presenza di un forte organismo di autoregolazione (l’European Payment Council), che svolge una funzione complementare importante²³. Si tratta di un modello organizzativo non ignoto all’esperienza recente di globalizzazione dei mercati e di evoluzione delle fonti del diritto dell’economia²⁴ (l’esempio più noto ed importante è quello costituito dall’elaborazione degli IAS da parte dello IASC – International Accounting Standards Committee Foundation).

Oggi ci si trova di fronte ad una probabile svolta: la Commissione pone decisamente quattro obiettivi di miglioramento del sistema (più concorrenza – più scelta e trasparenza per i consumatori – più innovazione – più sicurezza e fiducia per i consumatori), in un quadro di uniformazione europea, e a tal fine si propone di dettare una più incisiva regolazione amministrativa del settore, in funzione soprattutto proconcorrenziale.

Ciò detto in termini generali, può notarsi che la regolazione di settore detta già oggi diverse norme aventi funzione di promozione della concorrenza.

²² Cfr. GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 105.

²³ SANTORO, in *La nuova disciplina*, cit., p. 32 ss.

L’*European Payments Council* (EPC) è un’associazione, composta da un’ottantina di banche, associazioni bancarie e istituti di pagamento. È statutariamente definito come “ente di coordinamento e deliberativo dell’industria bancaria europea, in relazione ai pagamenti in euro” e alla realizzazione della SEPA (*Single Euro Payments Area*).

L’EPC ha redatto le regole tecniche (*Rulebooks*) a cui si attengono i soggetti aderenti, per realizzare trasferimenti di fondi all’interno del sistema.

Il potere deliberativo fondamentale, all’interno dell’EPC, è affidato all’assemblea generale, che delibera a maggioranza qualificata di due terzi dei componenti. In generale, sull’EPC v. DEROUCK, *What’s what in Europe. European Payments Council, EPC*, in *Euredia*, 2009, p. 17 s.

²⁴ V., per tutti, CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009.

3.1. La libertà di accesso al mercato.

La prima norma di questo tipo è quella che sancisce, in linea di principio, la libertà di accesso degli operatori interessati ai diversi sistemi di pagamento. L'art. 28 della Direttiva sancisce infatti in linea di principio, per tutti i sistemi di pagamento, l'obbligo di non discriminare nell'accesso di prestatori di servizi di pagamento. La disposizione è stata recepita, senza sostanziali modifiche, dall'art. 30 d.lgs. 11/2010.

In altri termini, ciò significa che oggi quasi tutte le infrastrutture destinate alla prestazione di servizi di pagamento sono considerate come infrastrutture "essenziali"²⁵ (conclusione a cui potrebbe giungersi anche in applicazione delle norme antitrust generali²⁶) e soggette a regole di apertura all'accesso di tutti gli operatori interessati, a condizioni obiettive e non discriminatorie²⁷.

L'art. 28 è stato molto criticato per l'oscurità di alcune espressioni usate²⁸. E in effetti è criticabile la mancata estensione del diritto di accesso ad alcuni tipi di sistemi di pagamento: non solo per i sistemi "a tre parti" o "chiusi" o "proprietari" (cioè quelli in cui lo stesso soggetto emette la carta a favore di un cliente ed accende convenzioni con esercenti che accettino quella carta), ma anche per sistemi che potrebbero definirsi semiaperti (o semichiusi, se si vuole), quali sono quelli definiti dall'art. 28, co. 2, lett. c della Direttiva (e ora dall'art. 30, co. 3, lett. c, n. 2, d.lgs. 11/2010)²⁹; ciò

²⁵ Così, in termini, cfr. GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 114.

²⁶ Cfr. Trib. I gr. UE, sez. V, 14 aprile 2011, T-461/07, *Morgan Stanley – Visa*.

²⁷ FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., pp. 360-361, dubitano che le norme che impongono il diritto di accesso ai sistemi di pagamento abbiano, sul piano civilistico, una portata invalidante della clausole discriminatorie, eventualmente contenute nelle condizioni generali di accesso stabilite dall'istituto di pagamento. La sanzione sarebbe costituita dai poteri di intervento dell'autorità di regolazione.

Questa conclusione non mi sembra condivisibile: è principio generale del diritto europeo dei mercati che i rimedi privatistici debbano essere tendenzialmente riconosciuti in modo ampio, al fine di rafforzare la stessa regolazione pubblicistica dei mercati. Inoltre, tale linea di politica legislativa può dirsi già, da tempo risalente, presente nel diritto italiano (v., in particolare, l'art. 2597 c.c.). Infine, l'ampia portata testuale e sistematica dell'art. 1418, co. 1°, c.c., porta linearmente a riconoscerne l'applicabilità in situazioni – come quella in esame – in cui una disposizione di legge vieta espressamente determinate clausole contrattuali.

²⁸ GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 115; GIMIGLIANO, *La disciplina della concorrenza e i servizi di pagamento al dettaglio: continuità e discontinuità della direttiva 2007/64/CE*, in *Banca, impresa, soc.*, 2009, p. 269 ss.

²⁹ "Sistemi di pagamento in cui uno stesso prestatore di servizi di pagamento... au-

significa che, allo stato, i sistemi “a tre parti”, che potrebbero essere particolarmente innovativi, non sono riconosciuti come infrastrutture essenziali³⁰ per tutti i potenziali partecipanti al sistema; norma che potrebbe avere la *ratio* di incentivare l’ingresso nel mercato di operatori alternativi, ma che può avere anche l’effetto di favorire la tendenza a sviluppare i servizi alternativi solo come sistemi “di nicchia”.

Inoltre, è stata giustamente criticata la mancata previsione di un diritto di accesso di qualsiasi gestore di servizi di pagamento ad almeno un sistema di compensazione o regolamento; ciò sul presupposto (non conforme a realtà) che il mercato offra valide alternative, in materia di sistemi di compensazione e regolazione; mentre il sistema di compensazione gestito da Banca d’Italia (BI-COMP) non è, al momento, aperto a tutti gli operatori non bancari³¹. Il problema comunque non riguarda solo l’Italia: il recente Libro Verde della Commissione (§ 4.1.5) segnala l’esigenza di un intervento regolamentare espresso, per superare questo ostacolo, che attualmente grava sugli istituti di pagamento alternativi.

Un ulteriore profilo, segnalato dal Libro Verde (§ 4.1.7) riguarda la condivisione delle informazioni relative alla disponibilità di fondi del cliente nei conti bancari. L’accesso a queste informazioni, da parte degli istituti di pagamento alternativi, potrebbe essere di stimolo allo sviluppo della loro attività e quindi avere – secondo la Commissione – una funzione di promozione della concorrenza. Allo stato, però, ci sono ostacoli regolamentari alla realizzazione di una simile prassi, sia per ciò che attiene alla tutela dei dati personali, sia per ciò che attiene alla generale presunzione negativa, che circonda – sul piano dell’applicazione delle norme antitrust – gli accordi di scambio di informazioni fra imprese concorrenti.

3.2. Il diritto di recesso dell’utente.

Una seconda norma promozionale, in certo senso speculare rispetto a quella che sancisce il diritto di accesso, è quella che garantisce il diritto

torizza altri prestatori di servizi di pagamento a partecipare al sistema e questi ultimi non hanno la possibilità di negoziare commissioni fra loro in relazione al sistema di pagamento benché possano stabilire le proprie tariffe nei confronti degli utilizzatori dei servizi di pagamento”.

³⁰ Per questa critica v. FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 361.

³¹ In tal senso cfr. FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 349.

di recesso *ad nutum* e senza penali, con un preavviso massimo di 3 mesi, a favore di tutti gli “utenti di servizi di pagamento” (cioè “pagatori” e “beneficiari”) [art. 45 Dir. 64/07; art. 126-*septies* t.u.b., che ha accentuato la tutela dell’utilizzatore, rispetto al minimo imposto dalla Direttiva].

Non sono invece espressamente vietate le clausole di vincolo temporale poste a carico dei “prestatori” (anziché degli “utenti”) dei servizi di pagamento. Per queste varranno le norme antitrust generali.

3.3. Le pratiche di *surcharge*.

Una terza norma avente finalità di promozione della concorrenza è quella dell’art. 52 della Direttiva, che legittima le pratiche di *surcharge* per l’uso di determinati strumenti, da parte dell’esercente commerciale.

È intuibile che la possibilità di sovrapprezzo in capo all’utilizzatore del servizio costituisce, per i fornitori del servizio stesso, un incentivo a competere³². In passato, tuttavia, le clausole di *surcharge* sono state largamente vietate, su base convenzionale, perché avevano l’effetto di disincentivare l’uso della carta di credito (comportante, per il *merchant*, un costo maggiore rispetto ai vecchi mezzi di pagamento). In questa prospettiva (che forse può dirsi quella “tradizionale”, nella breve storia della regolazione del settore), la funzione del *surcharge* appare, al contrario di quanto detto prima, un ostacolo alla concorrenza (i.e. all’ingresso nel mercato dei servizi di pagamento di operatori innovativi).

Proprio in considerazione di questa ambivalenza del sovrapprezzo, l’art. 52 della Direttiva ammette che gli Stati membri possano vietare questa pratica per la “necessità di incoraggiare la concorrenza e di promuovere l’uso di strumenti di pagamento efficaci”. La Repubblica italiana si è avvalsa di questa facoltà, con l’art. 3, d.lgs. 11/2010, che sancisce legislativamente il divieto di *surcharge* per l’utilizzo di determinati mezzi di pagamento³³. La finalità del divieto è, ovviamente, quella di favorire la

³² FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 365.

³³ Secondo DORIA, in *La nuova disciplina*, cit., p. 69 ss., il divieto di cui al co. 3 sarebbe (seguendo la nota distinzione di Cass., S.U., n. 26724/2007) una norma imperativa “comportamentale”, non incidente sulla validità della clausola, ma solo su eventuali effetti risarcitorii e sull’applicabilità della disciplina delle pratiche commerciali scorrette. L’opinione non sembra, tuttavia, convincente: qui la norma imperativa si riferisce proprio all’oggetto della clausola, e non a prestazioni imposte ad una delle parti nella fase preparatoria del contratto; non sembra che sussistano, dunque, ragioni per escludere l’applicabilità dell’art. 1418, co. 1, c.c.

diffusione degli strumenti avanzati di pagamento e di scoraggiare l'uso del contante³⁴, nell'ambito di una linea di politica legislativa più ampia, che ha il suo nucleo centrale nelle norme anti-riciclaggio (da ultimo, con l'art. 12, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. con l. 22 dicembre 2011, n. 214).

Ne consegue che tutte le clausole di divieto di *surcharge*, su cui si è discusso negli ultimi 15 anni, sono ancora pienamente conformi alla normativa in vigore in Italia. La presenza di una norma imperativa impedisce anche – a mio avviso – di sindacare la validità di tali clausole sulla scorta delle norme antitrust generali.

La norma di recepimento (cioè il citato art. 3, d.lgs. 11/2010) ha però opportunamente sancito che la Banca d'Italia “può stabilire con proprio regolamento deroghe tenendo conto dell'esigenza di promuovere l'utilizzo di strumenti di pagamento più efficienti ed affidabili”: in altri termini, è data al regolatore la funzione di seguire l'andamento del mercato e, a seguito di adeguata analisi dello stesso, stabilire se le esigenze di promozione della concorrenza impongano la deroga al divieto di *surcharge*.

Questa scelta appare opportuna; tanto più che il *Libro Verde* contiene (§ 4.2.2) un ripensamento autocritico sulla scelta della Direttiva, di rimettere sostanzialmente ai singoli Stati membri la scelta in materia di *surcharge*, perché ciò ha determinato scelte normative radicalmente diverse nei diversi territori. Oggi, la scelta che la Commissione suggerisce è quella di un'ammissibilità di principio delle clausole di sovrapprezzo o di riduzione, accompagnata da misure di controllo volte ad evitare che tali clausole siano utilizzate dai commercianti in modo opportunistico e non sulla base di criteri di corretta traslazione di costi sul consumatore finale. C'è dunque largo spazio per una regolazione del fenomeno, con finalità di promozione della concorrenza, da parte della Banca d'Italia.

4. L'applicazione delle norme generali di concorrenza. L'analisi economica dei mercati dei servizi di pagamento.

Rimangono in ogni caso impregiudicate, a seguito della direttiva, le questioni propriamente riferibili all'applicazione delle norme di concorrenza nei mercati dei servizi di pagamento.

³⁴ Cfr. DORIA, in *La nuova disciplina*, cit., p. 67 ss.; per una approfondita trattazione delle discussioni in materia v. SEMERARO (alla cit. successiva), che conclude in senso favorevole al divieto di *surcharge*.

A tale proposito, è opportuno premettere una breve ricognizione dei risultati raggiunti nell'analisi dei mercati dei servizi di pagamento, che è stata variamente approfondita negli ultimi anni³⁵.

Tali risultati possono essere fondamentalmente riassunti come segue:

I mercati dei servizi di pagamento sono mercati *multi-sided*, cioè coinvolgono diverse prestazioni fra loro complementari [in altri termini: non c'è un mercato bilaterale dell'offerta/domanda di servizi di delegazione di pagamento, ma c'è solo l'offerta di servizi complessi (carte di credito, etc.), che possono coinvolgere come minimo tre soggetti (nei c.d. sistemi proprietari), ma più spesso ne coinvolgono 4 o 5 per ogni singola operazione]³⁶.

³⁵ V., oltre agli scritti citati alle note successive, *Economia dei sistemi di pagamento* (nt. 3) [peraltro più orientato all'esame della gestione dei rischi e del ruolo di vigilanza della Banca centrale, nonché all'esame di altri profili organizzativi, che non verso i profili di analisi economica accennati nel testo; ma v. ivi, in particolare, ARDIZZI, IMPENNA, MASI, *La teoria economica dei sistemi di pagamento* (p. 81 ss.)]; cfr. inoltre CONSTANTINE, SHINDER, COUGHLIN, *In re Visa/Check Mastermoney Antitrust Litigation: a Study of Market Failure in a Two-Sided Market*, in *Columbia Business Law Review*, 3/2005, 599 ss.; HUMPHREY, *Payment Scale, Economies, Competition and Pricing*, in *European Central Bank – Working Paper Series – n. 1136*, Dec. 2009; SEMERARO, *The Antitrust Economics (and Law) of Surcharging Credit Card Transactions*, in *14 Stanford Journal of Law, Business & Finance*, 2009, p. 343 ss.

³⁶ Questa necessaria interrelazione fra differenti versanti a cui è rivolto il servizio da parte dell'intermediario avanzato rende, in certo senso, fuorviante la distinzione fra servizi "al dettaglio" e "all'ingrosso", che viene riproposta anche nel settore dei servizi di pagamento (v., per esempio, SALAMONE, *Lo statuto*, p. 765 ss.), ma rimane appropriata solo nei tradizionali settori che presentano una catena lineare di passaggi (produttore / grossista / dettagliante / consumatore).

Per le stesse ragioni appare sfocata la distinzione, corrente nei provvedimenti dell'AGCM (*infra* citati) in materia di carte di credito e di debito, fra mercati "a monte" (quelli in cui operano i circuiti, mediante offerta agli *issuer*, e mercati "a valle", cioè quelli in cui si realizza il rapporto fra *issuer* delle carte e *acquirer*, che convenzionano gli esercenti che accetteranno il mezzo di pagamento).

Nello stesso scritto, sopra citato, di SALAMONE, *Lo statuto*, p. 768, la "multilateralità del mercato" è correttamente evidenziata e sono elencati i numerosi provvedimenti dell'AGCM in cui il punto è stato riconosciuto. V. anche OLIVIERI, *Concorrenza e contratto nei servizi di pagamento*, in *Il diritto dei sistemi di pagamento*, a cura di Santoro, Milano, 2007, p. 179.

Tuttavia, nella (importantissima) sentenza *Mastercard* (*infra*, nt. 48), la Commissione U.E. prima, e il Tribunale di I grado U.E., hanno sancito che, ai fini delle valutazioni antitrust, la complementarietà dei differenti versanti non è rilevante e gli effetti restrittivi della concorrenza devono essere valutati in relazione a ciascun mercato dell'offerta. Nella specie (per usare le stesse parole della sentenza, § 172), "la Commissione ha ritenuto che

Nei mercati di questo tipo i singoli servizi sono legati fra loro da *network effects*: l'utilità del servizio si accresce al crescere del numero degli aderenti alla rete.

Ciò comporta, dal punto di vista del diritto della concorrenza, la necessità di configurare ogni rete, che abbia raggiunto il risultato di una presenza non marginale nel mercato, come una infrastruttura essenziale virtuale³⁷, garantendo dunque il diritto di accesso, a condizioni non discriminatorie, alla rete stessa.

Al fine di sostenere la possibilità di sviluppo della concorrenza fra sistemi, non possono essere, in linea di principio, consentite esclusive di diritto o di fatto a carico di chi accede alla rete.

Per la stessa ragione si deve garantire, nei limiti del possibile, l'interoperabilità fra sistemi diversi.

Nei mercati *multi-sided* si determina una sorta di distorsione strutturale nella formazione dei prezzi: dato che i fornitori di (certi) servizi tengono contatti con diverse categorie di utilizzatori, che stanno su mercati diversi, essi tendono a distribuire l'offerta di prezzo nel modo per loro più conveniente, gravando i corrispettivi sulla componente più rigida della domanda³⁸, ovvero utilizzando meccanismi di sussidi incrociati.

i sistemi di carte bancarie quadripartiti intervenissero in tre mercati distinti, un mercato intersistemico, un mercato dell'emissione e un mercato dell'affiliazione, e si è fondata sugli effetti restrittivi delle CMI sul mercato dell'affiliazione”.

Questa impostazione è corretta, per ciò che riguarda il profilo dell'individuazione delle restrizioni della concorrenza. Tuttavia, mi sembra innegabile che, al fine di valutare i guadagni di efficienza che potrebbero portare all'esenzione *ex lege* di un'intesa, ai sensi dell'art. 101.3 T.F.U.E., l'analisi economica deve estendersi all'insieme dei rapporti coinvolti nell'utilizzo dello strumento di pagamento (e quindi a tutti i differenti “versanti” di mercato su cui il sistema incide).

³⁷ Il punto, in effetti (e con esso lo stesso riconoscimento della figura evocata nel testo), non è scontato. Per brevità, mi permetto di rinviare a LIBERTINI, *L'abuso di posizione dominante*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, Milano, 2007, p. 303 ss.; nonché a ROTIGLIANO, *Beni pubblici, reti e la dottrina delle “essential facilities”*, in *Diramm.*, 2006, p. 947 ss.

Come si vedrà più avanti, l'evoluzione della disciplina europea ha comunque portato al sostanziale riconoscimento del punto segnalato nel testo.

³⁸ Nel settore dei servizi di pagamento questa componente, nella maggior parte dei casi, è costituita dagli esercenti commerciali, che hanno interesse, anche per ragioni di immagine, di mostrare alla clientela la massima disponibilità all'accettazione dei diversi mezzi di pagamento. In certi casi, tuttavia, la parte debole della rete di rapporti può essere costituita proprio dal cliente finale, in qualità di *solvens*: ciò può accadere soprattutto nei casi di rapporti di massa (p.e. in materia di servizi pubblici), qualora il fornitore del servizio privilegi certi mezzi di pagamento rispetto ad altri.

Tutto ciò può avere effetti negativi sul piano dell'efficienza allocativa. Si pensi alla TV in chiaro: ha bisogno di telespettatori, ma ancor più ha bisogno di acquirenti di spazi pubblicitari; ne consegue che soddisferà i bisogni dei consumatori nella misura in cui possano essere a loro volta utile base per campagne pubblicitarie. Un fenomeno analogo³⁹ si realizza nel mercato dei servizi di pagamento: il consumatore finale, che sceglie lo strumento di pagamento, non percepisce il costo complessivo derivante dall'impiego di un certo mezzo anziché di un altro.

A fronte di ciò, si rileva che l'allocazione della maggior parte del costo a carico della componente del mercato che esprime una domanda più rigida ha l'effetto di incrementare la dimensione complessiva degli scambi e quindi il benessere del consumatore. Quest'ultimo argomento è prevalso nella materia in esame, anche se il problema complessivo dell'efficienza dei mercati *multi-sided* rimane ancora molto dubbio, a livello teorico.

5. Il favor tradizionale per l'autoregolazione privata dei servizi di pagamento.

Nel caso dei servizi di pagamento l'analisi del mercato e delle sue caratteristiche *multi-sided* è stata tradizionalmente utilizzata per sottolineare la positività per i consumatori degli effetti di rete (oltre che, ovviamente – a monte – dei servizi avanzati in sé, come strumenti idonei a ridurre i rischi per la sicurezza, tradizionalmente derivanti dal maneggio di denaro o di titoli di credito emessi da privati).

Si è pertanto correntemente ritenuto che, “dato l'elevato numero di soggetti sul mercato del convenzionamento e dell'emissione di carte, sia impossibile regolare su base bilaterale i rapporti di ogni singolo *acquirer* ed ogni singolo *issuer*⁴⁰. Costi transattivi e rischio di *hold-up* impongono il *pooling* e, in definitiva, la creazione di una struttura orizzontale di cooperazione fra soggetti emittenti e soggetti acquirenti”⁴¹.

³⁹ Segnalato anche nel *Libro Verde* sul mercato europeo integrato dei pagamenti (§ 4.2.1).

⁴⁰ Si ricorda, a titolo informativo, che per *acquirer* si intende il soggetto (di solito una banca) che convenziona l'esercente (*merchant*) che si impegna ad accettare i pagamenti a mezzo della carta di cui si tratta, e per *issuer* la banca che emette la carta a favore del cliente che potrà poi utilizzarla presso gli esercenti convenzionati. Le due funzioni, di *issuer* e di *acquirer*, possono coincidere in capo allo stesso soggetto (ciò che di solito accade per le banche di maggiori dimensioni).

⁴¹ PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito. Riflessioni preliminari*, in *Dir. banc.*, 2006, p. 9.

Si è dunque formato spontaneamente un processo di autoregolazione dei mercati dei servizi di pagamento⁴², che effettivamente ha consentito la crescita costante delle dimensioni dei mercati dei servizi di pagamento avanzati. Naturalmente, ciò comporta conseguenze, dal punto di vista del diritto della concorrenza: “*La autoregolazione di settore presuppone un elevato grado di interazione fra i soggetti coinvolti e il conseguente rischio che la cooperazione trascolori in collusione*”⁴³.

L'impostazione del problema, elaborata dalle parti interessate in sede di autoregolazione, è stata però generalmente condivisa, per molti anni, delle autorità antitrust. Ciò ha portato a legittimare, in particolare, tre tipi di accordi, rilevanti per il diritto della concorrenza (che, come tali, sarebbero difficilmente accettati in altri settori economici)⁴⁴:

1. Gli accordi di determinazione di commissioni interbancarie uniformi (*multilateral interchange fees*) per tutti gli aderenti ad un certo sistema di pagamento; commissioni destinate poi ad essere liquidate con meccanismi di compensazione [*interchange-fee*]. Le commissioni si distinguono, poi, in componenti fisse (*membership fees*) e componenti variabili (*usage fees*).

2. Le clausole di non discriminazione fra gli aderenti al sistema (i.e. l'utilizzatore del servizio deve prenderlo in blocco, come servizio indivisibile, di cui possono fruire un numero X di banche o di altri esercenti etc.; deve inoltre accettare tutte le carte emesse dal circuito, anche se aventi caratteristiche diverse o comportanti *interchange fees* differenziate) [clausola di onore per tutte le carte del circuito: *honor-all-cards / HAC*].

3. Le clausole di non discriminazione fra strumenti di pagamento, cioè di divieto di imposizione di sovrapprezzi (o, specularmente, di concessione di sconti) per l'utilizzazione di certi sistemi di pagamento a differenza di altri [*no-discrimination rule / NDR*].

6. L'attuale fase di transizione verso un più rigoroso scrutinio degli strumenti di autoregolazione privata.

La ragione che sta a fondamento di queste conclusioni favorevoli delle autorità antitrust deve ravvisarsi, ragionevolmente, prima ancora

⁴² GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 97.

⁴³ GRANIERI, *Le liberalizzazioni*, cit., p. 99.

⁴⁴ Per informazioni accurate sulla casistica in materia si rinvia a SALAMONE, *Lo statuto*, cit., p. 768 ss.

della considerazione delle esternalità positive di rete, nel *favor* per la diffusione di servizi innovativi di pagamento.

Solo questa considerazione può spiegare il fatto che si siano legittimati veri e propri accordi orizzontali di uniformazione di un prezzo intermedio, come sono quelli che fissano le commissioni interbancarie, fino ad ammettere che “*eccessive riduzioni della commissione interbancaria potrebbero compromettere l’interesse delle banche ad offrire il servizio in circolarità*”⁴⁵.

La casistica giurisprudenziale più significativa riguarda le commissioni interbancarie. Qui la Commissione U.E. e la Corte di Giustizia hanno a lungo valutato positivamente lo strumento, qualificandolo come restrittivo della concorrenza, ma meritevole di esenzione⁴⁶; e l’AGCM, anche in tempi recenti, si è preoccupata più di ridurre l’ammontare delle commissioni per orientarlo rigorosamente al costo, mediante lo strumento degli impegni, che non di valutare a fondo gli eventuali effetti restrittivi⁴⁷. Il controllo delle clausole MIF è così servito ad esercitare una “pressione cripto-regulatoria”⁴⁸ sul sistema dei servizi di pagamento, con scarsa coerenza con gli orientamenti generali del diritto antitrust.

Il diritto vivente europeo ha però mutato orientamento, nelle sue espressioni più recenti, ed ha subordinato il godimento dell’esenzione, da parte degli accordi di commissione interbancaria nei sistemi di pagamento, alla rigorosa prova dei guadagni di efficienza garantiti dall’accordo stesso⁴⁹. In altri termini, non è stata più considerata sufficiente – co-

⁴⁵ Così (riferendo peraltro orientamenti giurisprudenziali comunitari) AGCM, provv. n. 16709 (I 661) del 18 aprile 2007, *Accordi interbancari “AGI – COGEPLAN”*.

⁴⁶ Cfr. il *leading case* di Corte Giust. CE, 14 luglio 1981, C-172/80, *Züchner*.

Nello stesso senso si era orientata la Banca d’Italia, negli anni in cui aveva competenza in materia di autorizzazione delle intese nel settore bancario; e in ciò aveva incontrato il cauto consenso della dottrina (cfr. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione, strumenti e limiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, I, p. 465).

⁴⁷ AGCM, provv. n. 16709 (I661) del 18 aprile 2007, *Accordi interbancari “ABI – COGEPLAN”*; AGCM, provv. n. 19726 (I704) del 9 aprile 2009, *Assegni MAV – Commissioni interbancarie*; AGCM, provv. n. 20576 (A414) del 16 dicembre 2009, *Poste Italiane – Aumento commissione bollettini c/c*; AGCM, provv. n. 21614 (I724) del 30 settembre 2010, *Commissione interbancaria Pagobancomat*; AGCM, provv. n. 21615 (I725) del 30 settembre 2010, *Accordi interbancari “RIBA – RID –Bancomat”*.

Per la casistica precedente v. ancora SALAMONE, *Lo statuto*, cit., p. 775 ss.

⁴⁸ L’espressione è di PARDOLESI, *La concorrenza*, p. 18.

⁴⁹ Comm. CE, Dec. COMP 34.579 del 19 dicembre 2007, *Mastercard*. La decisione della Commissione è stata confermata da Trib. I gr. UE, sez. VII, 24 maggio 2012, T-111/08,

me accadeva un tempo, e come è stato fino a poco tempo fa nella prassi applicativa – la “funzionalità di uno schema di commissione ai fini della prestazione in circolarità dei servizi”, accompagnata dalla circostanza che il livello delle commissioni sia orientato al costo, ma occorre dimostrare vantaggi specifici per i consumatori. Anche se questa prova è stata da qualcuno definita “diabolica”⁵⁰, credo che non si possa eludere l’indicazione della giurisprudenza comunitaria (fatta salva la necessità di usare un criterio di ragionevolezza nell’accertamento del *quid pluris* a tutela del consumatore, che il sistema in esame sia in grado di realizzare).

Peraltro, la stessa AGCM si è adeguata al precedente comunitario nel caso Mastercard, l’unico nel quale il procedimento si è chiuso con condanna, anziché con l’accettazione di impegni⁵¹: il punto critico di questa vicenda era peraltro costituito dal fatto che, attraverso la combinazione di diverse clausole negoziali (constituenti un fascio di accordi verticali) si creava un interesse comune delle banche *issuer* ed *acquirer* a favorire l’emissione proprio delle carte con commissioni interbancarie più elevate, con il risultato di distorcere la concorrenza fra circuiti e di gravare maggiormente sulle *merchant fee* finali⁵².

Tuttavia, anche questo caso è stato riaperto da una sentenza del giudice amministrativo, che ha annullato per eccesso di potere la decisione dell’AGCM di rigettare la proposta di impegni presentata dall’impresa che gestisce il circuito interessato e di condannare, come intesa restrittiva della concorrenza, gli accordi fra il circuito e le banche (aventi ad oggetto la definizione di una commissione bancaria multilaterale) e le intese verticali fra le banche *acquiring* e i commercianti, in quanto comportanti la traslazione in modo uniforme delle commissioni predeterminate⁵³. Questa vicenda giudiziaria, molto interessante per alcuni profili

Mastercard.

⁵⁰ È il giudizio di FALCE, *Il mercato integrato dei sistemi di pagamento al dettaglio tra cooperazione e concorrenza*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, p. 579.

⁵¹ Cfr. AGCM, provv. n. 21768 (I720) del 3 novembre 2010, *Carte di credito*.

⁵² Fra le clausole contestate – ragionevolmente – dall’Autorità vi era anche quella, generalmente diffusa, di c.d. *blending*, per la quale gli *acquirer* impongono agli esercenti una *merchant fee* uniforme su tutte le carte, emesse nell’ambito dei diversi circuiti, così annullando l’incentivo dei circuiti stessi a competere al ribasso sul livello di prezzo delle commissioni interbancarie.

⁵³ La complessa vicenda giudiziaria, richiamata nel testo, ha segnato una prima tappa con la sentenza di TAR Lazio – Roma, sez. I, 16 novembre 2010, n. 33474, che ha annullato per eccesso di potere la decisione dell’AGCM di rigettare la proposta di impegni presentata dall’impresa.

di stretto diritto amministrativo e per l'approfondimento dei problemi

Questa sentenza mi sembra criticabile per diversi aspetti: (i) considera legittima una delle ragioni di rigetto della proposta (cioè quella relativa al fatto che la proposta di impegni era condizionata ad una clausola di recesso a favore dell'impresa), ma poi, senza considerare assorbente tale circostanza, annulla ugualmente la decisione di rigetto e ne impone il riesame da parte dell'Autorità; (ii) ribadisce in più punti che le decisioni di rigetto delle proposte di impegni possono essere motivate anche sommariamente, ma poi esercita un sindacato particolarmente “forte” sulle motivazioni del rigetto nel caso concreto (fino a censurare l'Autorità per non avere richiesto chiarimenti in ordine ai criteri che avevano portato alla quantificazione di una proposta di impegno di riduzione del livello delle commissioni interbancarie, o per avere giudicato troppo breve il termine di durata degli impegni, che invece sarebbe stato giustificato dalla pendenza del giudizio sul caso comunitario [v. *supra*, nt. 24] dinanzi al Tribunale di I grado UE; (iii) in contrasto con precedenti affermazioni di principio dello stesso TAR Lazio (che ha annullato decisioni di accettazione di impegni, rimproverando all'Autorità di avere svolto, in concreto, un ruolo di autorità di regolazione, che non le competerebbe) finisce per censurare l'Autorità per non avere svolto, nel caso concreto, una funzione sostanzialmente regolatoria.

Una seconda tappa delle vicende (tralasciando, in questa sede, gli intermezzi costituiti dai provvedimenti cautelari) è data dalla sentenza di Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4393, che ha annullato la precedente sentenza del T.A.R. in base all'argomento, ritenuto dirimente, per cui “*anche a seguito del rigetto degli impegni, non si consolida in capo ai soggetti proponenti alcun pregiudizio di carattere definitivo*”; da qui l'inammissibilità del ricorso contro il provvedimento del rigetto, proposto dall'impresa proponente.

L'argomento del Consiglio di Stato sembra formalmente corretto, ma è anche, in base alla semplice considerazione dell'esperienza comune, davvero “formalistico”. Per qualsiasi impresa sottoposta a procedimento antitrust, la chiusura del procedimento con l'accettazione degli impegni presenta vantaggi tangibili, sia in termini di riduzione dei costi e dei rischi del procedimento (nonché dei procedimenti civili c.d. *follow on*), sia in termini di immagine. Si deve pertanto riconoscere che sussiste un concreto e legittimo interesse dell'impresa interessata a vedere valutati i propri impegni con adeguata istruttoria e (aggiungerei) anche a ricevere una tempestiva risposta sulla propria proposta. Il fatto che nella prassi (anche comunitaria) la fase della valutazione degli impegni abbia assunto – come rileva la sentenza del Consiglio di Stato – un carattere sempre più “dialogato” non sembra un buon argomento per concludere nel senso che la fase della valutazione possa avere una durata indeterminata e non contenga alcun momento provvidenziale (se mai, ci sarebbero buone ragioni per dubitare della legittimità di alcuni aspetti di questa prassi, che sembra talvolta non coerente con la *ratio* della previsione normativa della chiusura del procedimento con impegni). In altri termini, se si muove da una concezione sostanziale e non formalistica dell'interesse legittimo [cioè si ritiene che l'interesse legittimo sia pur sempre un interesse sostanziale, attinente ad un concreto “bene della vita” (M. NIGRO, *Ma che cos'è questo interesse legittimo?*, in *Foro It.*, 1987, V, p. 469 ss.; Cass., S.U., 22 luglio 1999, n. 500) e non un interesse occasionalmente protetto al solo fine di contribuire all'interesse generale alla legalità dell'azione amministrativa] ne consegue che la tesi dell'inammissibilità del ricorso avverso il provvedimento di rigetto degli impegni finisce per lasciare privo di tutela giurisdizionale un concreto interesse dell'impresa, in contrasto con il principio dell'art. 24 Cost.

di disciplina delle *commitment decisions*, ha finito per lasciare fuori dal sindacato del giudice amministrativo i profili sostanziali fondamentali, relativi all'asserita illecitità antitrust della decisione del circuito di fissare commissioni interbancarie uniformi per tutti i partecipanti al circuito stesso, e di imporre il trasferimento automatico sulle *merchant fees*, sfruttando poi gli effetti di rete per mantenere un'ampia diffusione delle carte del circuito, che imporrebbero – secondo gli accertamenti dell'Autorità antitrust – commissioni più elevate rispetto a quelle praticate da altri circuiti.

Dopo questa occasione mancata, la discussione certamente continuerà; e può prevedersi che difficilmente la presunzione di necessità economica di commissioni interbancarie uniformi reggerà a lungo. Il *trend* europeo sembra anzi inclinare verso un progressivo rivoluzionamento

La terza tappa della vicenda è costituita dalla sentenza di TAR Lazio - Roma, sez. I, 11 luglio 2011, n. 6172, che ha definitivamente annullato – come si ricorda nel testo – il provv. n. 21768/2009 (I720) dell'AGCM. La motivazione di questa sentenza è articolata su due punti: (i) l'illegittimità del provvedimento di rigetto della proposta di impegni avrebbe effetto "viziante" (anche se non "caducante") nei confronti del provvedimento finale; (ii) nella specie, il rigetto degli impegni sarebbe illegittimo per difetto di istruttoria, in quanto l'AGCM non avrebbe adeguatamente valutato l'ipotesi che gli impegni potessero assimilare la prassi di mercato italiano a quella che, nel frattempo, si andava delineando a livello europeo.

Quest'ultima sentenza suscita ulteriori perplessità. Oltre alla conferma del rilievo – già sopra formulato – circa il carattere assorbente che si sarebbe dovuto riconoscere alla fondatezza di almeno una delle ragioni di rigetto, si deve rilevare che appare discutibile proprio l'argomento centrale. A mio avviso l'eventuale illegittimità del provvedimento di rigetto degli impegni non ha efficacia invalidante sul provvedimento finale. Infatti, la portata del provvedimento di accettazione degli impegni sta nel prescrivere una certa correzione della prassi di mercato e nella rinuncia dell'Autorità ad accettare la sussistenza o meno di un illecito antitrust. Ma, se l'accertamento è ormai avvenuto, non c'è più un legittimo interesse dell'impresa proponente a far annullare il provvedimento di rigetto degli impegni. Infatti: se l'accertamento è stato negativo, l'interesse dell'impresa può al massimo appuntarsi sul risarcimento del danno subito per l'inutile prosecuzione del procedimento; se invece l'accertamento è positivo, non può riconoscersi un legittimo interesse dell'impresa a vedersi annullata una condanna (fondata) solo perché l'avrebbe potuta evitare se l'accertamento dell'illecito fosse stato escluso per via dell'accettazione degli impegni. L'accettazione degli impegni può fondarsi solo sulla valutazione discrezionale, da parte dell'Autorità, di un interesse generale del mercato a fruire di miglioramenti immediati, che è ritenuto prevalente sull'altrettanto generale interesse da accettare la commissione di illeciti antitrust.

In conclusione, questa vicenda giudiziaria, che suscita perplessità in tutti i suoi svolgimenti, lascia comunque impregiudicata la problematica della valutazione antitrust delle intese di uniformazione delle commissioni interbancarie in materia di carte di credito.

del sistema: l'ultimo procedimento contro Visa si è concluso con l'accettazione di impegni per una forte riduzione delle commissioni interbancarie⁵⁴; anche nel parallelo procedimento antitrust francese, peraltro, le banche interessate hanno presentato in data 6 aprile 2012 impegni volti a realizzare un progressivo *décalage* delle commissioni, fino all'azzeramento, previsto per il 1° febbraio 2014; tali impegni sono stati approvati dall'autorità nazionale francese il 5 luglio 2012⁵⁵. Analoghe esperienze si segnalano, peraltro, in tutto il mondo⁵⁶.

Quanto alle clausole NDR e HAC, esse sono state giudicate, in una prima fase, addirittura "non restrittive", perché l'analisi economica avrebbe dimostrato la mancanza di effetti lesivi per la concorrenza⁵⁷. Conclusione per vero forzata, perché non tiene conto del fatto che la pressione concorrenziale delle scelte degli esercenti potrebbe influire notevolmente sul successo di uno od altro strumento di pagamento; ciò che viene impedito dall'operare di dette clausole.

In tempi più recenti, i circuiti hanno avviato un processo di revisione anche di dette clausole, e in particolare abbandonato la NDR come condizione imposta a tutti gli aderenti al circuito; tuttavia, nella prassi negoziale la clausola è tendenzialmente rimasta nei contratti finali fra *acquirer* ed esercenti⁵⁸.

I divieti antitrust hanno finito così, per diversi anni, per incidere solo ai margini del sistema "autoregolato" (p.e. è stata considerata incompatibile con il divieto la clausola che vietava l'intradamento delle negoziazioni da un unico terminale POS ad una pluralità di banche *acquirer*⁵⁹).

⁵⁴ Comm. UE., Dec. C(2010) 8760, 8 Dicembre 2010, Case COMP/39.398 – *VISA MIF*. Su tale decisione v. il commento di MARCHI, GAL, *Payment cards: Visa debt card fees go down*, in *Competition Law Newsletter*, 1/2011, p. 13 ss.

⁵⁵ Informazione reperibile in www.concurrences.com (luglio 2012).

⁵⁶ Nel dibattito in materia, e in particolare nella sentenza *Mastercard* del Tribunale di I grado U.E. (nt. 48), grande risalto ha avuto l'esperienza australiana: qui è stato imposto, per la prima volta, un forte *décalage* delle commissioni interbancarie e gli effetti di questo intervento regolatorio sono stati positivi (e sull'uso complessivo delle carte di credito e sul livello complessivo dei prezzi *retail*). Sul punto v., p.e., HEIMLER, *Payment cards pricing patterns: The role of antitrust and regulatory authorities* [2010], reperibile in *S.S.R.N.*

⁵⁷ Comm. CE, c. COMP/29.373 – *Visa International* (2001/782/EC), in *G.U.C.E.*, 10.11.2001, L293, 24. La decisione è fortemente criticata come contraddittoria da R.PARDOLESI (nt. 41), 16 ss.

In effetti la motivazione non è sufficiente, perché non si estende alla dimostrazione di guadagni di efficienza e di benefici per i consumatori.

⁵⁸ Per ampie informazioni v. il provv. AGCM n. 21768 (nt. 26).

⁵⁹ Per indicazioni si rinvia ancora a SALAMONE, *Lo statuto*, cit., pp. 770-771.

È innegabile però che, da qualche anno, si è avviata una fase di transizione, che finora ha dato luogo soprattutto a risposte di autocorrezione del sistema, con abbassamento dei prezzi e progressiva attenuazione dell'impiego di clausole tradizionali, ma che, in un futuro prossimo, potrebbe portare a più radicali interventi delle autorità antitrust.

Incidentalmente, è comunque il caso di notare che, a quanto sembra, il livello delle commissioni interbancarie europee si è abbassato più di quanto sia avvenuto in America⁶⁰.

7. La disposizione di favore dell' art. 20, co. 5-bis, lett. a, l. 10 ottobre 1990, n. 287, e la sua scarsa incidenza pratica. Recenti sviluppi con il d.l. 1 del 2012.

Passando ai profili specifici di diritto nazionale, un punto significativo è costituito dall'emanazione di una norma antitrust speciale di favore (art. 20, co. 5-bis, lett. a, l. 10 ottobre 1990, n. 287⁶¹), in base alla quale *"L'Autorità garante della concorrenza e del mercato, su richiesta della Banca d'Italia, può autorizzare.. un'intesa, in deroga al divieto dell'art. 2, per esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti, per un tempo limitato e tenendo conto dei criteri di cui all'art. 4, co. 1"*.

La disposizione si inserisce nella tendenza favorevole, sopra segnalata a livello europeo (e non solo) per gli accordi imprenditoriali restrittivi della concorrenza, ma idonei a sviluppare i sistemi di pagamento innovativi.

Questa disposizione esprime dunque certamente un intento di particolare apertura verso l'autorizzazione delle intese in materia di servizi di pagamento: i criteri dell'art. 4 devono essere tenuti in conto, ma non sono vincolanti, come invece avviene negli altri settori economici. La

⁶⁰ Cfr. SALMON, *Will US courts take aim at credit-card interchange?*, in <http://blogs.reuters.com> (Jan. 2012).

Il contenzioso in materia continua ad essere vivace anche negli U.S.A. La notizia più recente riguarda la decisione In re Currency Conversion Fee Antitrust Litig., 2012 WL 401113 (S.D.N.Y. Feb. 8, 2012), che ha invalidato (ravvisandovi una *conspiracy*) clausole arbitrali parallele contenute in una serie di contratti, in quanto aventi l'effetto di prevenire future *class actions*.

⁶¹ Introdotto nella legge antitrust nazionale (l. 10 ottobre 1990, n. 287) con il d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 33, che trasferiva all'Autorità Garante della Competenza e del Mercato le competenze in materia, in precedenza attribuite alla Banca d'Italia.

portata concreta di questa maggiore apertura non è però facilmente ricostruibile, anche perché, pur non essendo l'art. 20 della legge antitrust nazionale vincolato al rigido vincolo comunitario imposto dalla norma interpretativa speciale dell'art. 1, co. 4, l. 287/1990⁶², rimane pur sempre da rispettare il criterio generale di interpretazione filocomunitaria, operante nel nostro ordinamento⁶³.

Inoltre, la norma speciale di cui si tratta è applicabile solo ai casi disciplinati interamente dalla legge nazionale, e non anche a quelli che ricadono nell'ambito di applicazione della norma europea dell'art. 101 T.F.U.E. (che poi, data la complessiva integrazione dei mercati, costituiscono la normalità)⁶⁴.

In questa materia, però, il legislatore nazionale è ulteriormente intervenuto con il recente d.l. 1/2012, che ha modificato l'art. 12, co. 9, d.l. 201/2011, sancendo che imprese, associazioni d'imprese (in primo luogo A.B.I.) e consorzi coinvolti nel sistema dei servizi di pagamento “*definiscono, entro il 1° giugno 2012, e applicano entro i tre mesi successivi, le regole generali per assicurare una riduzione delle commissioni a carico degli esercenti in relazione alle transazioni effettuate mediante carte di pagamento, tenuto conto della necessità di assicurare trasparenza e chiarezza dei costi, nonché di promuovere l'efficienza economica nel rispetto delle regole di concorrenza*”.

La disposizione poi prosegue sancendo che il livello delle commissioni dev'essere orientato al costo (oltre a prevedere, per ragioni sociali, la gratuità dell'apertura del conto per i titolari di pensione non superiore a € 1500 mensili). Infine, il comma 10º dello stesso articolo attribuisce al Ministero dell'Economia e Finanze, di concerto con il Ministero dello Sviluppo Economico, un compito di controllo sull'efficacia delle misure concordate dai soggetti interessati e di intervento sostitutivo, nel caso in cui i soggetti interessati non riescano a definire o ad applicare efficacemente le misure imposte dalla legge. In questa attività di controllo i Ministeri dovranno sentire la Banca d'Italia e l'AGCM (alle due autorità indipendenti viene dunque attribuito il compito di formulare dei pareri obbligatori).

⁶² Su cui v., da ultimo, NAPOLITANO, AGUS, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà e Troiano, Torino, 2010, pp. 1034-1035.

⁶³ Cfr. SCALISI, *Interpretazione e teoria delle fonti nel diritto privato europeo*, in *Diritto comunitario e sistemi nazionali. Pluralità delle fonti e unitarietà degli ordinamenti*, Napoli, 2010, p. 87 ss.

⁶⁴ V., sui punti accennati, ROMANO, in *Codice commentato della concorrenza e del mercato*, a cura di Catricalà e Troiano, cit., p. 1347 ss.

Per quanto il testo normativo consenta di prospettare interpretazioni più restrittive, è difficile non intenderlo in continuità con la già vigente norma speciale di favore per le intese di uniformazione delle commissioni giustificate da “esigenze di funzionalità del sistema dei pagamenti”. La norma stabilisce quindi un criterio tipicamente regolatorio (l’orientamento al costo), lasciando poi all’autoregolazione degli operatori interessati la determinazione di un livello uniforme delle commissioni e all’autorità amministrativa un controllo sostitutivo in materia.

La norma presenta diversi punti critici. In primo luogo c’è il problema tecnico di applicare il criterio di orientamento al costo (che dovrebbe, a sua volta, secondo l’orientamento oggi prevalente nelle regolazioni di settore – avvalersi del modello dei *Long Run Incremental Costs*, cioè dei costi di produzione stimati in relazione ad un’impresa efficiente che voglia entrare oggi nel settore) in un settore in cui il costo è fortemente influenzato dagli effetti incrociati di rete⁶⁵. In secondo luogo, è discutibile l’attribuzione di una funzione regolatoria così tecnica ai Ministeri, con le autorità indipendenti ridotte al ruolo di fornitori di pareri.

In ogni caso, la recente norma di “liberalizzazione” significa che la materia delle commissioni interbancarie è sottratta all’applicazione delle ordinarie regole di concorrenza e rimessa ad una regolazione amministrativa speciale.

Non è chiaro, tuttavia, se questa deroga abbia carattere solo congiunturale oppure permanente. Benché la norma non fissi un termine *ad quem* per l’efficacia e degli accordi economici collettivi in materia e degli eventuali regolamenti sostitutivi, la disciplina – data la sua evidente eccezionalità – può plausibilmente interpretarsi nel senso che i poteri speciali, da essa previsti, si esauriscano con l’adozione degli atti di cui si tratta; dopo di che torneranno ad avere vigore le regole ordinarie in materia (compresa, peraltro, quella del comma 5-*bis* dell’art. 20 della l. 287/1990).

8. Critiche dottrinali all’orientamento “apologetico” verso l’autoregolazione dei mercati dei servizi di pagamento.

La ricostruzione tradizionale degli effetti degli accordi fra imprese in materia di servizi di pagamento – che R.Pardolesi ha definito “apologe-

⁶⁵ Cfr. FUCILE, GRANIERI, in *La nuova disciplina*, cit., p. 357 in nota (ove indicazioni di letteratura economica sul tema).

tica” – è un singolare mix di sofisticatezza analitica (la teoria dei mercati multilaterali è ancora un oggetto misterioso per molti professionisti, anche dotati di buona informazione antitrust) e di favore intuitivo per l’opportunità di non intralciare lo sviluppo spontaneo del sistema (volontà di vedere tutto il bene, ragionevolmente percepibile, del sistema e di non enfatizzare i possibili rischi per la concorrenza effettiva nei mercati rilevanti). Ciò può spiegare la reazione critica di una parte della dottrina, che ha posto l’accento sul secondo profilo dell’analisi economica, sopra sommariamente richiamata, cioè quella relativa alle perdite di efficienza allocativa derivanti dai meccanismi di formazione dei prezzi nei mercati di cui si tratta⁶⁶.

L’argomento-principe di queste critiche è stato quello – già sopra accennato – per cui la formazione dei prezzi dei sistemi di pagamento tende a gravare soprattutto sugli esercenti che ricevono pagamenti numerosi da clientela minuta: essi hanno una “dipendenza da assortimento”⁶⁷, e sono quindi condizionati dall’esigenza di consentire ai clienti l’uso di qualsiasi strumento di pagamento immaginabile. Contemporaneamente, sarebbero molto interessati a negoziare prezzi differenti con le diverse banche di appoggio e di offrire sconti e incentivi ai clienti perché preferiscono certi mezzi di pagamento rispetto a certi altri.

Questi rilievi nascono da un’esperienza diretta di conflitti fra esercenti commerciali e gestori di servizi di pagamento; conflitti che hanno avuto il culmine nella grande *class-action* avviata in U.S.A. da 4 milioni di commercianti (piccoli e grandi: c’era anche Wal-Mart) contro VISA e Mastercard. Azione conclusasi con una transazione da 3 miliardi di dollari⁶⁸.

Anche da noi si è manifestata una posizione dottrinale fortemente critica nei confronti delle pratiche commerciali correnti nel settore e volta ad affermare l’illiceità antitrust delle clausole sopra elencate⁶⁹.

⁶⁶ In generale, sul tema, v. WEYL, *A Price Theory of Multi-Sided Platforms*, in *American Economic Review*, 2010, p. 1642 ss.

⁶⁷ Su questa nozione v., per tutti, FABBIO, *L’abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 117 ss.

⁶⁸ Traggo la notizia da PARDOLESI, *La concorrenza*, cit., p. 19.

⁶⁹ La posizione più netta ed autorevole, in questa direzione, è stata espressa da PARDOLESI, *La concorrenza*, cit., p. 3 ss.

Sostanzialmente analoga – ma con un’analisi economica ancora più ricca – la posizione di FONDERICO, *I sistemi di pagamento, le economie esterne e la commissione inter-bancaria multilaterale*, in *Concorrenza e mercato*, 12/2004, p. 309 ss. Più di recente, v. HEIMLER, *Payment*, cit.

Si è notato infatti che, se il sistema consentisse di praticare prezzi differenziati nei rapporti bilaterali, ciò stimolerebbe una più forte concorrenza mirata sulla conquista del cliente, e in ultima analisi darebbe maggiore impulso al sistema complessivo di pagamenti elettronici⁷⁰.

9. La direttiva 2007/64/CE e l'apertura della fase di transizione.

Queste critiche hanno fatto breccia solo in parte nel legislatore comunitario.

Per le clausole di *surcharge* si è lasciato uno spazio autonomo (v. *supra*, § 3) ai legislatori degli Stati membri. Per le altre clausole restrittive tipiche si è voluto lasciare all'analisi dei mercati, da parte delle autorità antitrust, la disciplina e l'evoluzione del sistema, evitando di imporre soluzioni predefinite⁷¹.

In questa prospettiva, il punto decisivo – anche per il futuro – è costituito dalla capacità del sistema di continuare ad apportare innovazioni benefiche per il consumatore. Finché ciò avviene, le clausole contestate continuano ad avere una loro giustificazione, in quanto certamente diminuiscono i costi transattivi e facilitano l'espansione dell'offerta.

Perciò – si sostiene – il mantenimento di infrastrutture virtuali omogenee all'interno del sistema finisce per favorire un tipo di concorrenza, fondata sulla qualità dei servizi (non tanto sul prezzo) fra istituti di pagamento⁷².

Su questa conclusione si può convenire, purché rimanga chiaro che si tratta di una soluzione di principio e sempre provvisoria, che può essere in qualsiasi momento posta in dubbio (cosa del resto non eccezionale, nel diritto della concorrenza) dalla concreta evoluzione dei mercati, sui quali l'autorità antitrust deve esercitare un costante monitoraggio.

In questa prospettiva, è difficile negare che alcuni mezzi di pagamento telematici oggi molto diffusi (carte di credito e di debito, carte prepagate) hanno raggiunto un livello di diffusione tale da far ritenere i relativi mercati come ormai “maturi”. La conseguenza di ciò è che la giustificazione di clausole omogenee, vista come strumento di penetrazione

⁷⁰ Particolarmente incisivo, sul punto, FONDERICO, *I sistemi*, cit., pp. 335-336.

⁷¹ Per un accurato confronto fra disciplina precedente e quella successiva all'emissione della direttiva, v. GIMIGLIANO, *La disciplina*, cit., p. 269 ss.

⁷² GIMIGLIANO, *La disciplina*, cit.

ne di sistemi innovativi di pagamento, perde progressivamente terreno, mentre si impone l'esigenza di una maggiore spinta all'innovazione e alla selezione interna fra diversi prodotti offerti dal sistema.

Ciò induce a rivendicare maggiore autonomia per i soggetti "deboli" del sistema (cioè gli esercenti e, talora, i consumatori finali), con la progressiva eliminazione delle clausole limitative di tale autonomia (HAC e NDR); mentre, per quanto riguarda le commissioni interbancarie, sembra prepotente la spinta a mantenerle, come strumenti di semplificazione del sistema, imponendo, in maniera sempre più rigorosa, il rispetto del principio dell'orientamento al costo (ciò che, tuttavia, richiederebbe la presenza e l'intervento di un'autorità di regolazione permanente, piuttosto che interventi puntuali di un'autorità antitrust).

MARIO LIBERTINI