

**Collocazione ordinamentale del nuovo *framework* regolamentare UE
dei servizi di pagamento di cui alla PSD2 e “singolarità” dei pagamenti
delle Pubbliche Amministrazioni***

di Simone Mezzacapo

16 marzo 2020

Sommario: 1. Inquadramento normativo e collocazione ordinamentale della disciplina di settore cui alla PSD2, anche alla luce del coordinamento con altre disposizioni UE e nazionali in materia. – 2. La riperimetrazione dell’ambito di applicazione del ‘framework’ armonizzato UE dei servizi di pagamento nel mercato interno e il ‘dark side’ demarcato dal relativo ‘negative scope’. – 3. La ‘questione’ del trattamento regolamentare dei servizi di pagamento che riguardano Pubbliche Amministrazioni.

1. Inquadramento normativo e collocazione ordinamentale della disciplina di settore cui alla PSD2, anche alla luce del coordinamento con altre disposizioni UE e nazionali in materia

Con l’attuazione dell’ultima Direttiva UE sui servizi di pagamento nel mercato interno del 2015 (*c.d. PSD 2*)¹ è stato, tra l’altro, ridefinito l’ambito di applicazione delle relative norme di settore e conseguentemente rimodulato il relativo “*dark side*”, quale risultante dalle disposizioni sul “*negative scope*” delle norme stesse.

Tale aspetto è di particolare interesse dal punto di vista interpretativo perché è fondamentale per l’individuazione del ruolo sistemico e della “collocazione” delle relative disposizioni nell’ambito del più complesso e articolato ordinamento giuridico e *acquis* unionale e nazionale.

Altra novità dal profondo impatto sistemicò nell’ordinamento italiano è rappresentata dalle specificità delle modalità di applicazione dei principi e delle regole del nuovo *framework* UE in materia ai servizi di pagamento che riguardano le pubbliche amministrazioni nazionali.

* Il presente saggio, salve alcune modifiche, è destinato alla pubblicazione anche nel volume “Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD 2. Direttiva 2015/2366/UE” per i tipi della Roma TrE-Press.

¹ Direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE.

Ciò posto, circa il contenuto sostanziale della PSD2 vale innanzitutto mettere in evidenza che benché la PSD2 realizzi un organico ed esteso intervento regolatorio in materia di prestazione e utilizzo di servizi di pagamento nel mercato interno dell'UE, questa tuttavia “non dice tutto” (!).

La PSD2 reca infatti “solo” disposizioni dirette alla regolazione armonizzata di alcuni aspetti della materia e che si collocano, tra l'altro, in rapporto di specialità rispetto a numerose altre norme pure rilevanti in *subjecta materia* tuttavia “disseminate” *aliunde* nell'ordinamento UE e nazionale.

Oltre ovviamente, e *in primis*, alle disposizioni del *Codice Civile* e sulla tutela dei “dati personali”, si pensi ad esempio, tra le tante, alle norme sul *surcharge* e sulle spese in genere pure contenute nelle disposizioni di cui alla Direttiva 2011/83/UE del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori² e al ‘nostro’ *Codice del Consumo*³.

A livello di fonti UE si hanno presenti specificamente, tra le varie, le norme del Regolamento (UE) n. 260/2012 del 14 marzo 2012 sui requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro⁴ e quelle del Regolamento (CE) n. 593/2008 del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I)⁵, in particolare con riferimento alle tutele ivi previste a favore dei consumatori.

La PSD2 in pratica, da un lato, non dispone una regolazione completa del fenomeno “pagamento” e, dall'altro, non interviene di certo in un *legal vacuum*.

A livello generale la PSD2 s'inserisce, stabilendo appunto un *corpus* di norme speciali di settore, nel complessivo ordinamento giuridico ed *acquis* ad essa preesistente; inoltre la stessa specificamente ridefinisce numerosi elementi strutturali della cornice regolamentare dei servizi di pagamento nel mercato interno dell'UE, quale precedentemente tracciata dalla Direttiva UE adottata nella stessa materia nel 2007 (la c.d. PSD1)⁶ – abrogata a decorrere dal 13.1.2018 e sostituita dalla PSD2 (cfr. art. 114 PSD2) – e che ha costituito la *legal foudation* del mercato unico dei pagamenti *retail*.

E' stato infatti con la PSD1 che sono stati ad esempio codificati, per la prima volta, alcuni principi fondamentali in materia, quali quelli della parità tra pagamenti *cross-border* e nazionali, della promozione della libera (e maggiore) concorrenza nel settore (introducendo ad esempio a tal fine il primo *framework* armonizzato UE per gli

² Direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva 93/13/CEE del Consiglio e della direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 85/577/CEE del Consiglio e la direttiva 97/7/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

³ Cfr. Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206 Codice del consumo, a norma dell'articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

⁴ Cfr. Regolamento (UE) n. 260/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 marzo 2012, che stabilisce i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro e che modifica il regolamento (CE) n. 924/2009.

⁵ Cfr. Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

⁶ Direttiva 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 novembre 2007, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la direttiva 97/5/CE.

Istituti di Pagamento, così da promuoverne il ruolo di *new entrants* nel settore), della libertà di scelta degli utenti (anche al fine della maggiore mobilità della domanda), della trasparenza informativa, della tutela forte degli utenti (rilevanti ad esempio al riguardo le relative norme armonizzate in materia di valute, *fees*, diritto al rimborso e responsabilità dei Prestatori di Servizi di Pagamento – PSPs).

Ne consegue l'esigenza di coordinare quello che la PSD2 "dice" con il disposto di altri plessi normativi e ordinamentali.

Rileva al riguardo innanzitutto, ad esempio, la nostra disciplina civilistica del diritto delle obbligazioni pecuniarie: quest'ultima infatti, così come avvenne invero già con la PSD1, pur essendo incidentalmente interessata delle disposizioni della PSD2, tuttavia non è – o almeno non direttamente – modificata dalla PSD2, nel senso che benché quest'ultima intenda recare una disciplina organica e armonizzata dei servizi di pagamento nell'UE, tuttavia non si occupa direttamente della materia della disciplina delle obbligazioni pecuniarie. Ciò posto, non può mancarsi d'individuare l'esistenza di alcuni *spillover effects* della PSD2 anche in quest'ambito, ovvero di non secondari, benché indiretti, effetti regolatori della PSD2 anche sulla disciplina dell'adempimento delle obbligazioni pecuniarie.

Così come avvenuto già con la PSD1, la PSD2 reca infatti una disciplina armonizzata "solo" dei «servizi di pagamento» e delle «operazioni di pagamento», intese in particolare queste ultime quali atti (disposti dal pagatore o per suo conto o dal beneficiario) con cui sono "collocati" (ovvero "versati"), trasferiti o ritirati (ovvero "prelevati") dei "fondi"⁷ e ciò «indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario» (cfr. art. 4, punto 5 della PSD2).

Le disposizioni della PSD2 appaiono quindi volutamente "neutrali" rispetto alla qualificazione giuridica del "pagamento" negli ordinamenti degli Stati Membri e al rispettivo diritto delle obbligazioni pecuniarie, sicché le relative norme rimangono tuttora di sola fonte nazionale ed estranee, salvo tuttavia una sempre maggiore «portata regolatoria indiretta»⁸ della crescente armonizzazione UE in materia, quale avviata con la PSD1, prima, e proseguita con la PSD2, ora. Ad esempio, nelle disposizioni della PSD2 il legislatore UE non prende posizione in merito alla dibattuta questione se il 'pagamento' è un *atto giuridico* o *negoziò giuridico*, la soluzione di questa e di analoghe questioni rimangono quindi affidate alla normativa (civilistica) nazionale.

Molti e significativi aspetti del fenomeno "pagamento" rimangono quindi ancora oggi non pienamente armonizzati in tutto il mercato interno, nonostante gli obiettivi esplicativi e impliciti della PSD2 di volere attuare un'armonizzazione forte in materia.

⁷ Ossia ex art. 4, punto 25) della PSD2: «banconote e monete, moneta scritturale o moneta elettronica quale definita all'articolo 2, punto 2), della direttiva 2009/110/CE».

⁸ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecunaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment services directive 2007/64/CE*, in *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni* in «Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale» a cura di M. MANCINI e M. PERASSI, n. 63, Dicembre 2008, pp. 69 e ss.

Per altro verso invece il recepimento della PSD2 ha dato luogo in diversi casi a vere e proprie antinomie rispetto alle disposizioni di contigui o comunque connessi plessi normativi, nonché a problemi di coordinamento tra attribuzioni e competenze tra le diverse Autorità di regolamentazione e vigilanza.

Ad esempio sul tema del coordinamento con le nome di cui al nuovo *framework* armonizzato UE in materia di protezione dei dati personali e condizioni di liceità del loro “trattamento”, a cui pure già si è accennato, devo dire che le questioni di coordinamento in materia derivano forse principalmente dal fatto che benché il GDPR⁹ fosse praticamente ‘maturo’ per poter essere approvato in concomitanza con l’approvazione della PSD2, la PSD2 è stata invece emanata a fine 2015 e il GDPR invece circa a metà del 2016, da cui il non perfetto allineamento tra i due plessi normativi da molti, anche oggi, messo in evidenza.

Ciò posto, per quanto riguarda il profilo dell’inquadramento, e quindi del coordinamento, della PSD2 nell’ambito dell’ordinamento giuridico nel suo complesso, vale rilevare che la PSD2 costituisce, come anticipato, solo una parte (benché importante) della disciplina del fenomeno dalla stessa regolamentato; la fattispecie ‘pagamento’ è infatti in realtà intercettata da diversi plessi normativi.

Già a livello di fonti UE, ad esempio, un primo riferimento da tenere presente è il Regolamento (UE) 2015/751 sulle c.d. *interchange fees* per le ‘operazioni di pagamento basate su carta’ (IFR)¹⁰. Oltre alla relativa affinità di materia, quest’ultimo Regolamento e la PSD2 fanno infatti parte insieme dell’iniziativa legislativa in materia di pagamenti di cui al c.d. EU *Payment Legislative Package* pubblicato dalla Commissione Europa nel 2013. Il successivo *iter* legislativo UE – durato circa due anni – si è concluso appunto con l’adozione dell’IFR e della PSD2.

Con l’emanazione dell’IFR sono stati, in particolare, codificati tutta una serie di principi UE enucleati negli ultimi dieci anni circa di *enforcement antitrust* nel settore delle carte di pagamento; in pratica le disposizioni dell’IFR codificano sostanzialmente le valutazioni e gli esiti dei *leading cases Visa*¹¹ e *Mastercard*¹². L’IFR è composto da due insiemi principali di norme, una prima parte, forse la più nota, è quella che riguarda l’armonizzazione delle discipline nazionali in materia di *interchange fees*¹³, la seconda,

⁹ Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 27.4.2016 relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati – GDPR).

¹⁰ Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29.4.2015, relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

¹¹ Decisione della Commissione dell’8.12.2010, C(2010) 8760 final (caso COMP/39.398 - Visa MIF) e successiva decisione sempre della Commissione del 26.2.2014, C(2014) 1199 final (caso AT.39398 – VISA MIF).

¹² Cfr. Decisione della Commissione del 19.12.2007, C (2007) 6474 def. (caso COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards).

¹³ Cfr. artt. 3 – 5 dell’IFR ai sensi dei quali sono, tra l’altro, stabiliti i famosi *cap* armonizzati dello 0,2% per le operazioni di pagamento basate su carte di debito e 0,3% per le operazioni di pagamento basate su carte di credito, salve alcune deroghe e opzioni nazionali.

non meno importante, contiene un elenco di *business rules* da rispettarsi da parte di intermediari e *merchants* in materia di pagamenti basati su carte¹⁴.

Da non dimenticare poi che la PSD2 è strettamente interconnessa, quanto meno per materia, con la meno famosa *Payment Accounts Directive* (PAD) del 2014¹⁵. Benché infatti la PAD sia invero generalmente considerata la ‘sorella povera’ della PSD2, in realtà è una Direttiva molto importante in chiave di disciplina sistematica della materia, e che si colloca ‘a monte’ della PSD2, perché armonizza alcuni aspetti fondamentali di quello che è uno dei principali elementi anche di tutta la disciplina di cui alla PSD2, ossia il *conto di pagamento*, che è l’elemento cardine sul quale è costruita tutta la disciplina del mondo dei servizi di pagamento. La PAD in particolare è dedicata all’armonizzazione degli aspetti relativi alla trasparenza delle spese sui servizi *core* connessi a un conto di pagamento, alla promozione della concorrenza tramite la facilità di *switching*, e quindi di portabilità dei conti, e al diritto all’accesso ai conti di pagamento con ‘caratteristiche di base’ per le fasce di popolazione svantaggiate. Tutta la PAD è in definitiva intesa ad assicurare una maggiore mobilità da parte degli utenti dei conti di pagamento e dei servizi di pagamento in generale, realizzando quindi chiaramente un intervento pro-concorrenziale che funge da base per assicurare in genere la possibilità di una elevata mobilità della domanda quale elemento fondamentale anche del mercato dei servizi di pagamento come disciplinati dalla PSD2¹⁶.

Sulle concordanze e discordanze tra i principii e le disposizioni della PSD2 e quelli di altri plessi normativi, oltre a quelli da ultimo richiamati rilevano altresì il *corpus* delle norme *antitrust*, il *Codice del consumo*¹⁷ e, non ultimo, il *Codice delle comunicazioni elettroniche*¹⁸, quest’ultimo per tutto quello che riguarda segnatamente il fenomeno dei *mobile payments*, ovvero per tutto quanto riguarda le nuove possibilità, sviluppate e promosse dalla PSD2, di poter usare, ad esempio, il credito telefonico come provvista di fondi per effettuare operazioni di pagamento. In pratica, mentre tra le tradizionali tipologie di fondi che possono essere ‘trasferite’ nell’ambito delle operazioni di pagamento sono state fin ora annoverate le monete metalliche, le banconote, la moneta scritturale e la moneta elettronica, con la PSD2 viene chiaramente ammessa e regolamentata anche la possibilità di utilizzare, entro certi limiti, anche il

¹⁴ Sia consentito al riguardo il rinvio a S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di ‘pagamenti basati su carte’, tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in «Diritto della Banca e del Mercato Finanziario», n. 3, 2017, pp. 455 – 528.

¹⁵ Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23.7.2014, sulla comparabilità delle spese relative al conto di pagamento, sul trasferimento del conto di pagamento e sull’accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base.

¹⁶ Anche in materia sia consentito il rinvio a S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei conti di pagamento alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in «Banca Borsa e Titoli di Credito», n. 6, 2017, pp. 795, 816 e 820

¹⁷ Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206, Codice del consumo, a norma dell’articolo 7 della legge 29 luglio 2003, n. 229.

¹⁸ Decreto Legislativo 1 agosto 2003, n. 259, Codice delle comunicazioni elettroniche.

credito telefonico, che sussume così quasi a nuova forma di *moneta scritturale* di natura non bancaria. Nell'ottica PSD2 il fenomeno del *mobile payment* entra nell'ambito del relativo perimetro regolamentare per finalità *in primis* di tutela del consumatore e di promozione della concorrenza.

Altro, non meno importate, *corpus* normativo nazionale che va ad intersecarsi con le disposizioni della PSD2 è il c.d. *Codice del terzo settore*¹⁹. Benché a prima vista possa sembrare che quest'ultimo ‘appartenga’ ad un ambito disciplinare molto lontano da quello della PSD2, tuttavia tra le varie cose che la PSD2 ora consente di fare in regime di esenzione dalla relativa disciplina – definendo, in modo molto più chiaro e soprattutto armonizzato a livello UE, i limiti dell'esenzione stessa – vi è anche l'utilizzabilità del credito telefonico per effettuare donazioni²⁰. Pertanto quando pagamenti della specie sono effettuati nel quadro di un'attività di beneficenza, per effettuare *erogazioni liberali* destinate agli *enti del terzo settore* che esercitano determinate *attività caritatevoli*, oltre al rispetto delle condizioni per l'esenzione della disciplina dei servizi di pagamento, vengono in evidenza tutta una serie di tematiche che riguardano direttamente la disciplina specifica di settore, *rectius* nel nostro caso del ‘terzo settore’. Per dirne una, l'individuazione della lista dei potenziali beneficiari delle donazioni tramite credito telefonico (art. 2, comma 2, lettera n), punto 2) del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, come modificato dal D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218).

Per quanto riguarda invece gli obiettivi di *policy* della PSD2, benché questi siano già oggetto di ampia analisi negli altri contributi, vale rilevare che, al di là dell'obiettivo generale della «ulteriore integrazione di un mercato interno dei servizi di pagamento», gli obiettivi stessi possono essere schematicamente declinati nei seguenti: 1) modernizzare il *framework* UE rispetto all'evoluzione tecnologica e regolamentare di nuovi servizi (e.g. tramite la nuova disciplina dei c.d. *Third Party Payment Services Providers*²¹ o TPPs); 2) rafforzare il *level playing field*, la concorrenza tra PSPs e al

¹⁹ Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

²⁰ Come indicato nel considerando (16) della PSD2 «*In order to ease the burden on entities that collect charitable donations, payment transactions in relation to such donations should also be excluded. Member States should, in accordance with national law, be free to limit the exclusion to donations collected in favour of registered charitable organisations. The exclusion as a whole should apply only where the value of payment transactions is below a specified threshold in order to limit it clearly to payments with a low risk profile*». In particolare, ai sensi dell'art. 3 della PSD2 sono pertanto escluse dal suo ambito di applicazione: «*payment transactions consisting of the non-professional cash collection and delivery within the framework of a non-profit or charitable activity*» (cfr. art. 3 (d)); «*payment transactions by a provider of electronic communications networks or services provided in addition to electronic communications services for a subscriber to the network or service: [...] (ii) performed from or via an electronic device and charged to the related bill within the framework of a charitable activity [...] ; provided that the value of any single payment transaction [...] does not exceed EUR 50 and: — the cumulative value of payment transactions for an individual subscriber does not exceed EUR 300 per month, or — where a subscriber pre-funds its account with the provider of the electronic communications network or service, the cumulative value of payment transactions does not exceed EUR 300 per month*» (cfr. art. 3 (l)).

²¹ Un *genus* questo che nella nuova tassonomia regolamentare (ri)definita dalla PSD2 si compone di due *species* di nuovi PSPs: 1) i prestatori di servizi di «disposizione di ordine di pagamento» (c.d. *Payment*

tempo stesso la *consumer protection*; 3) rimuovere alcune ambiguità e lacune normative, segnatamente attraverso una più chiara ridefinizione del *negative scope* della disciplina del settore dei servizi di pagamento in senso stretto; 4) assicurare che i pagamenti elettronici siano *safer and more secure* (es. attraverso specifici requisiti e regole tecniche in materia di *common and secure communication* e *strong customer authentication*²², nonché apposite norme in materia di responsabilità dei PSPs – cfr. artt. 73, 74, 88 -93 della PSD2); 5) introdurre specifici presidii di *consumer protection* (quali ad esempio i requisiti prudenziali per i *Third Party Payment Services Providers*), le regole in materia di trasparenza, spese, regime di responsabilità dei PSPs, rimborsi, riduzione a massimo 50 Euro della franchigia addebitabile al pagatore in caso di operazioni di pagamento non autorizzate (salvi i casi di frode o negligenza grave)²³, operazioni di pagamento con importo non noto in anticipo²⁴; 6) standardizzare alcuni aspetti tecnici e assicurare interoperabilità, anche tramite l'emanazione in numerosi ambiti di *Guidelines* dell'EBA ovvero di vere e proprie *norme tecniche di regolamentazione* elaborate dell'EBA e approvate dalla Commissione europea con proprio regolamento; 7) promuovere l'efficienza e la riduzione del costo dei servizi di pagamento; 8) estendere, rispetto alla PSD1, l'ambito di applicazione del diritto armonizzato UE in materia di servizi di pagamento.

2. La riperimetrazione dell'ambito di applicazione del ‘framework’ armonizzato UE dei servizi di pagamento nel mercato interno e il ‘dark side’ demarcato dal relativo ‘negative scope’

Per i profili che più direttamente rilevano in funzione del tema assegnatomi, interessa in questa sede procedere ad analizzare più in dettaglio proprio quest'ultimo punto, ossia il fatto che la PSD2 amplia, modifica e ridefinisce, in modo significativo, l'ambito di applicazione della disciplina armonizzata UE in materia.

Ad un aspetto, tra l'altro tra i più noti, è stato già accennato, la PSD2 definisce infatti un nuovo *framework* legale, d'ispirazione pro concorrenziale, per imprese quali i TPPs (nella loro possibile duplice veste di PISP e di AISPs), le quali sono in questo modo attratte *in scope*, ossia nell'ambito della cornice regolamentare UE dei servizi di pagamento da cui prima rimanevano invece estranee, essendo la relativa attività in precedenza considerata, a tal fine, come *unregulated*. In particolare, i PISP e gli AISPs

Initiation Services Providers o PISPs) di cui all'art. 4, punto 18 della PSD2; 2) i prestatori di servizi di «informazione sui conti» (c.d. *Account Information Service Providers* o AISPs) di cui all'art. 4, punto 19 della PSD2.

²² Cfr. *Commission Delegated Regulation (EU) 2018/389 of 27 November 2017 supplementing Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council with Regard to Regulatory Technical Standards for Strong Customer Authentication and Common and Secure Open Standards of Communication*.

²³ Cfr. art. 74 della PSD2.

²⁴ Cfr. art. 75 della PSD2.

nella logica e *policy approach* pre-PSD2 erano essenzialmente considerati e trattati come dei meri fornitori di *servizi tecnici* distinti da quelli di pagamento in senso proprio, mentre oggi, stante anche la loro diffusione ed evoluzione, sono stati fatti rientrare nel novero dei veri e propri PSPs regolamentati²⁵. Tra gli innumerevoli corollari di questo *policy change* indicativa appare, ad esempio, la conseguente chiara, esplicita e inequivoca ‘messa al bando’ – almeno in linea di principio – della controversa pratica del c.d. *screen scraping*, con conseguente obbligo d’ora in poi per tali TPPs di identificarsi presso i PSPs di radicamento dei conti di pagamento ogniqualvolta accedono *on-line* ai conti stessi ‘per conto’ dei propri clienti (cfr. artt. 66 e 67 della PSD2 e relative norme tecniche di regolamentazione).

A livello sistematico, la mia impressione è che, per effetto di tale nuovo trattamento regolamentare dei TPPs e della regolamentazione espressa e dettagliata dei rapporti tra questi e i PSPs ‘di radicamento’ (dei conti di pagamento), la PSD2 crei ‘in vitro’ un nuovo mercato *upstream* del *servicing* dei conti di pagamento, ovvero della ‘fornitura e amministrazione’ dei conti stessi, in cui operano appunto i PSPs ‘di radicamento’ dei conti, i quali finiscono così per assurgere, anche giuridicamente, a *facilities necessarie* per l’operatività nei connessi mercati *downstream* che su questi si basano, da cui l’importanza della pure sopra ricordata *Payment Accounts Directive* del 2014 per quanto riguarda la disciplina giuridica dei conti di pagamento, nonché l’inizio forse del

²⁵ In particolare, al riguardo il *framework* di cui alla PSD2 è basato, tra l’altro, sulla considerazione che dopo l’adozione della PSD1 «si sono diffusi nuovi tipi di servizi di pagamento, specialmente nel settore dei pagamenti tramite Internet. In particolare, si sono evoluti i servizi di disposizione di ordine di pagamento nel settore del commercio elettronico. Tali servizi di pagamento svolgono un ruolo nei pagamenti in detto settore mediante un software che fa da ponte tra il sito web del commerciante e la piattaforma di online banking della banca del pagatore per disporre pagamenti via Internet sulla base di bonifici. Inoltre, gli sviluppi tecnologici degli ultimi anni hanno portato anche alla nascita di una serie di servizi accessori, ad esempio servizi di informazione sui conti. Tali servizi forniscono all’utente di servizi di pagamento informazioni online aggregate su uno o più conti di pagamento, detenuti presso un altro o altri prestatori di servizi di pagamento, a cui si ha accesso mediante interfacce online del prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto. L’utente di servizi di pagamento può così disporre immediatamente di un quadro generale della sua situazione finanziaria in un dato momento. Anche tali servizi dovrebbero essere trattati nella presente direttiva al fine di garantire ai consumatori una protezione adeguata relativamente ai dati di pagamento e contabili nonché la certezza giuridica legata allo status di prestatore di servizi di informazione sui conti. I servizi di disposizione di ordine di pagamento consentono al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di assicurare al beneficiario che il pagamento è stato disposto così da incentivare il beneficiario a consegnare i beni o a prestare il servizio senza indebiti ritardi. Tali servizi offrono una soluzione a basso costo per i commercianti e i consumatori e consentono a questi ultimi di fare acquisti online anche senza carte di pagamento. Poiché non sono attualmente soggetti alla direttiva 2007/64/CE, i servizi di disposizione di ordine di pagamento non sono necessariamente soggetti alla vigilanza di un’autorità competente e non devono rispettare i requisiti di cui alla direttiva 2007/64/CE. Ciò solleva una serie di questioni giuridiche, ad esempio sul piano della tutela dei consumatori, della sicurezza e della responsabilità nonché della concorrenza e delle questioni legate alla protezione dei dati, con particolare riguardo alla protezione dei dati degli utenti di servizi di pagamento in conformità delle norme dell’Unione sulla protezione dei dati. È quindi opportuno che le nuove disposizioni affrontino tali aspetti» (Considerando 27 – 29 della PSD2, enfasi aggiunta).

progressivo tramonto nel mercato interno dell'UE del modello della 'banca universale', almeno per come oggi strutturato, a favore di modelli più aperti e meno integrati²⁶.

Sempre in linea con la logica dell'ampliamento dell'ambito di applicazione dell'*acquis* armonizzato UE in materia di servizi di pagamento, altro elemento a volte non adeguatamente valorizzato, ma altamente innovativo della PSD2, è costituito dal fatto che questa interviene altresì ad imporre obblighi di trasparenza anche alle operazioni di pagamento non in Euro laddove soltanto uno dei PSP «sia situato nell'Unione, per ciò che riguarda le parti dell'operazione di pagamento effettuate nell'Unione» (cfr. art. 2, par. 4 della PSD2), assoggettando quindi alla relative disposizioni anche le c.d. operazioni *one-leg* che erano invece fuori ambito di applicazione della disciplina UE di settore quale definita dalla PSD1²⁷. Si è parlato in questo caso di potenziale applicazione extraterritoriale del diritto dell'Unione in materia; io devo dire tuttavia che non condivido questa osservazione, ciò perché a ben vedere l'applicazione delle disposizioni della PSD2 anche alle operazioni *one-leg* è invero limitata alle sole parti dell'operazioni stesse eseguite nell'Unione, mantenendosi in questo modo la territorialità intra-UE del suo ambito di applicazione.

Ciò posto, il *focus* principale di questa analisi sul punto vuole essere il fatto che la PSD2 rimodula profondamente e dettagliatamente anche il c.d. *negative scope* della disciplina UE di settore e nel rimodularlo sostanzialmente interviene in senso restrittivo; ovvero la PSD2 provvede a meglio definire e limitare i casi e le condizioni di esclusione dell'applicazione della disciplina UE dei servizi di pagamento come aggiornata dalla stessa PSD2, con il risultato di ampliare in pratica anche per questa via, per così dire indiretta, l'ambito di applicazione positivo delle regole di settore.

È infatti mia opinione al riguardo che al fine del corretto inquadramento sistematico della PSD2 sia invero essenziale *in primis* esplorare ed esaminare proprio la sua parte 'meno evidente', ovvero concentrare inizialmente l'attenzione su quello che definirei il '*dark side*' del quadro normativo, e di vigilanza, definito dalla PSD2 in materia di servizi di pagamento.

In pratica, mi pare che per poter cogliere e delineare a pieno il portato normativo e la collocazione ordinamentale delle varie disposizioni della PSD2, sia particolarmente utile soffermarsi innanzitutto ad analizzare non tanto la parte 'visibile' e 'prescrittiva' della PSD2, quanto piuttosto ciò di cui PSD2, volutamente e dichiaratamente, non si

²⁶ Sia consentito al riguardo il rinvio a S. MEZZACAPO, *Competition Policy Issues in EU Retail Payment Business: the New PSD2 Regulatory Principle of Open Online Access to Information from 'Payment Accounts' and Associated 'Payment Transactions'*, in "European Competition Law Review", Vol. 39, Issue 12 [(2018) 39 E.C.L.R., Issue 12], pp. 536 – 538 e 543.

²⁷ Al riguardo è stato ritenuto opportuno che le disposizioni della PSD2 «in materia di trasparenza e di requisiti informativi a carico dei prestatori di servizi di pagamento e in materia di diritti e obblighi inerenti alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento si applichino, ove opportuno, anche alle operazioni in cui uno dei prestatori di servizi di pagamento è situato al di fuori dello Spazio economico europeo (SEE), al fine di evitare approcci divergenti nei vari Stati membri a danno dei consumatori. Ove opportuno, tali disposizioni dovrebbero essere estese alle operazioni in tutte le valute ufficiali tra prestatori di servizi di pagamento situati nel SEE» (Considerando 8 della PSD2).

occupa e che rimane quindi ‘nell’ombra’ del relativo *framework* regolamentare, ovvero quel frastagliato e disomogeneo insieme di fattispecie e aspetti che, benché strettamente connessi e/o attigui alla materia dei ‘servizi di pagamento’, tuttavia la PSD2 lascia intenzionalmente fuori dall’ambito di applicazione delle relative disposizioni di settore, in quanto ritenuti appunto più opportunamente da collocare nel suo *negative scope*.

Un *dark side* che, in quanto tale, rimane inoltre, di norma, distante e non direttamente osservabile anche dal punto di vista proprio delle Autorità preposte alla vigilanza sul settore dei servizi di pagamento.

È un aspetto questo che, rispetto all’approccio regolamentare precedente, proprio la PSD2 mi pare però che miri a voler in qualche misura mitigare, incrementando in particolare in alcuni casi la ‘visibilità’ delle relative Autorità di vigilanza anche su questo ‘lato oscuro’ del settore in esame.

Mi preme infatti in questa sede segnalare che la PSD2 segna invero una significativa innovazione in materia in quanto, nel perimetrazione meglio il *negative scope* della relativa disciplina armonizzata UE, prevede un articolato elenco di casi di esclusione espressa dell’applicazione delle relative disposizioni (cfr. art. 3), ma in alcuni di questi casi stabilisce al contempo degli obblighi di notifica nei confronti dell’Autorità di vigilanza di settore (es. per il caso delle esclusioni relative ai *limited networks* – cfr. art. 37 della PSD2).

In pratica, pur stabilendo che alcune fattispecie debbano rimanere al di fuori dal relativo ‘recinto regolamentare’, la PSD2 prescrive ora però che in alcuni casi e a certe condizioni le Autorità di settore debbano poter osservare anche ciò che accade al di là, ma comunque in prossimità, dei confini dell’area dei servizi di pagamento regolamentati in senso stretto.

Tale ridefinizione ai sensi della PSD2 del *negative scope* della disciplina di settore ha come obiettivo fondamentale quello di contribuire a una maggiore certezza giuridica in materia, a beneficio così degli ulteriori obiettivi del rafforzamento della tutela degli utenti dei servizi di pagamento, da un lato, del *level playing field* e della rimozione delle distorsioni della concorrenza per i PSP nel mercato interno, dall’altro. Il problema a cui con la PSD2 s’intende così porre rimedio è connesso in particolare al fatto che anche la PSD1 conteneva invero diverse ipotesi di esclusione dall’applicazione delle relative disposizioni, tuttavia l’estensione e il contenuto del risultante *negative scope* sono stati variamente declinati e/o intesi nei diversi Stati membri: alcuni Stati membri hanno interpretato le esenzioni in modo più restrittivo, mentre altri le hanno interpretate in modo più elastico, sicché di fatto le attività o servizi che potevano essere svolti in regime di esenzione oppure no sono variati significativamente a seconda degli Stati membri. Inoltre anche lo stesso sviluppo del settore dei pagamenti elettronici e le rapide innovazioni tecniche in materia hanno evidenziato alcuni limiti della precedente struttura regolamentare che, in alcuni casi, hanno lasciato spazio ad una applicazione non sempre coerente e scarsamente

armonizzata della disciplina UE della materia e delle ipotesi di esenzione di cui al relativo *negative scope*²⁸.

In aggiunta a ciò, a differenza di quanto stabilisce ora la PSD2, ai sensi della PSD1 non erano previsti meccanismi formali di interlocuzione o interpello con le Autorità competenti in merito all'applicazione a specifici casi concreti delle norme di settore e/o delle relative ipotesi di esenzione, pertanto le valutazioni in merito erano, e in larga parte ancora sono, lasciate al *self-assessment* dei soggetti interessati, da cui un ulteriore contributo alla scarsa uniformità nel mercato interno delle pratiche e delle condotte degli operatori²⁹.

²⁸ Risulta ad esempio che, dall'adozione del dicembre 2007 della PSD1, «*the retail payments market has experienced significant technical innovation, with rapid growth in the number of electronic and mobile payments and the emergence of new types of payment services in the market place, which challenges the current framework.* (4) *The review of the Union legal framework on payment services and, in particular, the analysis of the impact of [PSD1] [...] and the consultation on the Commission Green Paper of 11 January 2012, entitled, 'Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments', have shown that developments have given rise to significant challenges from a regulatory perspective. Significant areas of the payments market, in particular card, internet and mobile payments, remain fragmented along national borders. Many innovative payment products or services do not fall, entirely or in large part, within the scope of [PSD1] [...]. Furthermore, the scope of [PSD1] [...] and, in particular, the elements excluded from its scope, such as certain payment-related activities, has proved in some cases to be too ambiguous, too general or simply outdated, taking into account market developments. This has resulted in legal uncertainty, potential security risks in the payment chain and a lack of consumer protection in certain areas. It has proven difficult for payment service providers to launch innovative, safe and easy-to-use digital payment services and to provide consumers and retailers with effective, convenient and secure payment methods in the Union. In that context, there is a large positive potential which needs to be more consistently explored.* [...] (6) *New rules should be established to close the regulatory gaps while at the same time providing more legal clarity and ensuring consistent application of the legislative framework across the Union. Equivalent operating conditions should be guaranteed, to existing and new players on the market, enabling new means of payment to reach a broader market, and ensuring a high level of consumer protection in the use of those payment services across the Union as a whole. This should generate efficiencies in the payment system as a whole and lead to more choice and more transparency of payment services while strengthening the trust of consumers in a harmonised payments market*» (Considerando 3, 4 e 6 della PSD2, enfasi aggiunta).

²⁹ È stato osservato in particolare che «*Service providers seeking to benefit from an exclusion from the scope of [...] PSD1 [...] often have not consulted authorities on whether their activities are covered by, or excluded from, that Directive, but have relied on their own assessments. This has led to a differing application of certain exclusions across Member States. It also appears that some exclusions may have been used by payment service providers to redesign business models so that the payment activities offered would be outside the scope of that Directive. This may result in increased risks for payment service users and diverging conditions for payment service providers in the internal market. Service providers should therefore be obliged to notify relevant activities to competent authorities so that the competent authorities can assess whether the requirements set out in the relevant provisions are fulfilled and to ensure a homogenous interpretation of the rules throughout the internal market. In particular, for all exclusions based on the respect of a threshold, a notification procedure should be provided in order to ensure compliance with the specific requirements.* (20) *Moreover, it is important to include a requirement for potential payment service providers to notify competent authorities of the activities that they provide in the framework of a limited network on the basis of the criteria set out in [...] PSD2 [...] if the value of payment transactions exceeds a certain threshold. Competent authorities should assess whether the activities so notified can be considered to be activities provided in the framework of a limited network*» (Considerando 19 e 20 della PSD2 – enfasi aggiunta).

Ciò posto, giova innanzitutto mettere in evidenza che il *focus* della PSD2 è sui *servizi pagamenti elettronici*, quindi in generale sono da collocare nel relativo *negative scope*, volendo generalizzare, tutte le operazioni di trasferimento di fondi basate su strumenti ‘cartacei’ o ‘in contanti’ (*i.e.* banconote o monete, ciò considerato anche per «che per il contante esiste già un mercato unico dei pagamenti»)³⁰, fatte salve alcune limitate eccezioni, come ad esempio nel caso dei servizi per il prelievo di contante offerti da gestori di sportelli automatici (ATM) indipendenti ai quali, pur essendo in linea di principio esclusi dall’applicazione della PSD2, si applicano tuttavia alcune disposizioni di trasparenza di cui alla PSD2 stessa, così da «assicurare la chiarezza circa le commissioni sui prelievi»³¹ (cfr. art. 3, lett. o), della PSD2³².

Più specificamente, coerentemente altresì con la premessa iniziale secondo cui la PSD2 armonizza il diritto dei servizi di pagamento, ma non si occupa del diritto ‘obbligazioni pecuniarie’, la prima tradizionale categoria di operazioni di pagamento che espressamente rimangono nel *negative scope* della PSD2 sono quelle «effettuate esclusivamente in contante» con *traditio* diretta dei fondi dal pagatore al beneficiario e quindi «senza alcuna intermediazione» (art. 3, lett. a), PSD2).

Men che meno rientrano quindi nell’ambito di applicazione della PSD2 tutte quelle attività di «trasporto materiale, a titolo professionale, di banconote e monete, ivi compresa la raccolta, il trattamento e la consegna» (art. 3, lett. c), della PSD2), un’esclusione questa che riguarda ad esempio la «attività di società che gestiscono il contante in transito (CIT - Cash-in-Transit companies) e [...] le [...] società di gestione del contante (CMC - Cash Management Companies) allorché le attività in questione si limitano al trasporto fisico di banconote e monete»³³.

Sono inoltre espressamente escluse (così come lo erano già ai sensi della PSD1), anche tutte quelle operazioni di pagamento «consistenti nella raccolta e nella consegna di contante, a titolo non professionale, nel quadro di un’attività senza scopo di lucro o a fini di beneficenza» (quali ad esempio la c.d. ‘questua domenicale’), nonché le operazioni di cambio di valuta di tipo *cash in/cash out*, ossia quelle operazioni «in contante contro contante nell’ambito delle quali i fondi non siano detenuti su un conto di pagamento» (art. 3, lett. d) e f), della PSD2).

La PSD2 interviene inoltre a confermare il trattamento regolamentare da riservare al c.d. servizio di *cash back*, il quale anche se invero ancora non diffuso in Italia è invece molto utilizzato all'estero, soprattutto nell'ambito della grande distribuzione

³⁰ Cfr. Considerando 23 della PSD2.

³¹ Considerando 18 della PSD2.

³² In particolare, è stabilito che la PSD2 non si applica «ai servizi di prelievo di contante offerti da prestatori tramite ATM per conto di uno o più emittenti della carta che non siano parti del contratto quadro con il cliente che preleva denaro da un conto di pagamento, a condizione che detti prestatori non forniscano altri servizi di pagamento elencati nell’allegato I [...] della stessa PSD2 [...]. Ciononostante, al cliente sono fornite le informazioni in merito a qualsiasi commissione sui prelievi di cui agli articoli 45, 48, 49 e 59 [...] della PSD2 [...] prima che esegua il prelievo nonché al momento del ricevimento dei contanti alla fine dell’operazione, dopo il prelievo».

³³ Cfr. Considerando 12 della PSD2.

organizzata, stabilendo in particolare che questo continua a dover essere collocato nell'ambito del *negative scope* della disciplina UE dei servizi di pagamento in senso proprio. Al riguardo, così come già previsto ai sensi della PSD1, anche la PSD2 prescrive infatti che il relativo *framework* normativo non si applichi appunto a servizi, come quello in parola, «in cui il beneficiario fornisce contante al pagatore nel contesto di un'operazione di pagamento, a seguito di una richiesta esplicita dell'utente di servizi di pagamento immediatamente precedente l'esecuzione dell'operazione di pagamento attraverso un pagamento destinato all'acquisto di beni o servizi» (art. 3, lett. e), della PSD2 – enfasi aggiunta).

Inoltre sono ‘strutturalmente’ escluse dall’ambito della PSD2, tutte quelle operazioni di pagamento basate su strumenti ‘cartacei’ di vario tipo – quali assegni, cambiali, *voucher*, *travelers’s cheque*, vaglia postali – con i quali viene ordinato ad un PSP di «mettere fondi a disposizione del beneficiario» (cfr. art. 3, lett. g), della PSD2)³⁴, fermo restando che è in ogni caso ritenuto opportuno che «le buone prassi in materia si ispirino ai principi enunciati» nella PSD2³⁵.

Altra innovazione importante recata dalla PSD2 in materia di *negative scope* della disciplina di settore riguarda la disciplina dell’attività degli ‘agenti commerciali’. In particolare viene fatta maggiore chiarezza e soprattutto assicurata maggiore uniformità rispetto alla PSD1 riguardo alle condizioni al ricorrere delle quali in ambito UE è da ritenersi che le operazioni di pagamento effettuate tramite ‘agenti commerciali’ siano da considerare escluse dall’ambito di applicazione delle disposizioni sui servizi di pagamento e gli agenti stessi non debbano quindi assumere la qualità di prestatori di servizi di pagamento in senso proprio.

Il tema è particolarmente sensibile, sia perché l’esclusione in parola ai sensi della PSD1 è stata applicata in modo significativamente difforme e secondo prassi divergenti nei diversi Stati Membri³⁶, sia perché intercetta un aspetto cardine della disciplina del commercio elettronico. Risulta specificamente che in alcuni casi l’applicazione della esenzione in parola è stata consentita alle ‘piattaforme di commercio elettronico’ secondo modalità ‘abnormi’ rispetto alla lettera e allo spirito della PSD1, con

³⁴ In particolare sono escluse dall’ambito di applicazione della PSD2 le operazioni di pagamento basate su uno dei seguenti tipi di documenti: «i) assegni cartacei disciplinati dalla Convenzione di Ginevra, del 19 marzo 1931, che stabilisce una legge uniforme sull’assegno bancario (chèque); ii) assegni cartacei analoghi a quelli di cui al punto i) e disciplinati dalla normativa degli Stati membri che non sono parte della Convenzione di Ginevra, del 19 marzo 1931, che stabilisce una legge uniforme sull’assegno bancario (chèque); iii) titoli cambiari su supporto cartaceo ai sensi della Convenzione di Ginevra, del 7 giugno 1930, concernente la legge uniforme sulla cambiale e il vaglia cambiario; iv) titoli cambiari su supporto cartaceo analoghi a quelli di cui al punto iii) e disciplinati dalle normative degli Stati membri che non sono parte della Convenzione di Ginevra, del 7 giugno 1930, che stabilisce una legge uniforme sulla cambiale e sul vaglia cambiario; v) voucher su supporto cartaceo; vi) assegni turistici su supporto cartaceo; vii) vaglia postali su supporto cartaceo conformemente alla definizione dell’Unione postale universale».

³⁵ Cfr. Considerando 22 della PSD2.

³⁶ Cfr. Considerando 11 della PSD2.

conseguente inadeguato presidio dei rischi per i consumatori e distorsioni della concorrenza³⁷.

Secondo l'approccio della PSD2 in materia la condizione primaria ed essenziale per la corretta applicazione dell'esenzione in parola è che un agente commerciale non deve mai detenere, o comunque essere in possesso o avere sotto il suo controllo giuridico, i fondi dei clienti; ove questa condizione sia soddisfatta è quindi, financo, consentito all'agente commerciale di agire per conto di tutte e due le parti di una operazione commerciale (come appunto certe piattaforme di commercio elettronico). Laddove invece l'agente commerciale detenga o controlli i fondi dei clienti, allora l'esenzione è applicabile solo se l'operazione di pagamento è effettuata tramite un agente che agisce per conto di una sola delle due parti dell'operazione (*i.e.* solo per conto del pagatore o del beneficiario – cfr. art. 3, lett. b) della PSD2).

Un ulteriore ambito in cui la PSD2 interviene a fare chiarezza riguarda l'appartenenza al relativo *negative scope* dei c.d. servizi tecnici ‘di supporto’ a quelli di pagamento in senso stretto, realizzando segnatamente rispetto alla PSD1 una restrizione dell'estensione di questa ipotesi di esenzione. Viene infatti al riguardo sostanzialmente disposto un *carve out* rispetto a tale categoria di servizi dei PIS e degli AIS: questi ultimi infatti, come detto, a differenza di quanto accadeva nel contesto pre-PSD2 vengono ora ad essere invece inclusi a tutti gli effetti nell'elenco dei veri e propri servizi di pagamento (cfr. art. 3, lett. j), della PSD2)³⁸.

Inoltre la PSD2 provvede a ridefinire in modo sostanziale, e segnatamente in senso restrittivo, le condizioni dell'esclusione relativa ai c.d. *limited networks*; ciò principalmente perché le evidenze di mercato hanno mostrato che «le attività di pagamento soggette [...] a tale esclusione ai sensi della PSD1 in realtà [...] spesso implicano volumi e valori di pagamento significativi e offrono ai consumatori centinaia o migliaia di prodotti e servizi diversi», determinando così diffusi casi di operatività in regime di applicazione dell'esclusione in parola in contrasto però, o comunque non coerenti, con la *ratio* e le finalità per le quali l'esclusione stessa era stata originariamente prevista, con conseguente inadeguato presidio dei rischi per gli utenti e distorsioni concorrenziali tra PSPs e imprese che operano invece beneficiando di tali casi di esclusione dalla regolamentazione del settore dei servizi di pagamento³⁹.

In particolare, proprio al fine di mitigare tali rischi è meglio esplicitato nella PSD2 il principio di fondo che l'applicazione dell'esclusione in questione non possa

³⁷ Ovvero ad esempio anche alle piattaforme di commercio elettronico «che agiscono come intermediari per conto dei singoli acquirenti e dei singoli venditori senza un reale margine nella negoziazione o conclusione della vendita o dell'acquisto di beni o servizi» (Considerando 11 della PSD2).

³⁸ Come ivi disposto la PSD2 non si applica «ai servizi forniti da prestatori di servizi tecnici, che supportano la prestazione dei servizi di pagamento, senza mai entrare in possesso dei fondi da trasferire, compresi l'elaborazione e la registrazione di dati, i servizi fiduciari e di protezione della riservatezza, l'autenticazione dei dati e delle entità, la fornitura di reti informatiche e di comunicazione, la fornitura e la manutenzione di terminali e dispositivi utilizzati per i servizi di pagamento ad esclusione dei servizi di disposizione di ordine di pagamento e dei servizi di informazione sui conti».

³⁹ Cfr. Considerando 13 della PSD2.

più essere invocata laddove gli specifici strumenti di pagamento, su cui i relativi servizi sono basati, perdano il requisito essenziale della utilizzabilità «solo in modo limitato», dal punto di vista merceologico o della ubicazione geografica dei punti vendita, trasformandosi piuttosto in uno strumento «ad uso generale»⁴⁰; come avverrebbe, ad esempio, laddove uno stesso strumento di pagamento possa essere utilizzato «all'interno di più di una rete limitata» o per «l'acquisto di una gamma illimitata di beni e servizi», oppure nel caso in cui questo non sia più esclusivamente «regolamentato da un'autorità pubblica nazionale o regionale, per fini sociali o fiscali specifici allo scopo di acquistare beni o servizi specifici»⁴¹.

Come pure sopra accennato, altra significativa innovazione è costituita dal fatto che nell'occasione è stato altresì ritenuto opportuno introdurre un obbligo per i relativi prestatori di servizi di notificare alle Autorità competenti una descrizione dei servizi dagli stessi offerti in applicazione di tale esenzione relativa ai *limited networks* – con specificazione inoltre di quale esclusione, tra quelle contemplate all'art. 3, lettera k), punti i) e ii), della PSD2, sia stata considerata nel caso di specie applicabile – così che le medesime Autorità provvedano, con decisione motivata, a stabilire se i servizi così prestati possano essere effettivamente considerati come prestati nel quadro di un *limited network*⁴² e, in caso contrario, ne informino prontamente il prestatore di servizi (cfr. art. 37, par. 2 della PSD2).

Infine, un ulteriore elemento molto importante del *negative scope* della PSD2, anche per le sue dirette implicazioni in ottica *Fintech*, è costituito dalla dettagliata riperimetrazione della c.d. *telecom exemption* di cui all'art. 3, lett. l), della stessa PSD2, allo specifico fine di meglio precisarne il contenuto e al contempo di restringerne la potenziale ampiezza (*i.e.* con riguardo all'importo e all'oggetto delle operazioni escluse), viste anche le disomogenee prassi nazionali seguite dagli Stati Membri durante la ‘vigenza’ della PSD1⁴³.

È stabilito in particolare che al ricorrere di alcune condizioni – riferite cumulativamente all'importo (ridotto) del pagamento e al tipo di operazione – la disciplina della PSD2 non si applichi a determinate operazioni di pagamento effettuate «da parte di un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica [...] in aggiunta a servizi di comunicazione elettronica per un abbonato alla rete o al servizio», chiarendo così in quali casi è legittimamente possibile effettuare pagamenti, in regime di esclusione appunto dal *framework* PSD2, direttamente tramite un operatore di telecomunicazione (c.d. *operator billing*) o acquisti con addebito diretto sulla bolletta

⁴⁰ Cfr. Considerando 13 e 14 della PSD2.

⁴¹ Cfr. Considerando 13 della PSD2.

⁴² Cfr. Considerando 20 della PSD2.

⁴³ Anche al riguardo è stata riscontrata infatti una certa ambiguità della formulazione della esclusione ai sensi della PSD1 che ha favorito una sua applicazione disomogenea nei diversi Stati membri, con conseguente «mancanza di certezza giuridica per gli operatori e i consumatori e consentendo in alcuni casi ai servizi di intermediazione di pagamento di considerarsi ricompresi, in modo illimitato, nell'esclusione dall'ambito di applicazione della» PSD1 (Considerando 15 della PSD2).

telefonica dell'utente di servizi di telecomunicazione (c.d. *direct to phone-bill purchases*)⁴⁴.

Al fine di salvaguardare gli interessi degli utenti e il sistema di riserve di attività del settore dei servizi di pagamento, l'applicabilità dell'esclusione in parola è segnatamente circoscritta a talune operazioni di pagamento ritenute «a basso profilo di rischio»⁴⁵, ossia alle sole operazioni di pagamento per l'acquisto o consumo di «contenuti digitali», «servizi a tecnologia vocale», oppure effettuate «nel quadro di un'attività di beneficenza» o per «l'acquisto di biglietti», ferme le ulteriori due generali condizioni cumulative che il valore di ciascuna di queste operazioni di pagamento «non superi 50 EUR» e in ogni caso che «il valore complessivo delle operazioni di pagamento [...] della specie [...] non superi, per un singolo abbonato, 300 EUR mensili», questo sia nel caso di addebito in fattura sia nel caso di utilizzo del credito prepagato dell'utente (cfr. art. 3, lett. I), punti i) e ii), della stessa PSD2).

Un particolare tratto innovativo del *policy change* così attuato in materia è che, nel precisare e per certi aspetti restringere l'ammissibilità e applicabilità di tale esclusione, viene in ogni caso per altro verso testualmente ed espressamente ‘sdoganata’ a livello UE la possibilità di acquistare ‘biglietti’, tipicamente biglietti elettronici e relativi solamente alla prestazione di servizi⁴⁶, utilizzando per il pagamento il proprio credito telefonico prepagato o tramite addebito in bolletta, fermi i limiti d’importo sopra indicati, possibilità questa che in Italia è stata, e per certi profili è ancora, abbastanza controversa, anche a causa delle ambiguità normative derivanti dalla congiunta applicazione delle disposizioni proprie del settore delle comunicazioni elettroniche e delle relative limitazioni (cfr. D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 – Codice delle comunicazioni elettroniche).

3. La ‘questione’ del trattamento regolamentare dei servizi di pagamento che riguardano Pubbliche Amministrazioni

Ciò detto, al fine di definire un più compiuto inquadramento ordinamentale della PSD2, mi preme infine svolgere di seguito alcune considerazioni circa l’ulteriore – e meno indagato – aspetto del rapporto tra la disciplina armonizzata UE dei servizi di

⁴⁴ Cfr. Considerando 15 della PSD2.

⁴⁵ Considerando 16 della PSD2.

⁴⁶ Al riguardo è stato in particolare considerato che il riferimento alle operazioni di pagamento per l’acquisto di biglietti elettronici è strumentale a «tenere conto degli sviluppi nei pagamenti in cui, in particolare, i clienti possono ordinare, pagare, ottenere e convalidare biglietti elettronici da qualsiasi luogo e in qualsiasi momento utilizzando telefoni cellulari o altri dispositivi. I biglietti elettronici consentono e facilitano la prestazione di servizi che i clienti potrebbero altrimenti acquistare sotto forma di biglietto cartaceo e comprendono il trasporto, l’intrattenimento, il parcheggio auto e l’ingresso ad eventi, ma escludono i beni fisici. Essi riducono in tal modo i costi di produzione e distribuzione connessi con i canali tradizionali di emissione di biglietti cartacei e aumentano la convenienza per il cliente grazie a modi semplici e nuovi di acquisto dei biglietti» (Considerando 16 della PSD2).

pagamento, quale da ultimo ridefinita dalla PSD2, e le regole che governano i pagamenti della Pubblica Amministrazione.

È dato infatti al riguardo osservare che in Italia in sede di recepimento della PSD1, nel 2010, si ritenne opportuno inserire nelle disposizioni transitorie del D.lgs. 11/2010 di recepimento la norma speciale di cui al relativo comma 6 dell'art. 37, ai sensi della quale si dispose che i «servizi di pagamento che riguardano amministrazioni pubbliche [..., come individuate dall'art. 1, co. 2, del D.lgs. 165/2001 ...], vengono adeguati alle disposizioni del presente decreto [..., attuative appunto della PSD1 ...] secondo le modalità e i tempi indicati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Banca d'Italia».

In punto di fatto e di diritto, ne risulta che in pratica le operazioni di pagamento delle pubbliche amministrazioni sono state da allora così mantenute in una sorta di *negative scope* nazionale della disciplina armonizzata UE dei servizi di pagamento o, quantomeno, in una condizione di limbo normativo.

Il suddetto decreto ministeriale attuativo recante le ‘modalità e i tempi’ di adeguamento *in parte qua* alle disposizioni della PSD1 non è stato infatti poi emanato, e quindi per diversi anni si è rimasti in una situazione di incertezza giuridica (almeno a detta di alcuni) circa l’*an* e gli eventuali *quando* e *quomodo* dell’applicazione del nuovo *framework* UE in materia anche ai servizi di pagamento che riguardano le PP.AA.. Sono state formulate sul punto opinioni diverse e diametralmente opposte, ossia che in mancanza del decreto ministeriale in parola la nuova disciplina di cui al D.lgs. 11/2010 si applicasse *tout court* e senza deroghe o eccezioni, ovvero che in mancanza di tale decreto attuativo la disciplina stessa invece non si applicasse alle PP.AA..

Con l’entrata in vigore del decreto legislativo n. 218 del 2017⁴⁷ di recepimento della PSD2 si può dire che tale questione ermeneutica, e la maggior parte delle relative incertezze giuridiche in materia, sono state in ogni caso finalmente risolte per ‘cessazione della materia del contendere’, quanto meno a decorrere dal 1° gennaio 2019.

Giusta infatti la «constatata insussistenza di ragioni ostative per l’applicazione integrale delle disposizioni della PSD2 alle pubbliche amministrazioni»⁴⁸, nell’ambito delle varie modifiche apportate da D.lgs. 218/2017 al D.lgs. 11/2010 è stata disposta anche l’integrale abrogazione del relativo art. 37 con effetto «dalla data di entrata in vigore» dello stesso D.lgs. 218/2017, ad eccezione tuttavia proprio del comma 6 dell’art. 37 del D.lgs. 11/2010 che invece «è abrogato a decorrere dal 1° gennaio 2019» (cfr. art. 2, co. 39, del D.lgs. 218/2017).

⁴⁷ Decreto Legislativo 15 dicembre 2017, n. 218, recante recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

⁴⁸ Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 2.

Pertanto, una delle innovazioni ordinamentali, forse a *prima facie* meno evidenti, ma di certo tra le più rilevanti in chiave sistematica, realizzate con il recepimento della PSD2 è che dal 1° gennaio 2019 cessa ogni dubbio circa il fatto che anche PP.AA. sono da qualificare quali ‘ordinari’ utenti di servizi di pagamento, nonché in merito all’applicazione quindi anche ai servizi della specie prestati a favore delle PP.AA. del *framework* armonizzato UE in *subjecta materia*, salvi alcuni limitati ‘adattamenti’ tecnici che non costituiscono però deroghe ai relativi principi e regole.

È questo un aspetto che può sembrare un po’ di ‘nicchia’, di interesse per i soli addetti ai lavori, ma che in realtà ha valenza generale riguardando l’amplissima platea di soggetti che a vario titolo hanno rapporti con le PP.AA. come pagatori o come beneficiari di un pagamento, perché tra i vari aspetti disciplinati dalla PSD2 c’è anche quello delle spese connesse alla prestazione di servizi di pagamento.

Ciò posto, tale abrogazione differita, a decorrere dal 1° gennaio 2019, del comma 6 dell’art. 37 del D. lgs. 11/2010 trova essenzialmente la sua *ratio* nella necessità di consentire alle Pubbliche amministrazioni (centrali e locali) e ai relativi prestatori terzi di servizi di tesoreria o di cassa (tipicamente la Banca d’Italia, le banche e Poste Italiane S.p.A.)⁴⁹ di adeguarsi al fatto che, quanto meno da tale data, non vi è più alcun dubbio che il *framework* regolamentare di cui alla PSD2 (e al D. lgs. 11/2010) si applichi anche nei rapporti tra le Pubbliche amministrazioni e i relativi prestatori di servizi di pagamento.

La puntuale *compliance* col *framework* UE in parola non è infatti comunque del tutto esente da alcune questioni interpretative connesse, ad esempio, alle «peculiarità del servizio di tesoreria (o cassa), [...] alla individuazione degli [...] aspetti che possono incidere sul rapporto intercorrente tra la pubblica amministrazione e il suo tesoriere/cassiere, [...] nonché alle soluzioni [...] per consentire la corretta applicazione dei principi»⁵⁰ della PSD2.

Tra le principali ricadute di questa innovazione vi è *in primis* quella della necessità di effettuare un’accurata *due diligence*, e ove necessario un coerente adeguamento, di tutte le ‘convenzioni di tesoreria e di cassa’ in essere tra Pubbliche Amministrazioni e relativi tesorieri/cassieri al fine di assicurarne la conformità allo spirito e alla lettera della PSD2.

Il differimento dell’abrogazione al 1° gennaio 2019 è quindi innanzitutto specificamente funzionale a consentire un’ordinata opera di revisione e adeguamento delle convenzioni di tesoreria/di cassa.

L’adeguamento dei tali contratti dovrà avvenire in diversi modi, a seconda del tipo di adeguamenti che si rendessero necessari.

⁴⁹ Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 2.

⁵⁰ Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 2.

In linea di principio, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti normativi delle convenzioni in parola, si ritiene che la maggior parte delle modifiche da apportare ai contratti della specie non dovrebbero implicare modifiche significative, *rectius* ‘sostanziali’⁵¹, del rapporto contrattuale tra la P.A. e il rispettivo cassiere/tesoriere

In questo caso, pertanto, per la modifica del contenuto dei contratti ben si potrà far affidamento su eventuali clausole di adeguamento automatico allo *ius superveniens* già contenute nelle convenzioni in esame. In mancanza di siffatte clausole espresse, considerato che eventuali modifiche contrattuali sarebbero nel caso comunque motivate dall’esigenza di adeguare le convenzioni medesime alle norme sopravvenute, «si reputa sufficiente un adeguamento delle convenzioni in essere ai sensi dell’art. 106, comma 1, del D. Lgs. n. 50/2016 [..., recante il Codice dei contratti pubblici, ...] da effettuare entro il 1° gennaio 2019»⁵², ossia che le convenzioni in parola possono essere modificate senza bisogno di una nuova procedura di affidamento.

Se invece dal punto di vista delle Pubbliche Amministrazioni interessate le modifiche da apportare alle convenzioni fossero da ritenere sostanziali, in quanto determinano una ‘alterazione considerevole’ degli ‘elementi essenziali’ del contratto, allora l’unica opzione per assicurare la dovuta *compliance* con la PSD2 è quella di provvedere ad effettuare una nuova procedura di affidamento di servizi secondo i termini e le condizioni modificate, da completarsi anch’essa in tempo utile rispetto al termine del 1° gennaio 2019.

Dal punto di vista del diritto sostanziale, tra le regole armonizzate UE sui servizi di pagamento da applicarsi anche nei rapporti con le PP.AA. vi è altresì la fondamentale regola del c.d. ‘T+1’ in materia di ‘tempi di esecuzione’ massimi tra ricezione di un ordine di pagamento e l’accredito del relativo importo, ossia della riduzione ad un solo giorno lavorativo del tempo massimo entro il quale i *fondi* devono essere “girati” al PSP del beneficiario. In particolare, ai sensi dell’art. 83 della PSD2 (cfr. art. 20 del D.lgs. 11/2010), il PSP di un soggetto pagatore deve assicurare che l’importo di una operazione di pagamento di cui gli sia stata ordinata l’esecuzione sia reso disponibile a favore del suo beneficiario (*rectius* venga accreditato sul conto del PSP del beneficiario) «entro la fine della giornata operativa successiva» a quella in cui il relativo ordine di pagamento è stato ricevuto dal PSP di cui si è avvalso il pagatore. Termine massimo questo che per le sole «operazioni di pagamento disposte su supporto cartaceo» può essere tuttavia convenzionalmente esteso dalle parti «di una ulteriore giornata operativa».

Al riguardo si è posto il problema di come applicare correttamente tale regola del ‘T+1’ alle operazioni di pagamento disposte dalle PP.AA., ovvero quando la P.A. assume il ruolo di pagatore, in quanto il mandato di pagamento emesso da una P.A. anche se ‘materialmente’ ricevuto dal relativo tesoriere/cassiere non è però da questo

⁵¹ Cfr. art. 106, comma 4, del Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (Codice dei contratti pubblici).

⁵² Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 3.

immediatamente eseguibile, ma deve essere preliminarmente sottoposto ad un ulteriore ‘trattamento’ da parte dello stesso tesoriere/cassiere, il quale deve eseguire infatti una serie di attività complesse, controlli e verifiche che difficilmente possono essere completati in un solo giorno lavorativo⁵³.

Ciò posto, rispetto all’opzione di non applicare la regola del ‘T+1’ nel caso dei mandati di pagamento della PP-AA., si è ritenuto invece preferibile mantenere la piena applicazione della regola stessa, salvo la possibilità di ricorrere ad un adattamento interpretativo, ovvero una *fictio iuris*. In pratica, considerato appunto che il mandato di pagamento non è immediatamente eseguibile appena materialmente ricevuto dal tesoriere/cassiere, si ritiene allora legittimo poter nel caso convenire, in via contrattuale, che il mandato si consideri giuridicamente ‘ricevuto’ (*i.e.* ai fini e per gli effetti della individuazione del *dies a quo* per il computo del termine del ‘T+1’ o del ‘T+2’) la ‘giornata operativa’ successiva a quella di sua effettiva ricezione materiale (di fatto) da parte del tesoriere/cassiere.

In altri termini è considerato lecito poter convenire contrattualmente che il tesoriere/cassiere abbia un determinato lasso di tempo per completare le operazioni necessarie a rendere un mandato di pagamento eseguibile e che solo una volta completate queste operazioni, o comunque scaduto il termine per queste stabilito, trovi quindi ordinaria applicazione la regola generale del ‘T+1’ (ovvero del ‘T+2’ in caso di operazioni di pagamento disposte su supporto cartaceo). Il lasso di tempo ‘fisiologico’ per lo svolgimento di tali operazioni preliminari da svolgersi da parte del tesoriere/cassiere è stato inoltre a sua volta quantificato in massimo un’ulteriore ‘giornata operativa’⁵⁴.

⁵³ In particolare, come osservato il servizio di tesoreria/cassa affidato dalle pubbliche amministrazioni «alle banche/Poste è un servizio articolato che non si esaurisce nella mera messa in esecuzione di operazioni di incasso e pagamento, ma prevede una serie di ulteriori obblighi e adempimenti a carico dei tesorieri/cassieri, discendenti dall’applicazione di norme di rango primario o secondario [...]. Sotto questo profilo, pertanto, all’atto della ricezione dell’ordine di pagamento, cioè del mandato emesso dalla pubblica amministrazione e contenente la disposizione di pagamento, lo stesso ordine non può essere considerato immediatamente e direttamente trasferibile alle procedure di pagamento. Ciò in quanto detto trasferimento presuppone che siano stati effettuati e positivamente conclusi i controlli e le verifiche affidate al tesoriere, che non si esauriscono nella mera verifica della liquidità disponibile e/o della firma da parte del soggetto cui è assegnato il potere di spesa, ma possono riguardare la capienza dello stanziamento di bilancio, la verifica dei vincoli di destinazione dei finanziamenti, la presenza delle codifiche previste dalla legge», Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 4.

⁵⁴ Risulta in particolare che, anche grazie all’utilizzo delle nuove tecnologie informatiche, i tempi per lo svolgimento di questi adempimenti e controlli sono sempre più ridotti e possono essere normalmente contenuti in una giornata lavorativa; in «concreto, proprio tenendo conto dell’informatizzazione in corso, che per molte pubbliche amministrazioni condurrà all’esclusivo uso dell’OPI telematico entro la fine del 2018, si ritiene che, ove necessario per esigenze di carattere organizzativo e/o procedurale dei tesorieri/cassieri, gli adempimenti cui gli stessi sono tenuti possano far ‘slittare’ in avanti il termine di ricezione [...] di una mandato di pagamento emesso da una P.A. [...] – rispetto alla data in cui il mandato pervenuto materialmente [...] al tesoriere/cassiere...] – al massimo di una giornata operativa, lasciando un’ulteriore giornata operativa per l’esecuzione delle disposizioni di pagamento su supporto cartaceo [...]. Tali aspetti vanno ovviamente regolati all’interno della Convenzione per il servizio di tesoreria/cassa, tenendo conto che di tratta di un’opportunità ammissibile sotto il profilo operativo, ma

In questo modo è sostanzialmente rispettata a pieno la *ratio* e l'obiettivo della regola di cui all'art. 83 della PSD2, ossia assicurare che il PSP del pagatore esegua prontamente (*i.e.* entro la fine della giornata operativa successiva) un ordine di pagamento ricevuto dal pagatore, adattando però alle specificità del caso le modalità tecniche operative della relativa *compliance*.

Anche riguardo alla principale e centrale innovazione ordinamentale introdotta dalla PSD2 del suddetto principio dell'accesso aperto e condiviso *on-line* ai conti di pagamento da parte dei TPPs, si è posto il tema del *se* e *come* le relative regole debbano applicarsi al caso dei conti della specie di cui siano titolari le Pubbliche Amministrazioni. In particolare la questione ermeneutica verte sul fatto se ai *conti di tesoreria* delle PP.AA. si applichino in via ordinaria, oppure no, anche le disposizioni della PSD2 ai sensi delle quali in linea di principio i *conti di pagamento* che siano accessibili *on-line* (nel senso di accesso *Internet based*) da parte dei relativi titolari devono essere resi accessibili, sempre per via telematica, anche a favore dei TPPs (ove questi agiscano in base al ‘consenso esplicito’ e ‘per conto’ dei titolari dei conti stessi), nonché le relative ‘norme tecniche di regolamentazione’ in materia di *strong customer authentication* e di *common and secure open standards of communication*⁵⁵.

La soluzione interpretativa che – almeno allo stato – è apparsa più adeguata e coerente col nuovo *framework* regolamentare della PSD2 e la ‘singolarità’ del rapporto che intercorre tra le PP.AA. e i loro tesorieri/cassieri è stata che il *conto di tesoreria* non si configuri, e non sia quindi qualificabile pienamente, come un *conto di pagamento accessibile on-line* ai sensi e per gli effetti tipici della PSD2. Sicché l’orientamento prevalente è nel senso che i *conti di tesoreria* delle PP.AA. non rientrino a tutti gli effetti nell’ambito di applicazione di tali nuove disposizioni della PSD2 in materia di *open and shared access* da parte dei TPP ai conti di pagamento e quindi che, al contempo, nelle comunicazioni tra PP.AA. e relativi tesorieri/cassieri non si applicano neanche le disposizioni della PSD2, e delle pertinenti norme tecniche attuative, sui requisiti e *standard* di comunicazione e di sicurezza⁵⁶.

lasciata all’accordo tra i due contraenti, nei limiti sopra fissati», Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 4.

⁵⁵ Cfr. Regolamento delegato (UE) 2018/389 della Commissione del 27 novembre 2017 che integra la direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio per quanto riguarda le norme tecniche di regolamentazione per l’autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri.

⁵⁶ In tal senso è stato in particolare ritenuto che «in virtù del rapporto intercorrente tra la pubblica amministrazione e il suo tesoriere/cassiere, i conti di tesoreria non rientrano nel novero dei conti di pagamento accessibili on line, così come definiti dalla PSD2 e dal relativo decreto di recepimento e pertanto non sono applicabili a tali conti le fattispecie [...] dell’accesso ai conti di pagamento da parte di prestatori dei nuovi servizi regolamentati dalla PSD2 di ‘disposizione di ordini di pagamento’ e/o di ‘informazione sui conti’ di pagamento [...]. Similmente, nel colloquio fra pubblica amministrazione e tesoriere/cassiere, non trovano applicazione le disposizioni relative ai requisiti di sicurezza per i pagamenti elettronici», quali pure ridefiniti ai sensi della PSD2 e dei relativi *Regulatory Technical Standards* (Ministero dell’Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 5).

A mio avviso tale approdo ermeneutico trova supporto e giustificazione tra l'altro nel fatto che effettivamente le PP.AA. in realtà non accedono direttamente al proprio *conto di tesoreria*, essendo piuttosto tale accesso ‘mediato’ da speciali procedure dedicate, sicché il conto stesso a ben vedere non sarebbe accessibile *on line* nel senso avuto presente nell’ambito e ai fini della PSD2 o comunque è accessibile secondo modalità talmente specifiche da essere strutturalmente diverse da un ordinario accesso di un utente al proprio conto di pagamento tramite *internet banking*. Inoltre, altre specificità dei conti di tesoreria delle PP.AA. sono costituite dal fatto che, di norma, a fine giornata i fondi in giacenza sui conti stessi sono riversati nei conti di *Tesoreria Unica* presso la Banca d’Italia, fermo restando però che in ogni caso il servizio di tesoreria o di cassa resta affidato al tesoriere/cassiere che gestisce, tramite procedure dedicate, il rapporto finanziario con la Banca d’Italia⁵⁷.

In definitiva, avuto anche riguardo alle disposizioni del *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali*⁵⁸ in materia, può dirsi che l’oggetto proprio del servizio di tesoreria/cassa a favore delle PP.AA. determina in realtà la configurazione del servizio stesso quale ‘servizio complesso’ soggetto a norme speciali, segnatamente in ampia parte diverso da quello di mera fornitura e amministrazione, da parte di un PSP di radicamento del conto, di un conto di pagamento per un pagatore (cfr. art. 4, punto 17), della PSD2).

In tale prospettiva il tesoriere/cassiere non sembra poter essere quindi integralmente equiparato ai sensi e per gli effetti propri della PSD2 ad un PSP di radicamento del conto, né essere quindi soggetto al relativo obbligo, ove ne ricorrono i presupposti, di consentire l’accesso dei TPPs ai conti dallo stesso amministrati (cfr. artt. 67 e 67 della PSD2).

Un ultimo aspetto che mi pare importante analizzare è quello della disciplina delle spese applicabili nella prestazione dei servizi di pagamento, in particolare per quanto attiene ai profili: *i) della ‘ripartizione’ delle spese; ii) del c.d. surcharging per l’utilizzo di un determinato strumento di pagamento; iii) dell’applicazione di ‘deduzioni’ sull’importo delle operazioni di pagamento a titolo di copertura delle spese.*

Al riguardo vale ricordare che con l’emanazione della PSD2, e col relativo recepimento nazionale ai sensi del D.lgs. 218/2017, è stata innanzitutto ulteriormente rinforzata la *policy* di fondo che l’opzione normativa più opportuna ed efficiente – in quanto «agevola il trattamento completamente automatizzato dei pagamenti»⁵⁹ – è che di regola il beneficiario e il pagatore debbano sostenere ciascuno *solo* le spese ad essi

⁵⁷ Cfr. Legge 29 ottobre 1984, n. 720, Istituzione del sistema di tesoreria unica per enti ed organismi pubblici; art. 35 del Decreto-legge 24 gennaio 2012, n. 1, Disposizioni urgenti per la concorrenza, lo sviluppo delle infrastrutture e la competitività (convertito con modificazioni dalla L. 24 marzo 2012, n. 27); Decreto ministeriale del 4 agosto 2009, n. 59457, recante nuove modalità di regolamento telematico dei rapporti tra tesorieri e cassieri degli Enti ed organismi, di cui alla tabella A allegata alla legge 29 ottobre 1984, n. 720, e la Tesoreria dello Stato.

⁵⁸ Cfr. artt. 208 e ss. del Decreto Legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁹ Considerando n. 65 della PSD2.

(eventualmente) direttamente addebitate dai rispettivi PSPs (cfr. art. 62, par. 2, della PSD2), ossia che in materia di addebito delle spese dei servizi di pagamento debba essere in linea di principio applicata la c.d. *regola SHA* (spese condivise)⁶⁰.

Circa il profilo dell'eventuale applicazione di spese per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, il *framework* di cui alla PSD2 è invece basato sulla considerazione che in generale era opportuna una revisione dell'approccio in materia di pratiche di *surcharging* già definito nella PSD1 (cfr. 52, par. 3), unitamente ad una sua maggiore armonizzazione a livello di regolamentazione nazionale delle pratiche stesse. In particolare è stato a tal fine tenuto presente, da un lato, che la diversità di prassi nazionali riscontrate in materia ha «portato a un'estrema eterogeneità del mercato dei pagamenti nell'Unione e confond[e] i consumatori, in particolare nel settore del commercio elettronico e in un contesto transfrontaliero» e, dall'altro, che il citato Regolamento (UE) 2015/751 ha stabilito, giusto prima dell'approvazione della PSD2, anche dei *cap* armonizzati alle *interchange fees* per i pagamenti basati su carte (ossia per tipi di pagamenti per i quali i beneficiari tipicamente applicano il *surcharging* proprio per compensare i costi a loro carico per l'accettazione dei pagamenti stessi)⁶¹, prevedendo tuttavia, al relativo art. 11, apposite disposizioni proprio in materia di libertà di 'orientamento' dei «consumatori verso l'uso di un qualsiasi strumento di pagamento preferito dal beneficiario»⁶².

Ciò posto, benché nella prima parte dell'art. 62, par. 3, della PSD2 sia stato sostanzialmente 'rifusa' la prima parte del par. 3 dell'art. 52 della PSD1, tuttavia è stato ora inoltre disposto che ferma la libertà del «beneficiario di imporre una spesa o di proporre una riduzione al pagatore o di orientarlo in altri modi verso l'uso di un determinato strumento di pagamento», in ogni caso le spese a tal fine eventualmente addebitate al pagatore non devono mai superare «i costi diretti sostenuti dal beneficiario per l'utilizzo dello specifico strumento di pagamento».

Una specificazione quest'ultima che, nello stabilire ora un criterio uniforme in materia di *surcharging*, è direttamente collegata proprio alle intervenute limitazioni nel frattempo imposte alle *interchange fees* ai sensi del Regolamento (UE) 2015/751 da cui

⁶⁰ In particolare, le disposizioni in materia della PSD2 sono basate sull'assunto che è «opportuno prevedere che, di norma, le spese siano prelevate direttamente al pagatore e al beneficiario dai rispettivi prestatori di servizi di pagamento. L'importo di eventuali spese applicate può anche essere pari a zero in quanto è opportuno che le disposizioni della presente direttiva non influiscano sulla pratica secondo cui il prestatore di servizi di pagamento non addebita ai consumatori l'accreditamento sui loro conti. Analogamente, a seconda dei termini del contratto, il prestatore di servizi di pagamento può addebitare solo al beneficiario (commercianti) le spese di utilizzo del servizio di pagamento, nel qual caso non vengono imposte spese al pagatore. È possibile che i sistemi di pagamento applicino spese nella forma di una commissione di sottoscrizione. Le disposizioni sull'importo trasferito o su eventuali spese applicate non hanno alcun impatto diretto sulla determinazione dei prezzi tra i prestatori di servizi di pagamento o eventuali intermediari» (Considerando 65 della PSD2).

⁶¹ Cfr. Considerando 66 della PSD2.

⁶² Cfr. MEZZACAPO, *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di 'pagamenti basati su carte', tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, cit., pp. 523 e 524.

si attende un effetto di forte riduzione dei costi per il beneficiario dell'accettazione di pagamenti basati sulle carte cui si applicano le limitazioni stesse.

Inoltre il collegamento con i *cap* alle *interchange fees* di cui al Regolamento (UE) 2015/751 è ancora più diretto laddove la PSD2 (al relativo art. 62, par. 4) introduce ora quello che risulta essere un vero e proprio divieto di *surcharge* a livello UE quanto meno «per l'utilizzo di strumenti di pagamento le cui commissioni interbancarie sono oggetto del capo II del regolamento (UE) 2015/751 e per i servizi di pagamento cui si applica il regolamento (UE) n. 260/2012» che stabilisce invece ‘i requisiti tecnici e commerciali per i bonifici e gli addebiti diretti in euro’.

Infine, così come pure già previsto dalla PSD1, è altresì consentito agli Stati membri di adottare regimi regolamentari più stringenti in materia di *surcharging*, potendo questi ulteriormente «vietare o limitare il diritto del beneficiario di imporre spese tenendo conto della necessità di incoraggiare la concorrenza e di promuovere l'uso di strumenti di pagamento efficienti».

Giusta tale ultima opzione nazionale, la scelta operata dal legislatore italiano in sede di recepimento della PSD1, e ulteriormente rafforzata in occasione del recepimento della PSD2, è stata proprio nel senso di generalizzare il divieto di *surcharge*, stabilendo quindi un regime in materia molto più restrittivo di quello UE (cfr. art. 3, del D. Lgs. 11/2010)⁶³.

A livello nazionale il divieto di *surcharge* è altresì previsto e ribadito, benché qui in chiave prettamente di tutela dei consumatori, dall'art. 62, co. 1, del *Codice del Consumo* secondo cui ai «sensi dell'articolo 3, comma 4, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, i professionisti non possono imporre ai consumatori, in relazione all'uso di determinati strumenti di pagamento, spese per l'uso di detti strumenti, ovvero nei casi espressamente stabiliti, tariffe che superino quelle sostenute dal professionista».

Circa la possibilità per i PSP coinvolti nell'esecuzione di un'operazione di pagamento di applicare ‘deduzioni’ a titolo di addebito di spese sull’importo effettivamente trasferito al beneficiario, una pratica questa invero «di fatto comune nell’ambito dei servizi di tesoreria/cassa delle banche a favore di amministrazioni pubbliche»⁶⁴, la PSD2 ribadisce che ciò deve essere vietato perché è «essenziale, per il trattamento completamente integrato e automatizzato dei pagamenti e per la certezza

⁶³ In particolare l'art. 3, co. 4 del D. Lgs. 11/2010, come da ultimo novellato dal D. Lgs. 218/2017, stabilisce che il «beneficiario non può applicare a carico del pagatore spese relative all'utilizzo di strumenti di pagamento», sicché ne risulta che, in ossequio al principio generale in materia di spese, il beneficiario di un pagamento deve sostenere integralmente le spese allo stesso nel caso addebitate (dai PSPs di cui avvale) per il caso di utilizzo di strumenti di pagamento (diversi dal contante) e non può (ri)addebitarle al pagatore. Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 3 del D.Lgs. 11/2010 la novella ha anche eliminato la precedente facoltà attribuita alla Banca d'Italia di stabilire (con proprio regolamento) eventuali deroghe al divieto «tenendo conto dell'esigenza di promuovere l'utilizzo degli strumenti di pagamento più efficienti ed affidabili»

⁶⁴ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 6.

giuridica rispetto all'adempimento di eventuali obblighi sottostanti tra gli utenti di servizi di pagamento, che la totalità dell'importo trasferito dal pagatore sia accreditata sul conto del beneficiario», ferma la possibilità per il solo beneficiario di autorizzare il proprio PSP a dedurre le proprie spese, e queste soltanto, dandone di volta in volta dettagliata informativa al beneficiario stesso⁶⁵. È quindi al riguardo stabilito l'obbligo – in linea di principio – per tutti i PSPs coinvolti nell'effettuazione di una operazione di pagamento di trasferire «la totalità dell'importo dell'operazione» stessa, con contestuale e speculare divieto per gli stessi di «trattenere spese sull'importo trasferito», salva la suddetta facoltà a favore del solo beneficiario del pagamento e i relativi obblighi informativi a carico del relativo PSP (cfr. art. 81 della PSD2).

La *ratio* sottostante è sempre costituita dal principio per cui di regola il beneficiario e il pagatore debbono sostenere ciascuno *solo* le spese ad essi (eventualmente) direttamente addebitate dai rispettivi PSPs.

Nel caso delle PP.AA., in stretto punto di diritto la dovuta *compliance* con tali principi e regole in materia di addebito di spese richiede che tutti tali aspetti siano espressamente e coerentemente regolamentati nell'ambito delle relative convezioni di tesoreria/cassa, cosa che fino ad oggi è stata fatta in modo disomogeneo, integrando le convenzioni stesse degli elementi eventualmente mancanti e modificando se del caso le pattuizioni in conflitto.

Dal punto di vista invece delle ricadute sistemiche il portato diretto di tali disposizioni è che d'ora in avanti anche le PP.AA. dovranno corrispondere in modo esplicito e trasparente il prezzo dei servizi di pagamento alle stesse prestati dai relativi PSPs, dovendo pertanto «iscrivere nei propri bilanci stanziamenti specifici e adeguati ai quali imputare gli oneri»⁶⁶ conseguenti alla piena applicazione alle PP.AA. anche per questi aspetti del nuovo *framework* normativo dei servizi di pagamento definito dalla PSD2, giusta anche la menzionata abrogazione (ai sensi dell'art. 2, co. 39, del D.lgs. 218/2017) «a decorrere dal 1° gennaio 2019» del comma 6 dell'art. 37 del D. lgs. 11/2010.

⁶⁵ Cfr. Considerando 80 della PSD2.

⁶⁶ Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e Dipartimento del Tesoro, Circolare n. 22 del 15 giugno 2018, p. 6.