

LA CONCORRENZA NELL'INDUSTRIA DELLE CARTE DI CREDITO. RIFLESSIONI PRELIMINARI.

Roberto Pardolesi (*) – Massimiliano Granieri (**)

SOMMARIO: 1. Premessa: Il reale è razionale? – 2. Valore euristico della teoria dei *two-sided markets*, come esplicativa del mercato dei pagamenti con carte di credito. – 2.1. (Segue) Le strutture ottimali di prezzo nei mercati a due fronti e, in particolare, nell'industria delle carte di credito. – 3. Revisione critica di alcune presunte implicazioni della teoria dei *two-sided markets* con riferimento all'industria delle carte di credito. – 4. Gli strumenti negoziali di effetto verticale che assicurano la tenuta di un sistema con commissioni interbancarie positive. – 5. Valutazione delle clausole ad effetto verticale alla luce della teoria economica. – 5.1. Riassumendo. – 6. Ripensare il reale, come paradigma della razionalità. Quale reale è razionale? – 7. Morale interlocutoria.

1. Premessa: Il reale è razionale?

Il funzionamento dell'industria delle carte di credito come mezzi di pagamento viene ricostruita alla stregua della teoria economica dei *two-sided markets* (come tradurre: a due sponde, a due fronti? Infelici entrambe, anche se non brutture come 'economie di scopo' o 'evidenze'). Orbene, secondo alcune voci (prestigiose), le implicazioni di siffatta teoria sarebbero tali da giustificare l'attuale assetto di determinazione del prezzo di funzionamento del sistema attraverso commissione interbancaria (*interchange fee*, IF), in quanto struttura ottimale e insostituibile di remunerazione del servizio. La commissione interbancaria, oltre a mantenere in equilibrio un sistema che fronteggia una domanda sdoppiata su due fronti, sarebbe l'unico strumento capace di assicurare la sopravvivenza dei sistemi cd. a quattro parti e, di conseguenza, una situazione di concorrenza intersistemica, con i circuiti di tipo proprietario, cd. a tre parti¹.

(*) LUISS Guido Carli, Facoltà di Economia, Roma. LE Lab (parr. 1, 3, 6, 7).

(**) Università degli Studi di Foggia, Facoltà di Giurisprudenza. LE Lab (parr. 2, 2.1., 4, 5).

¹ Per una descrizione dettagliata dei due schemi di pagamento (a tre e a quattro parti) che caratterizzano attualmente l'industria cfr. M. TRIFILIDIS, *Carte di pagamento e tutela della concorrenza. Funzione ed effetti della "commissione interbancaria multilaterale – MIF"*, in *Mercato, concorrenza, regole*, 2004, 559, nonché H.H. CHANG, D.S. EVANS, *The Competitive Effects of the Collective Setting of Interchange Fees by Payment Card Systems*, 45 ANTITRUST BULLETIN

Recentemente, però, le autorità antitrust hanno revocato in dubbio la lettura apologetica in uso nell'industria, talora intervenendo nel senso o di imporre al gestore del sistema di pagamenti la prestazione al costo (quindi, verso lo zero), o di rimuovere le condizioni contrattuali poste a presidio delle architetture esistenti, che irrigidiscono la concorrenza possibile. Nonostante gli interventi, i sistemi non sono collassati e, anzi, hanno conosciuto una riduzione nel prezzo di utilizzo delle carte. Occorre, dunque, chiedersi se l'equilibrio del sistema sia quello che si vuole far discendere, quasi assiomaticamente, dalla configurazione teorica del mercato a due fronti, oppure se sia possibile uno scenario alternativo, nel quale, ferma restando la ricostruzione del mercato stesso alla luce della moderna teoria economica, il sistema divenga fruibile a costi ridotti.

La questione non è priva di ricadute a livello giuridico e, anzi, appare cruciale per il settore bancario europeo dopo l'entrata in vigore del Regolamento 1/2003 che, come noto, ha introdotto il sistema dell'eccezione legale per gli accordi restrittivi della concorrenza ed ha decretato la fine del monopolio della Commissione nell'applicazione dell'art. 81, comma 3, del Trattato UE². Gli operatori economici che disegnano una collaborazione tra imprese –come può essere quella interbancaria nella quale si articola un circuito di pagamenti–, hanno la responsabilità di autovalutare l'accordo tra di loro, ma devono disporre di giustificazioni sufficienti e convincenti per rispondere all'eventuale eccezione sollevata dalla Commissione o dalle autorità nazionali. Si tratta di capire se gli argomenti finora utilizzati con riferimento alle carte di credito siano adeguati a supportare le valutazioni delle imprese in costanza delle nuove regole antitrust in Europa.

Non sarà oggetto della presente riflessione l'ulteriore profilo di rilievo per il diritto della concorrenza in materia di sistemi di

641, 644 (2000). In sostanza, la peculiarità del mercato delle carte di credito come mercato *two-sided* risiederebbe nel fatto che chi offre la carta, cioè la banca emittente, deve attrarre due soggetti: titolari ed esercenti.

² La riforma del diritto antitrust comunitario è ormai storia recente; tra i molti contributi disponibili cfr. A. FRIGNANI, *La messa in opera delle nuove norme antitrust comunitarie (il regolamento 1/2003 e suoi riflessi nel diritto italiano)*, in *Dir. ind.*, 2004, 457; L.F. PACE, *La politica di decentramento del diritto antitrust Ce come principio organizzatore del regolamento 1/2003: luci ed ombre del nuovo regolamento di applicazione degli art. 81 e 82 trattato Ce*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2004, 147; M. SIRAGUSA, E. GUERRI, *L'applicazione degli art. 81 e 82 trattato Ce in seguito all'introduzione del regolamento 1/2003*, in *Dir. ind.*, 2004, 348.

pagamento con carte di credito, rappresentato dalle condizioni di ammissione e partecipazione ai sistemi per operatori bancari che appartengano ad altri circuiti o che abbiamo intenzione di iniziare un programma proprietario di carte di pagamento mentre già vincolati ad un sistema aperto³.

2. Valore euristico della teoria dei two-sided markets, come esplicativa del mercato dei pagamenti con carte di credito.

Il mercato dei pagamenti effettuati con carte di vario tipo (debito, credito, prepagate) è oggetto di una sofisticata ricostruzione concettuale in termini economici ad opera di autorevoli ed eleganti contributi⁴. La categoria alla quale si suole ricondurre il mercato in esame è quella dei *two-sided markets*, che viene oggi invocata

³ Si tratta di un profilo interessante e assai problematico, come hanno dimostrato numerosi casi statunitensi, che hanno poi avuto risvolti anche nell'antitrust comunitario. In questa sede non può che farsene un minimo cenno. Cfr., in particolare, *SCFC ILC, Inc. v. Visa USA, Inc.*, 819 F. Supp. 956 (D. Utah 1993), in parte confermata e in parte cassata da 36 F.3d 958 (10th Cir. 1994), e sulla quale, nello stesso anno, la Corte suprema degli Stati Uniti ha negato la revisione (515 U.S. 1152). Nel caso di specie veniva attaccata la *policy* aziendale di VISA di non ammettere nella propria rete coloro che operavano o potevano operare come concorrenti, gestendo un programma alternativo (in questo caso si tratta di Dean Witter). La Corte d'Appello per il decimo circuito ha smentito la corte distrettuale dello Utah riconoscendo come legittima la pratica di VISA; sulla vicenda cfr. anche le considerazioni di D.W. CARLTON, A.S. FRANKEL, *Antitrust and Payment Technologies*, in *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, 1995, 41, 42. La questione si è riproposta di recente, per l'iniziativa del Dipartimento di Giustizia statunitense verso VISA; cfr. *United States v. VISA U.S.A.*, 163 F. Supp 2d 322 (S.D.N.Y. 2001), confermata da 344 F.3d 229 (2d Circ. 2003), certiorari negato l'anno stesso (125 S. Ct. 45). In quest'ultima vicenda, il DOJ aveva attaccato le 'exclusionary rules' di VISA, che impedivano agli associati di emettere carte di altre istituzioni (Discover e Amex). La Corte del secondo circuito ha ritenuto le regole dannose per i consumatori.

⁴ Cfr. già le intuizioni di W.F. BAXTER, *Bank Interchange of Transactional Paper: Legal Perspectives*, 26 JOURNAL OF LAW AND ECONOMICS 541 (1983) e, ora, le elaborazioni di D.S. EVANS, *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, 20 YALE JOURNAL OF REGULATION 325 (2003), J. ROCHET, J. TIROLE, *Cooperation Among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations*, 33 RAND JOURNAL OF ECONOMICS 549 (2002) e M.E. GUERIN-CALVERT, J. A. ORDOVER, *Merchant Benefits and Public Policy towards Interchange: An Economic Assessment*, paper presentato alla N.Y. Fed Conference del 15-16 settembre 2005, disponibile sul sito <<http://www.newyorkfed.org>>.

come modello esplicativo di diversi mercati⁵. La teoria deve considerarsi un'evoluzione delle ricostruzioni aventi ad oggetto industrie caratterizzate da esternalità positive di rete⁶.

Alla stregua di questo approccio teorico, è vera la proposizione secondo la quale il valore per un consumatore (o, più generalmente, un utente del sistema) è funzione positiva del numero di altri attori presenti. Tuttavia, il mercato *two-sided* presuppone un elemento ulteriore rispetto ad un mercato caratterizzato semplicemente da effetti di rete, vale a dire la presenza di due o più insiemi di utenti dei servizi dell'impresa (o acquirenti dei suoi prodotti) per il medesimo mercato, i quali hanno bisogno gli uni degli altri perché una certa transazione venga ad esistenza⁷. Nel caso dell'industria delle carte di credito, servono tipicamente titolari delle carte e commercianti che accettano carte in pagamento. La funzione delle domande dei due insiemi, sebbene determinate in modo endogeno, sono però interdipendenti.

Diversamente da altre industrie a rete, ma non anche a due fronti, la dimensione delle esternalità di rete per l'attore sul mercato si atteggia nel modo seguente: il valore ottenuto dal primo tipo di utenti aumenta col numero degli utenti di altro tipo. È verosimile attendersi, dunque, che variazioni di prezzo su un versante della domanda producano effetti anche, o forse prevalentemente, sull'altro fronte. Ci potremmo riferire a questa situazione descrittivamente come ad una caratterizzata da esternalità di rete positive "incrociate", se non fosse per i probabili equivoci con il concetto di *cross-elasticity* della domanda.

La presenza dell'impresa sul mercato si giustifica con la funzione di intermediazione, necessaria per internalizzare il valore creato da un gruppo di utenti per l'altro gruppo. Come è stato sostenuto da uno dei maggiori teorizzatori della teoria dei mercati a due fronti: "Firms profit themselves and society by figuring out ways to

⁵ Per un applicazione al settore delle telecomunicazione e, in particolare, al mercato dell'*audience* cfr. A. RENDA, *Domanda e offerta di contenuti multimediali: la strategia competitiva*, in FONDAZIONE ROSSELLI, *VIII Rapporto IEM*, Roma, 2005.

⁶ Sul punto, la letteratura è sterminata. Alcuni contributi importanti, oltre il lavoro pionieristico di C. SHAPIRO, H. VARIAN, *Information Rules*, Harvard Business School Press, 1999, M.A. LEMLEY, D. MCGOWAN, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86 CALIF L. REV. 479 (1998), nonché, in lingua italiana, a R. PARDOLESI, A. RENDA, *Appunti di un viaggio nel capitalismo digitale: reti e retaggi culturali nel diritto antitrust*, in *La concorrenza tra economia e diritto*, N. LIPARI, I. MUSU Ignazio (a cura di), Bari, 2000, 147.

⁷ Cfr. CHANG, EVANS, *The Competitive Effects*, cit., 648.

internalize these externalities”⁸. Per essere più precisi, una transazione tra titolare di una carta e esercente che accetta la carta in pagamento sarebbe astrattamente possibile, ma non sarebbe concepibile un mercato, posto che il completamento dell’operazione presuppone il suo processamento ad opera di soggetti che non partecipano direttamente al pagamento.

La configurazione del *two-sided market* importa una ridefinizione del concetto stesso di concorrenza, poiché le imprese concorrono al fine di attirare non una, ma due domande, ancorché offrendo il medesimo prodotto. Nell’industria delle carte di credito, la concorrenza intersistemica sussiste tra i circuiti a quattro parti e tra questi e quelli a tre parti, vale a dire tra carte di associazioni e carte di circuiti proprietari⁹. Alla stregua della teoria, entrambe le tipologie di circuito sarebbero esposte ad un mercato a due fronti. Tuttavia, la situazione appare più semplice con riguardo alle strutture proprietarie, perché non esistono problemi di coordinamento tra soggetto che emette la carta e soggetto che convenziona l’esercente.

Nel caso dei circuiti aperti, alla struttura su due fronti si aggiunge la complessità derivante dalla presenza di soggetti (emittenti e convenzionatori) non necessariamente coincidenti. Tutti appartengono ad uno stesso circuito e sono tenuti ad una attività necessariamente cooperativa per assicurare il funzionamento del sistema; al tempo stesso, competono tra di loro per attrarre clienti; se sono *issuers*, per attrarre *cardholders*, mentre se sono *acquirers* per attrarre *merchants*. Siffatta situazione viene definita come *co-opetition*.

Vi sono ulteriori conseguenze in termini di concorrenza. Quanto all’ingresso nel mercato, si dice che la prima impresa che entra proponendo un servizio è, in realtà, chiamata a creare il mercato stesso, risolvendo un problema da ‘Comma 22’ o, come gli economisti usano dire, il ‘chicken-and-egg’ dilemma¹⁰. In altre parole: se un insieme di clienti è disposto ad aderire al circuito

⁸ Così EVANS, *The Antitrust Economics*, cit., 333.

⁹ Impropriamente M. CONDEMI, G. ARDIZZI, *La tutela della concorrenza nei sistemi di pagamento*, Mimeo, 2005, 3, parlano di concorrenza inter-sistemica come riferita ai “diversi sistemi di trasferimento di fondi”. Se riferita al sistema dei pagamenti attraverso le carte di credito come mercato distinto dagli altri mezzi di pagamento, l’accezione corretta di concorrenza inter-sistemica è quella riferita nel testo.

¹⁰ Per una spiegazione cfr. CHANG, EVANS, *The Competitive Effects*, cit., 650, nonché K. KEMPPAINEN, *Competition and regulation in European retail payment systems*, Bank of Finland Discussion Paper, 16-2003.

soltanto quando vi sia già un consistente numero di clienti dell'altro insieme, il problema è capire come si possa attrarre questi ultimi se ancora non si dispone dei primi. Si è detto che, in ipotesi siffatte, la strategia di ingresso deve essere iterativa; la massa critica deve essere raggiunta in maniera progressiva. Storicamente, molti circuiti di pagamento hanno 'rilevato' da circuiti già esistenti (di carte ad uso specifico) gruppi di utenti, ai quali hanno iniziato a fornire un servizio simile a quello di cui già godevano¹¹.

Ulteriore conseguenza di un mercato con le caratteristiche descritte sarebbe l'impossibilità di fissazione del prezzo secondo i criteri normalmente seguiti in base alla teoria economica; la condizione di eguaglianza tra costo e ricavo marginale sarebbe inadatta per i mercati a due fronti, non foss'altro perché le funzioni di domanda dei due utenti (per ipotesi, *cardholder* e *merchant*) sono differenti. Secondo alcuni, un problema di doppia marginalizzazione influenza la struttura di prezzo, poiché il più delle volte le industrie nei mercati *two-sided* vendono prodotti complementari, per poterli utilizzare come leve rispetto al consumo. In generale, resta vero che, almeno in teoria, non è possibile agire su un lato della domanda con il prezzo, senza attendersi conseguenze sull'altro lato. Se si sbaglia la strategia di prezzo su un fronte, si rischia di rendere l'offerta poco attrattiva per l'altro fronte, che come reazione abbandonerà il consumo. Diminuendo quest'ultimo, l'operare di esternalità di rete incrociate avrà effetti inevitabilmente anche sul primo fronte.

2.1. (Segue) Le strutture ottimali di prezzo nei mercati a due fronti e, in particolare, nell'industria delle carte di credito.

Sia per vincere il problema del 'chicken-and-egg', negli stadi iniziali del mercato o in fasi di ingresso in un mercato già esistente, sia per mantenere in equilibrio il sistema, la struttura di prezzo viene considerata elemento cruciale per la strategia di impresa.

Con particolare riguardo all'industria dei pagamenti con carte di credito e, più specificatamente, ai sistemi a quattro parti, la struttura ottimale di prezzo viene individuata nella commissione interbancaria, vale a dire nel meccanismo di compensazione che si rende necessario per il fatto che un soggetto (*acquirer*) acquista il

¹¹ La ricostruzione più dettagliata dell'industria dei pagamenti, anche dal punto di vista storico, è quella offerta da D.S. EVANS, R.SCHMALENSEE, *Paying with Plastic*, MIT Press, 2005.

credito di un *merchant* che ha accettato una carta di credito di un utente emessa da altro soggetto (*issuer*)¹². Insomma, come recita il titolo di una ponderosa ricerca in materia, l'IF si candida al ruolo di dinamo della costellazione complessa.

Teoria (discussa, vedremo) vuole che, dato l'elevato numero di soggetti sul mercato del convenzionamento e dell'emissione di carte, sia impossibile regolare su base bilaterale i rapporti tra ogni singolo *acquirer* e ogni singolo *issuer*. Costi transattivi e rischio di *hold-up* impongono il *pooling* e, in definitiva, la creazione di una struttura orizzontale tra soggetti emittenti e soggetti acquirenti, struttura che acquista per lo più la forma di una *joint venture*¹³. Siffatta struttura assume su di sé le funzioni cooperative del rapporto tra imprese aderenti, lasciando ad essi individualmente la dimensione propriamente concorrenziale, di attrazione di consumatori/utenti e/o esercenti convenzionati. Tra le funzioni cooperative vi è, senza dubbio, quella di fissazione del livello della commissione interbancaria, che è sempre positiva in quanto astrattamente diretta alla copertura dei costi di funzionamento del sistema, oltre che al coordinamento dei due fronti del mercato.

3. Revisione critica di alcune presunte implicazioni della teoria dei two-sided markets con riferimento all'industria delle carte di credito.

Una delle implicazioni della teoria dei *two-sided markets*, come riferita all'industria delle carte di credito, sarebbe la necessità di massima cautela nell'agire sulle strutture di prezzo determinate dall'associazione e, quindi, sulla commissione interbancaria. Nessun intervento di tipo regolatorio sarebbe in grado di determinare una situazione superiore a quella che deriva dalla autoregolazione del sistema.

Invero, mentre la dimensione descrittiva della teoria dei *two-sided markets* appare sufficientemente univoca, i risvolti "normativi" (*sollen*) sono meno immediati di quanto non appaia facendo affidamento sulla apparente linearità dei ragionamenti economici.

¹² Sulla indispensabilità della IF per la sopravvivenza dei sistemi a quattro parti cfr. C. AHLBORN, H.H. CHANG, D.S. EVANS, David S., *The problem of interchange fee analysis: Case without a cause?* in *European Competition Law Review*, 2001, 304, 310.

¹³ Già BAXTER, *Bank Interchange*, cit., 556.

In un sistema a quattro parti, è pacifico che l'*issuer* si trova in una situazione di vantaggio relativo rispetto all'*acquirer*, perché in posizione di monopsonio rispetto ai debiti contratti dal titolare della carta da lui emessa. Al tempo stesso, l'*issuer* è colui che, almeno in principio, sopporta il rischio di default dell'utente delle sue carte¹⁴. Mentre, dunque, non ha bisogno di spiegazioni la naturale tendenza dell'*issuer* a chiedere una remunerazione –oltre che per la concessione della carta all'utente– anche per l'intermediazione del debito da parte dell'*acquirer*, la teoria dei mercati a due fronti non esclude ragionevolmente che fenomeni di *passing on* del costo imposto dall'*issuer* stesso finiscano per spostare l'onere di funzionamento del sistema sul *merchant*: e ciò anche quando il livello della commissione venga determinato collettivamente per consentire l'equilibrio del sistema. Poiché il *merchant* agisce razionalmente almeno quanto l'*issuer* e l'*acquirer*, la tendenza naturale sarà quella di ribaltare il costo a valle¹⁵.

Ma con quali modalità?

La prima risposta, in linea teorica, è: *surcharge*, sovrapprezzo, da praticare per i soli utilizzatori di *plastic*. È un punto cruciale, su cui si tornerà tra un momento. Ma se discriminare costa troppo, o è altrimenti (contrattualmente) precluso, il prezzo al dettaglio aumenta per tutti i consumatori, chiamati a caricarsi del costo di un servizio del quale soltanto una parte di essi effettivamente godrà¹⁶. L'effetto è quello di una tassa sulla vendita, distorsiva e, per di più, incamerata dalle banche.

Poco male, si replica. Perché la pratica è diffusa, dato il *bundle* inestricabile di servizi offerti dal commerciante (parcheggio 'gratuito', pagato anche da chi va a piedi...). Perché, si dice,

¹⁴ Per una spiegazione ed un confronto con il sistema di pagamento mediante assegno cfr. BAXTER, *Bank Interchange*, cit., 578. In lingua italiana, si può fare riferimento a O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996.

¹⁵ Con piglio risoluto D.A. BALTO, *The Problem of Interchange Fees: Costs Without Benefits? European Competition Law Review*, 2000, 215, 222, aveva sostenuto la natura regressiva della IF, che per effetto del *passing on* colpisce maggiormente coloro che decidono di non avvalersi della carta di credito per effettuare una transazione. *Contra* AHLBORN, CHANG, EVANS, *The problem of interchange fee analysis*, cit., 311, secondo i quali il *passing on* è un effetto comune per ogni servizio gratuito offerto dai commerciali e normalmente fruito soltanto da una parte della clientela.

¹⁶ Verrebbe in ogni caso violata una delle principali virtù di un sistema di pagamento, vale a dire la "inexpensiveness"; sul punto cfr. E.L. RUBIN, R.D. COOTER, *The payment system: Cases, materials and issues*, 2nd ed., St. Paul, Minn., 1994, 2.

opererà la legge di Gresham, andremo tutti in macchina, sino a saturare i parcheggi. Perché, nei fatti, la libertà dell'esercente convenzionato di alzare i prezzi non è totale: è verosimile che egli sia indotto ad assorbire, senza trasferire, i costi di utilizzo di un sistema di pagamento che altri ha determinato. Perché –e questo dovrebbe chiudere la partita– il gioco è redistributivo e a somma zero, nel senso che il *rebate* ottenuto virtualmente dal titolare della carta si ribalterà sotto forma di sconti ad opera dell'*issuer*.

Senonché, se questi sconti non si muovono con un rapporto 1 a 1, aumenteranno semplicemente i profitti delle banche (*issuer*); in altre parole, mentre i maggiori costi vengono trasferiti dall'*issuer* all'esercente e da questi al consumatore, non è detto che gli eventuali risparmi ottenuti dai consumatori si risolvano in costi minori praticati dagli *issuer*. E qui prende corpo l'ipotesi collusiva, ossia l'idea che l'IF perda, nei meandri del meccanismo, le supposte virtù funzionali e operi, invece, a mo' di *price fixing*.

Tre i fattori all'opera, a sostegno di quest'interpretazione.

1.- Limitata resistenza dei commercianti, minore nei mercati maturi. Costoro appaiono come il vero anello debole di un sistema che li costringe, almeno nella prospettiva individuale, all'impotenza e alla rassegnazione verso la scelta, altrove maturata, di aggiungere un costo al sistema di pagamento. In mercati maturi e fortemente concorrenziali perde consistenza l'ipotesi che il costo possa essere facilmente redistribuito a valle.

2.- Concorrenza imperfetta sul versante degli *issuers* (e, quindi, necessità di sussidiarli per espandere l'output: ma, di questo passo, si arriva a teorizzare il sussidio per i cartelli...). Si replica sdegnosamente che c'è concorrenza tra le banche convenzionanti, ed altrettanta tra gli emittenti¹⁷. Ma, quand'anche fosse così, la concorrenza si sviluppa su ciascuno dei versanti (nell'acquisire commercianti e utenti, rispettivamente), ma non là dove essi s'interfacciano e più forti allignano gli incentivi alla concertazione. Per l'*acquirer*, che è anche (sovente) un *issuer*, la IF è un costo, da ribaltare sul commerciante.

La situazione appare, per molti versi, analoga al caso italiano TIM-Omnitel: spietata concorrenza tra operatori mobili per conquistare la clientela diretta, nessuna rivalità per le tariffe praticate nei confronti dell'utente della rete fissa, col relativo operatore monopolista indifferente ed impegnato a raccogliere tariffe

¹⁷ Resta da capire, allora, il significato della clausola, contenuta negli accordi interbancari, che obbliga ad essere *acquirer*, prima di poter emettere carte in proprio. Cfr., *infra*, par. 4.

esorbitanti per conto degli operatori mobili¹⁸. A conti fatti, veniva così delineandosi l'irrelevanza del vettore fisso-mobile quale parametro concorrenziale. Giusto come accade nel nostro caso, con i commercianti passivi di fronte a tariffe ineludibilmente condizionate dal peso della IF.

3.- La concorrenza tra sistemi non spinge la IF verso il basso e non impedisce l'esercizio del potere di mercato. Un network che riduce la IF non aumenta il volume, perché i commercianti continuano ad accettare le carte di tutti i sistemi¹⁹. Peggio, un incremento di *inter-system competition* può assumere la forma perversa della concorrenza per ottenere la lealtà degli *issuers* attraverso IF più alte, pagate dai commercianti.

Ecco perché il livello di IF preferito dalle associazioni e dai loro membri potrebbe essere molto più alto di quello che propizia l'efficienza economica; potrebbe spingersi –lo teorizza senza veli Tirole– sino al limite della capacità di resistenza per i commercianti: *id est*, prezzi troppo alti per loro e, indirettamente, per il pubblico.

Non si è ancora affrontata la questione circa la indispensabilità della commissione, ma relativamente alla sua dimensione possono farsi due considerazioni. La scelta dell'associazione, composta dai soggetti che partecipano a diverso titolo al circuito, di determinazione di una commissione ha sicuramente un vincolo teorico determinato dalla natura bi-fronte della domanda che si intende soddisfare. Nella realtà, però, ha anche un fattore propulsivo verso l'alto, rappresentato dalla scelta razionale degli *issuers* di spingere il livello verso il punto di tenuta del sistema.

Dunque, vi è una situazione nella quale qualcuno decide (l'*issuer*), provocando un fenomeno di ribaltamento dei costi che, verso il basso, incontra l'assetto concorrenziale nel quale si trovano ad operare i *merchant* e che non consente, se non in parte, di

¹⁸ Ci si riferisce alla vicenda culminata con C. Stato, sez. VI, 22 marzo 2001, n. 1699, in *Foro it.*, 2001, III, 385, con note di L. LAMBO, *Parallelismo consapevole e collusione nei mercati oligopolistici*, e S. BASTIANON, *Mercati oligopolistici, «conscious parallelism» e pratiche concordate: quale intesa tra Tim e Omnitel?* nonché in *Dir. ind.*, 2001, 351, con nota di G. COLANGELO, *Elogio della razionalità oligopolistica*.

¹⁹ Peraltro, secondo l'ortodossia economica dei *two-sided markets* –quella stessa che impone di misurare la reazione su tutti e due i fronti quando si agisce sul prezzo di offerta– non è detto che una semplice riduzione di prezzo determini un aumento delle quantità. In verità, non è detto che sia così anche in scenari più semplici, posto che la reazione della quantità al prezzo dipende dall'elasticità della domanda.

neutralizzare gli effetti della scelta altrui. In ogni caso, il costo del sistema è sopportato e ripartito tra consumatore ed esercente. Questo spiega perché le azioni antitrust che si sono registrate finora, sia negli Stati Uniti che in Europa, sono state avviate da esercenti o associazioni di esercenti.

4. Gli strumenti negoziali di effetto verticale che assicurano la tenuta di un sistema con commissioni interbancarie positive.

Come preannunciato, occorre tornare alle scelte del commerciante, per considerarle più da presso.

Se l'esercente convenzionato potesse, anziché praticare prezzi generalmente più alti, a copertura dei costi derivanti dalla accettazione di carte di pagamento, opererebbe una naturale discriminazione di prezzo. I clienti con carta pagherebbero un prezzo superiore, mentre ai clienti che pagano in contante sarebbe praticato un prezzo inferiore. Non solo; perché, mentre il denaro ha sempre lo stesso odore e colore, non tutte le carte sono identiche, in termini di diffusione o di costo di processamento dei pagamenti o di schema solutorio. Ciò vuol dire che l'esercente razionale avrebbe anche un incentivo a discriminare ulteriormente tra i clienti che decidono di pagare la transazione con *plastic*, addirittura rifiutando il pagamento quante volte venga presentata una carta eccessivamente costosa in valore assoluto, oppure in rapporto al valore complessivo dell'acquisto che si intende pagare, oppure in ragione delle modalità di processamento del pagamento. E, invero, se l'utente ha interesse a pagare con carta –perché può dilazionare o differire il pagamento – e se l'issuer ha interesse a che il titolare lo faccia –perché in questo modo si assicura proventi –, l'interesse dell'esercente convenzionato è esattamente l'opposto: vendere la merce senza dover aumentare il prezzo con una tassa implicita o, peggio, senza doverlo decurtare del relativo ammontare.

Se tutto ciò avvenisse, le carte sarebbero in concorrenza tra loro e tutte le carte sarebbero in concorrenza con il contante, in un regime di assoluta trasparenza dei costi del servizio di pagamento. L'esercente avrebbe la possibilità di riscattarsi da una situazione di sudditanza rispetto ad una scelta imposta da un soggetto col quale egli non ha contatti diretti, vale a dire l'*issuer*. La stessa reazione verso il basso, che determina naturalmente un passaggio dei costi dall'*issuer* all'*acquirer* e da questo al *merchant*, seguirebbe la direzione opposta, poiché gli *acquirer* si vedrebbero costretti a

fronteggiare minori volumi e a presentare minori crediti agli *issuers*. In ultima analisi, la contrazione dei volumi comporterebbe una riduzione delle commissioni corrisposte agli *issuers*.

Certo, se la domanda congiunta di servizi di pagamento fosse rigida –circostanza verosimile–, allora l'azione eventuale degli *issuers*, di aumentare il prezzo per compensare la riduzione di profitti che consegue ai minori volumi, sortirebbe un qualche effetto per loro. Ma la domanda è resa elastica per il fatto che la carta, come mezzo di pagamento, nello scenario descritto è in rapporto di sostituibilità con il contante (almeno in linea teoria). Dunque, l'unica scelta per il sistema e per gli *issuers* sarebbe accontentarsi di una commissione interbancaria ridotta. Il potere (astrattamente configurabile) dell'esercente di orientare il consumatore verso forme di pagamento alternative o a più buon mercato rappresenterebbe, nella sostanza, una forma di contropinta/regolazione dal basso, che preme per la riduzione o l'azzeramento dell'IF.

Ma la realtà è un'altra.

La libertà dei soggetti coinvolti in una transazione a quattro lati è ristretta dall'operare delle condizioni contrattuali che sorreggono l'architettura complessiva di un circuito e che rappresentano le norme di un accordo orizzontale tra concorrenti.

In particolare, la prassi finora osservata ha testimoniato che l'accordo interbancario di joint venture, oltre a contenere prevalentemente regole di funzionamento del sistema, anche dal punto di vista tecnico (per esempio, lo standard dei messaggi per la regolazione della transazione), prevede anche norme di effetto, per così dire, verticale, nel senso che presuppongono un vincolo all'azione del *merchant*. Si tratta, in particolare, delle norme di non discriminazione (*no-discrimination rule*: NDR) e di onore per tutte le carte del circuito (*honor-all-cards*: HAC).

In ossequio alla prima regola, l'esercente convenzionato non può legittimamente fare quello che l'istinto commerciale suggerirebbe (e che l'esigenza di concorrenza, nella pratica, raccomanda), vale a dire praticare prezzi diversi a seconda del tipo di mezzo di pagamento prescelto dal consumatore, verosimilmente offrendo prezzi ridotti per le transazioni che vengono pagate in contanti.

In ossequio alla seconda regola, l'esercente non può rifiutare di onorare una carta che presenti un segno distintivo del circuito al quale egli ha aderito. In altre parole, il marchio del circuito,

attraverso la regola in questione, assicura generale accettabilità della carta, a prescindere dal tipo o dalla transazione²⁰.

Prima di considerare gli effetti delle due regole, vale la pena osservare che, mentre l'accordo interbancario che disciplina le condizioni di accesso e funzionamento del circuito ha efficacia tra soggetti che si pongono allo stesso livello di mercato, ancorché non in diretta concorrenza (ovviamente, nulla impone alle banche di essere *acquirers* e *issuers* allo stesso tempo, ad eccezione di altra norma, denominata 'no acquiring, before issuing'), la regola di non discriminazione e la HAC condizionano il comportamento dell'esercente. In altre parole, si è in presenza di strumenti che vengono concordati a livello interbancario tra imprese concorrenti, ma applicati dalle stesse (in realtà, dagli *acquirers*), nelle condizioni contrattuali di convenzionamento degli esercenti. Quanto agli effetti, le clausole hanno conseguenze sui *merchants* e, in definitiva, sul mercato dei servizi di pagamento.

5. Valutazione delle clausole ad effetto verticale alla luce della teoria economica.

Le clausole considerate nel paragrafo precedente hanno ricevuto giustificazioni dal punto di vista economico, sulla scorta delle stesse teorie illustrate in precedenza.

La clausola di non discriminazione si dice sia essenziale alla tenuta del sistema a quattro parti e, in definitiva, alla concorrenza intersistemica. Se venissero meno i presupposti di competitività dei sistemi come VISA, sarebbero indirettamente avvantaggiati i circuiti a tre parti; e non è detto che questo, in quanto sortito per questa via regolamentare, sia un risultato desiderabile. Peraltro, vi è chi ritiene che nei sistemi a tre parti, i consumatori paghino ugualmente una commissione interbancaria, molto meno trasparente e, quindi, persino più insidiosa.

Niente paura, si dice. Nell'ottica economico-salvifica del mercato a due fronti, è l'interdipendenza delle domande di titolari delle carte ed esercenti convenzionati ad imporre un meccanismo che non

²⁰ A difesa della clausola AHLBORN, CHANG, EVANS, *The problem of interchange fee analysis*, cit., 306: «For open systems, a uniform acceptance of their brands (and hence the ability to benefit from the network effects) requires an "honour all cards" rule that obliges any merchant that joins a payment card system to accept for payment all of the cards that carry that system's mark».

faccia diminuire l'appetibilità di una carta su uno dei due fronti, poiché ciò avrebbe inevitabili riflessi sull'altro.

Il ruolo delle clausole è, tuttavia, equivoco²¹.

La Commissione europea, nella decisione *Visa International* del 9 agosto 2001 (§ 55 ss.), pur riconoscendo che la regola di non discriminazione può avere effetti restrittivi della concorrenza, ha però concluso che, sulla scorta di una indagine empirica svolta nei Paesi nei quali la clausola è stata vietata –ad es., UK, Paesi Bassi; anche in Australia, per iniziativa della Reserve Bank–, non si sono registrati comportamenti negli esercenti di discriminazione dei prezzi tali da ri-orientare i consumatori verso altri strumenti di pagamento²². Ciò proverebbe il carattere non apprezzabile della restrizione. Anche a livello intrasistemico gli effetti del divieto sono stati ridotti: pare che molti esercenti, nei Paesi considerati, non abbiano goduto di una riduzione delle commissioni e, dunque, l'impatto del divieto è stato modesto anche da questo punto di vista. La conclusione della Commissione è *tranchant*: la regola non ricade nemmeno nell'ambito dell'art. 81, 1° comma, perché l'effetto restrittivo non è apprezzabile.

L'argomento della Commissione appare, tuttavia, contraddittorio. Se, infatti, la regola può essere restrittiva della concorrenza, l'apprezzabilità della restrizione andrebbe considerata non per gli effetti che l'assenza della regola non produce in termini di beneficio per gli esercenti, bensì per gli effetti che la sua presenza produce negli ordinamenti nei quali la clausola è vigente. L'assenza di un fatto può essere considerata prova del fatto opposto? Una dimostrazione soltanto in negativo della presunta nocività di una clausola omette, peraltro, di valutare approfonditamente il carattere di indispensabilità della restrizione, che pure deve sussistere perché vi possa essere l'esenzione. La decisione della Commissione dice che dove la clausola manca non si sono verificati effetti positivi. Tuttavia, siccome i sistemi non si sono disgregati, vi è forse qualche argomento ulteriore per credere che la clausola non sia indispensabile alla sopravvivenza dei circuiti²³. In regime di

²¹ CONDEMI, ARDIZZI, *La tutela della concorrenza*, cit., 32, segnalano il diverso trattamento che la clausola di non discriminazione ha avuto in giro per il mondo.

²² Cfr. Commissione CE, caso COMP/29.373 – *Visa International* (2001/782/EC), in *G.U.C.E.* 10 novembre 2001, L293, 24.

²³ Naturalmente, ogni questione circa la indispensabilità della clausola andrebbe affrontata alla luce dell'art. 81, comma 3, del Trattato, sempre che nel suo complesso la clausola sia giudicata rilevante ai fini dell'81, comma 1, (come invece la Commissione ha escluso *a priori*). Cfr. § 35 delle Linee direttrici

eccezione legale, è di tutta evidenza l'entità del pericolo nell'autorizzare una linea interpretativa come quella seguita dalla Commissione; tutto vietato, in principio, ma tutto assolutamente lecito alla prova dei fatti. E se si riscontrasse, in corso d'opera, un *revirement* nella giurisprudenza della Commissione, i relativi costi sarebbero a carico delle imprese che hanno fatto affidamento sull'orientamento pregresso.

Anche la clausola HAC, che in principio appare strumento decisamente controverso (vietata negli USA, resa flessibile in Messico, in via di ostracizzazione in Australia), viene scriminata dalla Commissione, sulla scorta delle motivazioni di VISA. La *ratio* della regola è data dalla necessità di porre il titolare della carta nella condizione di sapere, *ex ante* (cioè, verosimilmente, quando decide se aderire a questo o a quel circuito), che la carta stessa sarà accettata in tutti gli esercizi convenzionati.

L'obbligo degli esercenti di accettazione della carta non è, dunque, restrittivo della concorrenza (cfr. 68 della decisione citata).

Il sospetto che si tratti di una pratica legante secondo la Commissione non sussiste. Eppure, in vigore di uno schema siffatto, gli esercenti sono tenuti ad accettare tutte le carte a prescindere dal servizio che esse veicolano e del prezzo o della commissione che ogni servizio richiede. Peraltro, è la stessa teoria dei mercati a due fronti a raccontare che le imprese, in questo tipo di mercato, tendono ad essere 'multihoming', cioè ad offrire diversi prodotti per l'esigenza di usare l'un prodotto come leva per il consumo dell'altro.

Anche in questo caso, però, manca una prova in positivo del fatto che non si sia in presenza di pratica legante e restrittiva della concorrenza; ci si accontenta di rilevare che "the fact that the fees that acquiring banks may charge to merchants may be different does not demonstrate that different types of Visa cards are unrelated products" (§ 68). Quanto basta per concludere che anche la clausola in questione non ricade all'interno dell'art. 81, 1° comma, del Trattato.

5.1. Riassumendo.

sull'applicabilità dell'art. 81 del Trattato CE agli accordi di cooperazione orizzontale.

Riassumendo, in termini più comprensivi. La posizione monopsonistica dell'*issuer* espone gli *acquirers* al rischio che il credito rilevato dal *merchant* non venga onorato, in assenza di un previo accordo contrattuale. Si tratta di un rischio con due possibili esiti: il rifiuto che l'*issuer* può opporre e, dunque, una situazione di non funzionamento del circuito; il ricatto sulle commissioni che, di volta in volta, l'*issuer* può richiedere. La regolamentazione preventiva, sia sull'*an*, che sul *quantum* dell'obbligo dell'*issuer*, costituisce l'archittrave del sistema. Lo sa bene la Commissione, quando osserva che "The only provisions necessary for the operation of the Visa four-party payment scheme, apart from technical arrangements on message formats and the like, are the obligation of the creditor bank to accept any payment validly entered into the system by the a debtor bank and the prohibition on (*ex post*) pricing by one bank to another" (§ 60 della decisione 24 luglio 2002)²⁴.

Almeno in Europa, dunque, le clausole NDR e HAC sono considerate addirittura al di fuori della portata precettiva dell'art. 81, mentre la *interchange fee* è considerata, sì, restrittiva e dannosa per la concorrenza, ma esentata ai sensi dell'art. 81, comma 3. Per questa via, sia detto per inciso, si è esercitata una pressione cripto-regolatoria nel senso della riduzione della IF, prontamente ripresa dalla nostra AGCM²⁵. La razionalità del reale è stata, dunque, incrinata nei fatti, ma conciliativamente, con un compromesso che fa salvo il quadro dei principi (anche se ne tempera le ricadute).

6. Ripensare il reale, come paradigma della razionalità. Quale reale è razionale?

Se il mondo fosse circoscritto ai territori europei, si potrebbe concludere che la ricostruzione della Commissione sia l'unica ragionevole e razionale. Alcuni Paesi, anche fuori dall'Europa, hanno però agito nei confronti degli strumenti interbancari di cui si è dato conto. La commissione multilaterale è stata messa in discussione: ridotta al costo in Australia (2003), condannata

24 Cfr. Commissione CE, caso COMP/29.373 – *Visa International – Multilateral Interchange Fee* (2002/914/EC), in *G.U.C.E.* 22 novembre 2002, L318, 17.

25 Cfr. Provv. 24 giugno 2004, in *Boll.* 28/2004 (parere reso alla Banca d'Italia nel caso *Pagobancomat*); arg. anche ex Provv. 28 luglio 2004, in *Boll.* 31/2004, *Carta SI-American Express*.

implicitamente perché determinativa di *merchant fee* eccessive in Olanda (2004), sotto inchiesta dell'OFT nel Regno Unito, per sospetto di eccessività²⁶. Le clausole NDR e HAC sono state, qua e là, vietate. I circuiti, non di meno, sono sopravvissuti e prosperano. Un recente *survey* rileva che, su 10 quadranti esaminati, la IF risulta declinante o stabile in 8, e 5 di essi ammettono il *surcharge* o revocano in dubbio la legittimità del suo divieto²⁷.

Ma gli interrogativi più inquietanti sono alimentati dagli sviluppi, per meglio dire dagli sconvolgimenti registrati di recente dell'esperienza statunitense: l'equivalente *plastic* di Katrina, per l'impianto concettuale sin qui ricevuto, ossia quello di *NaBanco*, che dal 1986 legittima(-va) il ricorso alle commissioni interbancarie nei circuiti a quattro parti²⁸; la decisione è stata rispolverata tutte le volte in cui le associazioni di *retailers* –che subiscono la IF, senza potersi riscattare dalla stessa e senza poter negoziare con chi la determina e ne determina le condizioni di contorno– hanno tentato di ribellarsi alle condizioni imposte da VISA.

D'un tratto, le circostanze hanno preso una piega diversa.

In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litigation del 2001, VISA e Mastercard hanno accettato una rovinosa transazione con un aggregato mostruoso di *retailers* (quattro milioni) capeggiati da Wal-Mart, che avevano intentato una *class action* proprio sul presupposto che la HAC fosse una clausola legante²⁹.

La vicenda si è fermata con la decisione ufficiale della Corte d'Appello per il secondo circuito di censire la classe danneggiata, dando indicazioni sul presunto potere di mercato di VISA e, quindi, sulle potenzialità delle condotte restrittive della concorrenza. Non

²⁶ Lo *statement of objections* adottato dall'OFT contro l'accordo VISA è del 19 ottobre 2005.

²⁷ S.E. WEINER, J. WRIGHT, *Interchange Fees in Various Countries: Developments and Determinants*, paper presentato alla conferenza "Interchange Fees in Credit and Debit Industries: What Role for Public Authorities?", Santa Fe, NM, 4-6 maggio 2005, disponibile su <<http://www.kc.frb.org/FRFS/PSR/2005/05prg.htm>> (ultima consultazione 30 ottobre 2005).

²⁸ *National Bankard Corp. (NaBanco) v. VISA U.S.A., Inc.*, 596 F. Supp. 1231 (S.D. Fla 1984), confermata da 779 F.2d 592 (11th Circ. 1986), e certiorari negato dalla Corte suprema: 479 U.S. 923 (1986).

²⁹ La causa si è arrestata proprio quando la corte competente aveva riconosciuto la legittimità dell'azione proposta dalla classe di presunti danneggiati, lasciando trapelare convinzioni relative al potere di mercato di VISA: *Wal-Mart et al. v. VISA U.S.A.*, In re Visa Check/Mastermoney Antitrust Litigation, 2003 WL 1712568 (E.D.N.Y. Apr. 1, 2003).

si è proceduto perché VISA e Mastercard hanno accettato una transazione di 3 miliardi di dollari.

Orrore! tuonava George Priest dalle colonne del Wall Street Journal³⁰: si è acceduto al *settlement* perché la classe di 4 milioni di commercianti reclamava danni nell'ordine dei 100 miliardi di dollari, che moltiplicati per tre, avrebbero portato allo sbalorditivo esito di 300 miliardi. In questa situazione, anche una probabilità su 100 di perdere la causa avrebbe giustificato una transazione come quella effettivamente raggiunta. E, il preteso *tying* è implausibile, perché corrisponde alla normale prassi commerciale di "full line forcing".

Ma, a sentire Lloyd Constantine, *lead counsel* per Wal-Mart e Sears e gli altri milioni di attori, la HAC ha consentito di strangolare la PIN *debit card*, che all'inizio degli anni '90 operava *at par*, e sostituirla con la più lucrosa *signature, off-line debit card*³¹. Di là dal pugno di dollari per chi non abbia esercitato l'*opting-out*, la vicenda ha condotto ad un crollo verticale dei livelli di IF, analogo a quello registratosi in Australia per effetto regolamentare, a riprova della tenuità della pretesa che l'autoregolamentazione sia l'unica strada per tenere insieme il sistema.

Insomma, se il reale fosse stato così razionale come, pur con qualche temperamento, si assume in Europa, probabilmente i due circuiti avrebbero evitato di obbligarsi al pagamento di una somma ingente, destinata ad avere ripercussioni sulla vita stessa delle società (se solo si pensa che Mastercard ha deciso di quotarsi in borsa in parte per attrarre i capitali necessari a ripianare il debito)³². Evidentemente vi sono elementi sparsi, ma non irrilevanti, che sfuggono alla linearità di alcune argomentazioni economiche e suggeriscono altre possibili conclusioni.

7. Morale interlocutoria

³⁰ G. PRIEST, *Class Warfare*, in *The Wall Street Journal*, 5 maggio 2003.

³¹ Nella gamma di servizi di pagamento, si tratta della carta che consente il debito di firma, con processamento non in tempo reale. L'intervento di Constantine è disponibile su <<http://www.kc.frb.org/FRFS/PSR/2005/05prg.htm>> (ultima consultazione 30 ottobre 2005).

³² Con una posizione opinabile, J. ABERMANN, *Interchange Fees in Card Payment Systems in the US and Europe*, *European Competition Law Review*, 2005, 223, 230, ritiene che Europa e Stati Uniti abbiano un approccio omogeneo nei casi riguardanti le carte di credito, salvo il fatto che in EU pare la IF debba essere orientata ai costi e trasparente.

Si possono metter insieme, come ammonisce Michael Katz, modelli in cui l'esito da cartello è più efficiente di quello competitivo³³. Ma non per questo la politica antitrust è stata paralizzata. Meno che mai quando il modello non esclude una lettura alternativa e meno ottimistica, appunto quella collusiva.

La prassi italiana e comunitaria si è orientata nel senso dell'esenzione, salva l'imposizione cripto-regolatoria in chiave di orientamento ai costi³⁴. L'esito suona smentita della pretesa che il reale sia razionale. La constatazione implicita è che si sia alle prese con un fallimento del mercato, cui occorre porre rimedio. E, sin qui, *nulla quaestio*.

La linea argomentativa appare, non di meno, traballante. A tacer d'altro, bisognerebbe dimostrare che la fissazione collettiva dell'IF non annovera alternative meno restrittive della concorrenza³⁵. Ma, a dispetto dell'enfasi sull'incubo da costi transattivi, se ne dà più d'una, che in questa sede non può che essere tratteggiata a mo' di promemoria per future e più dettagliate considerazioni.

1.- La *par-collection*, ad esempio (con commissioni presenti solo per i servizi di compensazione). Un tale sistema opera da sempre in Canada, conta per l'80% delle *non cash-transactions* in Danimarca e per il 59% in Finlandia³⁶. Unica replica: '0 fee is a fee', non meno concordata di ogni altra IF. Argomento che somiglia più ad un sofisma per salvare il principio che non ad un punto ineludibile. E

³³ M.L. KATZ, *What Do We Know about Interchange Fees and What does it Mean for Public Policy*, paper presentato alla conferenza "Interchange Fees in Credit and Debit Industries: What Role for Public Authorities?", Santa Fe, NM, 4-6 maggio 2005, disponibile su <http://www.kc.frb.org/FRFS/PSR/2005/05prg.htm> (ultima consultazione 30 ottobre 2005).

³⁴ Parlano di approccio quasi-regolatorio nella prassi italiana di autorizzazione delle intese tra banche sui circuiti di pagamento CONDEMI, ARDIZZI, *La tutela della concorrenza*, cit., 1.

³⁵ BAXTER, *Bank Interchange*, cit., 586, aveva ritenuto che il processo collettivo di determinazione della IF non fosse paragonabile ad una ipotesi di fissazione del prezzo a livello orizzontale («To an unsophisticated observer this collective process of equilibration resembles horizontal price fixing, but (...) it should not be so treated»). *Contra*, BALTO, *The Problem of Interchange Fees*, cit., 215, secondo il quale le IF esistono «under a narrow and tenuous exception to the traditional antitrust skepticism towards collective price fixing».

³⁶ Contrari, naturalmente, CHANG, EVANS, *The Competitive Effects*, cit., 668, secondo i quali un intervento regolatorio che costringesse i sistemi aperti a IF=0, avvantaggerebbe i sistemi chiusi (a tre parti), fino ad incentivare l'integrazione (chiusura) dei primi, con la conseguenza che tutti pagherebbero quella che gli A. chiamano IF implicita.

concesso pure che si tratti di una forma di IF, al pari di quella positiva, occorre parimenti concedere che in un sistema siffatto ogni banca *acquirer* compete per il *patronage* dei commercianti, ogni *issuer* per i *cardholders*, senza costi dall'uno all'altro; quanto dire che commercianti e titolari pagano ognuno per i propri servizi, sulla base dei costi reali.

2.- Decentralizzazione, sulla base di negoziazioni bilaterali. L'ipotesi, propugnata apoditticamente da Balto³⁷, rinnega per definizione la premessa circa l'impraticabilità del sistema in difetto di un qualche protocollo condiviso, ipotizzando implicitamente che la sua funzionalità possa essere in qualche modo avvicinata dalla virtuosa anarchia di iniziative individuali. In ogni caso, non si tratterebbe di miriadi di accordi, come sogliono affermare i difensori dello *status quo*, ma un pugno di contratti fra enti di vertice, su cui andrebbero a canalizzarsi gli altri operatori. Da notare come per questa (improbabile) via, vera che fosse la minaccia di fallimento della regolamentazione, sarebbe dato tornare al mercato e ad un antitrust fedele a se stesso. Nel presupposto, s'intende, che HAC e NDR siano tolte comunque dal giro.

³⁷ BALTO, *The Problem of Interchange Fees*, cit., 219 s.