



Milano, 31 luglio 2017

Spettabile
Ministero dell'Economia e delle Finanze
Dipartimento del Tesoro
Ufficio VI – Direzione IV

Inviata all'indirizzo e-mail: dt.direzione4.ufficio6@tesoro.it

Oggetto: Risposta alla Consultazione pubblica sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2015/2366/UE e di adeguamento della normativa interna al Regolamento (UE) n. 751/2015.

Lo studio associato AC Firm - Annunziata Conso Berneri Varani intende anzitutto ringraziare codesto spettabile Ministero per l'opportunità offerta di esprimere osservazioni e commenti allo schema di decreto legislativo in oggetto ("Schema di decreto"). Analizzato nel dettaglio il contenuto dello Schema di decreto, chi scrive si pregia di formulare le seguenti osservazioni.

I. Modifiche al Decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385 - Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (TUB).

I.I Art. 114-octiesdecies TUB

E' noto che gli istituti di pagamento (IP) e gli istituti di moneta elettronica (IMEL) non sono completamente "autonomi" nella

prestazione dei servizi di pagamento o nella emissione di moneta elettronica, in quanto, nel rispetto del principio di tutela dei fondi dei clienti (ex artt. 114-quiues.1 e 114-duodecies, TUB, e relativa disciplina di attuazione), hanno l'obbligo di riversare la liquidità di questi ultimi presso le banche depositarie, con indicazione che si tratta di beni di terzi.

Tali limiti operativi sono in parte mitigati per gli IP con la prospettata introduzione, nello Schema di decreto, dell'art. 114-octiesdecies TUB, il quale prescrive che: *"le banche non negano agli istituti di pagamento l'apertura e il mantenimento di conti di pagamento [...]"* e tali conti *"consentono all'istituto di pagamento di fornire servizi di pagamento in modo agevole ed efficiente"*. L'articolo si applicherebbe quindi alle banche depositarie dei fondi della clientela degli IP, al fine di evitare, o quantomeno ridurre, possibili alterazioni della concorrenza nel mercato dei pagamenti.

L'art. 114-octiesdecies TUB, tuttavia, trovando applicazione per i soli IP, non terrebbe conto che anche gli IMEL in realtà, come evidenziato, sono tenuti a detenere le somme della clientela, in "conti beni di terzi", presso le banche depositarie e, pertanto, soggetti ai medesimi potenziali limiti operativi degli IP. Si suggerisce, dunque, di estendere l'applicazione dell'art. 114-octiesdecies TUB anche agli IMEL.

Inoltre, soffermandosi sulla testualità dell'articolo in commento, al fine di rafforzare il suo carattere programmatico di favore alla concorrenza nel mercato dei pagamenti, si ritiene opportuno suggerire l'introduzione di un'ulteriore prescrizione per le banche depositarie, tenute all'apertura di conti agli IP (e ci si augura, alla luce di quanto precisato, anche agli IMEL). In particolare, le banche, ai conti accesi dagli operatori presso le medesime, dovrebbero applicare costi di gestione e tenuta del conto "ragionevoli" e "adeguati", nonché comunque "proporzionati alle spese effettivamente sostenute". Ciò, al fine di ridurre il rischio che gli istituti di credito possano applicare costi non proporzionati ai conti accesi dagli operatori, che si

troverebbero a riversarli sulla clientela, di fatto snaturando i principi alla base dell'art. 114-octiesdecies TUB.

II. Modifiche al Decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 (attuazione della Direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle Direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE).

II.I Ambito negativo di applicazione: agente commerciale

La Direttiva 2015/2366/CE (cd. PSD2), che abroga e sostituisce la Direttiva 2007/64/CE (PSD), ha modificato, tra l'altro, il perimetro di alcune forme di esenzione dall'ambito di applicazione della disciplina in materia di servizi di pagamento; ci si riferisce, in particolare all'operatività: (i) degli agenti commerciali; (ii) degli strumenti a spendibilità non generalizzata; (iii) dei fornitori di reti o servizi di comunicazione elettronica; (iv) degli installatori di ATM (*Automatic Teller Machine*).

Con riferimento alla disciplina dell'agente commerciale, la modifica che si intende apportare all'art. 2, c. 2, lett. b), D.lgs. 11/2010, in recepimento della direttiva comunitaria, meglio specifica l'ambito di riserva negativo di attività, ma lascia comunque aperte delle "zone grigie"; si tratta, peraltro, di una non completa chiarezza della disposizione frutto del dettato testuale della stessa PSD2.

Più nello specifico, l'articolo in commento esonera dall'ambito di applicazione della disciplina sui servizi di pagamento l'attività dell'agente commerciale, quando questi agisce:

- per conto del solo pagatore o del solo beneficiario "*in base a un accordo a negoziare o a concludere la vendita o l'acquisto di beni o servizi*";
- per conto sia del pagatore, sia del beneficiario, ma "*non entri[a] mai in possesso dei fondi dei clienti o non li controlli[a]*".

Quello che non appare di semplice interpretazione è il discrimine tra l'attività tipica di agenzia commerciale (i.e. l'agire per conto del solo pagatore o del solo beneficiario) e quella più vicina all'attività di intermediazione (i.e. l'agire per conto sia del pagatore, sia del beneficiario), soprattutto nel modello di business che si esplicita attraverso le piattaforme di commercio elettronico, che per loro natura mettono in relazione o contatto più soggetti (cfr. il Considerando 11, PSD2¹).

Il tema in questione - che sotto il profilo della testualità della norma potrebbe sembrare di semplice soluzione - si rileva di notevole interesse per i risvolti di natura penale (ci si riferisce, in particolare, all'abusivo esercizio dell'attività di prestazione di servizi di pagamento) che potrebbe avere un'errata interpretazione, e di conseguenza applicazione, della disciplina di esenzione in commento. Infatti, l'"agente commerciale", anche se è legato al solo pagatore o al solo beneficiario da un rapporto contrattuale di mandato a negoziare o a concludere la vendita, entra comunque sempre in contatto con entrambi i soggetti, pagatore e beneficiario; dunque, l'attività di agenzia commerciale sotto un profilo sostanziale, in assenza di indicatori presuntivi che ne delimitino il perimetro, ben può confondersi con l'attività tipica di intermediazione (i.e. l'agire per conto sia del pagatore sia del beneficiario).

Tale circostanza comporta per gli operatori il porsi alcuni interrogativi, tra i quali: l'esistenza di un rapporto contrattuale tra pagatore e agente commerciale o tra beneficiario e agente commerciale, è condizione necessaria e sufficiente per ricadere nell'esenzione? Il possesso da parte del pagatore di una carta fedeltà emessa dall'agente, che opera con un contratto per conto del beneficiario, fa ricadere l'attività del menzionato agente nell'ambito dell'intermediazione? Tutte le piattaforme di commercio elettronico, che mettono in contatto pagatore e beneficiario, indipendentemente

¹ Nello specifico il Considerando n. 11 della PSD2 precisa che: *"ove agiscano per conto sia del pagatore sia del beneficiario (ad esempio mediante una piattaforma di commercio elettronico) gli agenti dovrebbero essere esclusi solo qualora non entrino mai in possesso dei fondi dei clienti o non li controllino"*.

dal modello di business adottato, svolgono un'attività di intermediazione?

Alla luce di quanto rappresentato, degli interrogativi che precedono e dei profili di interesse penale che può avere la fattispecie, opportuno si rileverebbe un intervento di specificazione da parte del legislatore in sede di recepimento della PSD2, da declinarsi con la delega all'Autorità di settore per la definizione di indicatori di presunzione dell'attività tipica di agenzia commerciale (cfr., più in generale, quanto precisato al paragrafo che segue).

II.II Ambito negativo di applicazione: obbligo di notifica

In materia di ambito negativo di applicazione della disciplina sui servizi di pagamento, la prospettata introduzione ad opera dello Schema di decreto del comma 4-bis all'art. 2, D.lgs. 11/2010, in attuazione dell'art. 37 PSD2, impone agli operatori di notificare all'Autorità di settore il ricorrere delle ragioni che conducono a considerare una determina attività come non riservata; tale notifica è dovuta in sole due ipotesi e, in particolare, per l'operatività: (i) in strumenti a spendibilità non generalizzata e (ii) in operazioni di pagamento effettuate dal fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica. L'art. 37, PSD2 prescrive, inoltre, che le informazioni notificate dall'operatore all'Autorità sono messe a disposizione del pubblico nei registri tenuti dall'Autorità stessa e dall'EBA; l'art. 114-septies, c. 4, TUB, di attuazione della PSD2 precisa, in particolare, che le informazioni sono pubblicate in un'appendice dell'albo degli istituti di pagamento.

Dal Considerando n. 19 della PSD2 emerge che la *ratio legis* dell'introduzione di tali previsioni è quella di ridurre la disomogeneità nell'applicazione dell'esenzioni dall'ambito di applicazione della menzionata direttiva tra gli Stati membri. Infatti, fino ad oggi, è accaduto che i prestatori di servizi beneficiari di un'esenzione spesso non hanno consultato le Autorità per verificare se le loro attività rientrassero nell'ambito di applicazione della

direttiva o ne fossero esenti, ma si sono basati esclusivamente su proprie valutazioni discrezionali.

I risvolti pratici dell'attuazione dell'art. 37, PSD2, sono dunque evidenti. Infatti, da un lato, l'introduzione dell'obbligo di notifica permetterebbe all'Autorità competente di valutare se siano soddisfatti i requisiti delle pertinenti disposizioni, al fine di garantire un'interpretazione uniforme delle norme in tutto il mercato interno; dall'altro, la pubblicazione delle note pervenute all'Autorità nei registri consentirebbe: (i) agli operatori di avere un bagaglio informativo utile per valutare se il modello di business adottato rientri o meno in un'attività riservata e (ii) ai consumatori di rivolgersi ai soggetti in possesso degli idonei requisiti di abilitazione.

Alla luce di quanto precede e tenuto conto di quanto rappresentato anche con riferimento all'agenzia commerciale (cfr. par. II.I), un risvolto positivo per l'operatore e una forma di tutela maggiore per il consumatore si avrebbe con l'estensione dell'obbligo di notifica per tutte le ipotesi di esenzione dalla disciplina della PSD2, ex art. 2, c. 2, D.lgs. 11/2010. Si è consapevoli, tuttavia, che una tale estensione applicativa della norma in commento contrasterebbe con la politica europea di arginare il fenomeno del *gold plating*, creando, per l'appunto, differenze nell'applicazione del diritto europeo tra Stati membri, che appesantirebbero le amministrazioni con oneri burocratici maggiori.

Fermo restando l'opportunità di valutare una portata più ampia di applicazione dell'articolo in commento nelle opportune sedi di confronto e aggiornamento su una possibile evoluzione della normativa PSD2, a chi scrive, preme suggerire comunque di valutare una modifica del c. 4-bis, art. 2, D.lgs. 11/2010. In particolare, si richiama l'attenzione sull'opportunità di introdurre la delega di competenza alla Banca d'Italia per la definizione di indicatori e i criteri, o per la divulgazione di note di chiarimenti, utili a delimitare il perimetro dell'attività non riservata ex art. 2, c. 2, D.lgs. 11/2010; ciò, tenuto conto dei quesiti normativi che giungeranno alla stessa Autorità dagli operatori sull'interpretazione e l'applicazione della



normativa di settore. Solitamente, infatti, ai quesiti posti, la Banca d'Italia non risponde direttamente ma si riserva di valutarli, nell'esercizio delle proprie competenze, quale spunto per eventuali modifiche alla regolamentazione di vigilanza o per comunicazioni e provvedimenti di carattere generale (cfr. quanto precisato nella sezione del sito della Banca d'Italia dedicato ai "Criteri per la gestione dei quesiti normativi").

Per ogni ulteriore chiarimento o approfondimento dovesse occorrere, si prega codesta Autorità di voler contattare l'avv. Andrea Conso (email: a.conso@acfirm.it; tel. 02 49791176) e l'avv. Antonio Di Giorgio (email: a.digiorgio@acfirm.it; tel. 02 49791176), che hanno preso in carico la trasmissione del presente documento.

Con i migliori saluti,

AC FIRM – Annunziata Conso Berneri Varani