

PILLS n. 4 - 2016

21/07/2016

Il “servizio di pagamento di bollettini” e
l’applicabilità della esenzione ex art. 12, c. 2, D.Lgs. n. 141/2010

Avv. Andrea Conso e Avv. Antonio Di Giorgio

KEY WORDS: IP; istituto di pagamento; pagamento bollettini; art. 12, c. 2, D.lgs.
141/2010; PSD; Banca d'Italia

1. Premessa.

Come noto la Payment Services Directive (Direttiva 2007/64/CE, cd. PSD) ha ridefinito il quadro giuridico comunitario per la prestazione dei servizi di pagamento.

La prassi applicativa della PSD ha fatto emergere alcuni temi interpretativi che, a diversi anni dal recepimento in Italia della disciplina comunitaria, non sembrano ancora trovare una pacifica soluzione. Ai fini della presente disamina, il riferimento va in particolare al perimetro di effettiva applicazione del regime di esenzione dall'iscrizione nell'elenco OAM (Organismo Agenti e Mediatori), per i soggetti che incassano fondi su incarico di prestatori di servizi di pagamento¹ nell'ambito della prestazione di

¹ Ai sensi dell'art. 114-sexies, D.lgs. n. 385/1993 (TUB) “la prestazione di servizi di pagamento è riservata alle banche, agli istituti di moneta elettronica e agli istituti di pagamento. Possono prestare servizi di pagamento, nel rispetto delle disposizioni ad essi applicabili, la Banca centrale europea, le banche centrali comunitarie, lo Stato italiano e gli altri Stati comunitari, le pubbliche amministrazioni statali, regionali e locali, nonché Poste Italiane”.

tali servizi, ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010². Il caso che più di altri ha posto la questione riguarda il cd. "Servizio di pagamento di bollettini"³.

E' noto, infatti, come il servizio di pagamento di bollettini sia comunemente reso da parte degli Istituti di Pagamento (di seguito anche "IP") mediante il ricorso al convenzionamento di esercenti sul territorio (i.e. enti commerciali che svolgono attività di agenzia postale, bar, tabacchi, etc.); si tratta di soggetti che di norma non sono in possesso della qualifica di agenti in attività finanziaria⁴, potendo ricorrere per loro l'esimente di cui all'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010. Tale modello di business, per quanto consolidato nella prassi di settore, sembra tuttavia destinato ad un profondo e rapido ripensamento.

Di recente, la Banca d'Italia sembrerebbe infatti indirizzata verso una lettura più restrittiva dell'art. 12 citato. Agli esercenti convenzionati verrebbe, infatti, riconosciuta la possibilità di godere del regime di esenzione, solo in presenza di un mandato all'incasso con efficacia solutoria conferito all'IP da parte dell'ente fatturatore⁵ (i.e. compagnie telefoniche, fornitori di luce e gas, etc.). In tutti gli altri casi, che costituiscono una prassi diffusa nel mercato⁶, l'esercente dovrebbe essere in possesso della qualifica di agente in attività finanziaria, dovendo l'IP avvalersi, per la prestazione fuori sede dei servizi di pagamento, solo di esercenti in possesso della qualifica di agenti in attività finanziaria.

Come meglio si avrà modo di riferire nel seguito, la posizione assunta dalla Autorità di settore non convince pienamente quantomeno in punto di diritto.

Di tale indirizzo interpretativo si è avuto sin qui evidenza unicamente dalla lettura dei provvedimenti emanati in sede di autorizzazione di nuovi IP, nell'ambito della diretta relazione tra IP autorizzati e la Vigilanza, ovvero anche ad esito delle verifiche ispettive presso soggetti già autorizzati. Per contro,

² L'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010, in particolare, dispone che "per l'esercizio dell'attività di incasso di fondi su incarico di soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di pagamento non è necessaria l'iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria, a condizione che detta attività sia svolta sulla base di un contratto di esternalizzazione, che ne predetermini le modalità di svolgimento, abbia carattere meramente materiale e in nessun caso sia accompagnata da poteri dispositivi".

³ Si tratta di un bollettino precompilato inviato dal creditore al debitore utilizzato da quest'ultimo per effettuare il pagamento in contanti o con altre modalità presso qualunque sportello bancario, a prescindere dal possesso o meno di un conto di pagamento.

⁴ Si tratta di agenti in attività finanziaria iscritti alla sezione "ordinaria" o "speciale" dell'Elenco tenuto dall'OAM. In particolare, nella sezione speciale dell'Elenco sono tenuti ad iscriversi gli agenti che prestano esclusivamente i servizi di pagamento.

⁵ Si tratta, in particolare, di un accordo tra prestatore dei servizi di pagamento ed ente fatturatore, che autorizza il primo a ricevere l'incasso dei fondi per conto del fatturatore beneficiario e ricade nella esenzione dall'applicazione del D.lgs. n. 11/2010 (cfr. art. 2, c. 2 del citato Decreto).

⁶ La possibilità per un IP di ottenere un mandato all'incasso da parte dell'ente fatturatore, risulta di per sé ipotesi piuttosto rara nel mercato; essendo appannaggio di Banche o comunque di IP con volumi di operazioni di pagamento piuttosto elevate.

manca ancora una fonte normativa che, con portata generale, consenta di cristallizzare per tutti gli operatori del mercato un trattamento omogeneo, e con esso il perimetro di corretta applicazione dell'esimente di cui all'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010. Circostanza, quest'ultima, che sul piano fattuale determina una rilevante asimmetria di trattamento tra le imprese del settore, con evidenti ricadute sulla competitività dei nuovi operatori del mercato.

2. Contesto normativo e applicabilità dell'art. 12, c. 2, D.Lgs. n. 141/2010.

A mente del D.lgs. n. 11/2010 la prestazione dei servizi di pagamento é strumentale all'esecuzione di operazioni di pagamento, che rappresentano trasferimenti di fondi disposti su iniziativa del pagatore o del beneficiario⁷. Qualsiasi trasferimento di fondi, ove non esplicitamente compreso nell'ambito di applicazione negativo dell'art. 2, c. 2, D.Lgs. n. 11/2010, è quindi riconducibile alla definizione di operazione di pagamento e può essere prestato solo da soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di pagamento. Il servizio di pagamento di bollettini, pertanto, trattandosi di una "esecuzione di un ordine di pagamento"⁸ (i.e. l'ordine con cui è chiesta l'esecuzione di un'operazione di pagamento), ricade a pieno titolo nel novero dei servizi di pagamento di cui all'art. 1, c. 1, lett. b), n. 3 del D. Lgs. n. 11/2010⁹.

⁷ Nello specifico l'art. 1, c. 1, lett. c), D.lgs. n. 11/2010 dispone che è un'operazione di pagamento "l'attività, posta in essere dal pagatore o dal beneficiario, di versare, trasferire o prelevare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra pagatore e beneficiario".

⁸ Cfr. anche il comunicato stampa della Banca d'Italia del 20 aprile 2012.

⁹ I servizi di pagamento sono indicati all'art. 1, c.1, lett. b) del D.lgs. n. 11/2010, segnatamente:

- "1) servizi che permettono di depositare il contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento;
- 2) servizi che permettono prelievi in contante su un conto di pagamento nonché tutte le operazioni richieste per la gestione di un conto di pagamento;
- 3) esecuzione di ordini di pagamento, incluso il trasferimento di fondi, su un conto di pagamento presso il prestatore di servizi di pagamento dell'utilizzatore o presso un altro prestatore di servizi di pagamento:
 - 3.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum;
 - 3.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi;
 - 3.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti;
- 4) Esecuzione di operazioni di pagamento quando i fondi rientrano in una linea di credito accordata ad un utilizzatore di servizi di pagamento:
 - 4.1. esecuzione di addebiti diretti, inclusi addebiti diretti una tantum;
 - 4.2. esecuzione di operazioni di pagamento mediante carte di pagamento o dispositivi analoghi;
 - 4.3. esecuzione di bonifici, inclusi ordini permanenti;
- 5) emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento;
- 6) rimessa di denaro;
- 7) esecuzione di operazioni di pagamento ove il consenso del pagatore ad eseguire l'operazione di pagamento sia dato mediante un dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico e il pagamento sia effettuato all'operatore del sistema o della rete di telecomunicazioni o digitale o informatica che agisce esclusivamente come intermediario tra l'utilizzatore di servizi di pagamento e il fornitore di beni e servizi".

Il provvedimento della Banca d'Italia, "Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010", considera l'anzidetto servizio di pagamento di bollettini il risultato di un'operazione complessa (cfr. paragrafo 2.1.2 del Provvedimento), precisando, in particolare, che ciascun segmento che compone tale operazione debba essere considerato separatamente, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del D.Lgs. n. 11/2010. Segnatamente, ai sensi del richiamato Provvedimento della Banca d'Italia, è definita operazione complessa quella che si realizza, nel caso di pagamento di bollettini effettuato presso un soggetto incaricato della riscossione dal creditore/beneficiario, attraverso:

- la prima operazione di consegna dei fondi da parte del pagatore al soggetto incaricato della riscossione (i.e. incasso di fondi);
- la seconda operazione di trasferimento della somma dal soggetto incaricato (i.e. istituto di pagamento) al creditore/beneficiario (i.e. trasferimento fondi).

Ove, nella prima operazione, con la consegna dei fondi il pagatore sia liberato dall'obbligazione sottostante nei confronti del creditore, si è in presenza di un pagamento con effetto c.d. "solutorio" (e non quindi di un "ordine di pagamento") a cui non si applicano i presidi di cui al Titolo II del D.Lgs. n. 11/2010. Nella seconda operazione, diversamente, il trasferimento dei fondi può costituire un servizio di pagamento e richiedere, quindi, l'intervento di un prestatore in possesso dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività. L'operazione complessa è dunque una combinazione tra operazioni contigue (pagamento liberatorio da parte del debitore al soggetto incaricato della riscossione) e servizi di pagamento (il trasferimento di fondi disposto dall'incaricato alla riscossione al creditore).

Fermo restando il generale obbligo per l'IP di avvalersi di agenti OAM per la promozione e conclusione di contratti relativi alla prestazione dei servizi di pagamento fuori sede, come anticipato, l'art. 12, c. 2 del D.Lgs. n. 141/2010 introduce una eccezione: *"per l'esercizio dell'attività di incasso di fondi su incarico di soggetti autorizzati alla prestazione di servizi di pagamento [i.e. anche IP] non è necessaria l'iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria, a condizione che detta attività sia svolta sulla base di un contratto di esternalizzazione, che ne predetermini le modalità di svolgimento, abbia carattere meramente materiale e in nessun caso sia accompagnata da poteri dispositivi"*. La lettera della norma appare piuttosto chiara, quanto in particolare alle condizioni al verificarsi delle quali la cd. "eccezione" possa essere invocata.

Si è detto, tuttavia, in premessa di come la portata della precisata norma in commento sia oggetto di una interpretazione piuttosto restrittiva da parte della Vigilanza, tesa a richiedere che i soggetti che operano (fuori sede) per conto dell'IP e che ricevono i fondi della clientela debbano essere necessariamente agenti in attività finanziaria, ove all'operazione di pagamento non si accompagni la

contestuale efficacia solutoria del debito nei confronti del beneficiario. In altre parole, la posizione in esame esclude si possa configurare come attività di “mero incasso”, il pagamento di bollettini effettuato dal cliente dell'IP per il tramite dell'esercente convenzionato, quando con tale pagamento non si estingua contestualmente il debito nei confronti del beneficiario (compagnia telefonica, fornitore di servizi luce e gas, etc.), mancando un accordo a monte con l'ente fatturatore. Da cui la conseguenza di dover considerare detta specifica attività come un autonomo servizio di pagamento, a cui si accompagnerebbe l'impossibilità per gli esercenti convenzionati con l'IP di invocare l'applicazione dell'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010.

Tale interpretazione tuttavia non convince. Dirimenti al riguardo paiono le seguenti considerazioni:

- la stessa lettera dell'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010 non richiede, tra le condizioni necessarie per la sua applicazione, la conclusione di una convenzione (i.e. mandato all'incasso con efficacia solutoria) della specie; e, in aggiunta,
- non sembra esserci espressa traccia, nella disciplina di settore, della necessità di una convenzione tra IP e fatturatori quale garanzia che il pagamento dei bollettini effettuato dal cliente per il tramite degli esercenti estingua automaticamente il debito nei confronti degli anzidetti fatturatori beneficiari.

L'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010 si limita, in particolare, a richiedere che sia stipulata una convenzione di esternalizzazione tra IP e esercente, che predetermini le modalità di incasso dei fondi, con “*carattere meramente materiale e in nessun caso [...] accompagnata da poteri dispositivi*”. Talché, ove siano rispettate tutte le predette condizioni, l'esenzione può trovare applicazione.

Volendo comunque ulteriormente approfondire l'indirizzo restrittivo descritto in narrativa, si rappresenta che dalla definizione di operazione complessa (cfr. quanto precisato in precedenza) e dall'indirizzo della Autorità sembrano potersi ricavare i seguenti scenari:

- la presenza di specifica convenzione tra il soggetto incaricato della riscossione (i.e. istituto di pagamento) e gli enti fatturatori, e l'automatica efficacia liberatoria dell'operazione di pagamento disposta dall'utente al citato incaricato, non farebbe rientrare l'operatività di incasso dei fondi degli esercenti nell'alveo dei servizi di pagamento; operazione a cui dunque non si applicherebbero le prescrizioni del D.lgs. n. 11/2010 e la relativa normativa di attuazione;
- l'assenza di una specifica convenzione tra IP e fatturatori e l'efficacia non liberatoria dell'ordine di pagamento disposto dall'utente presso l'esercente, sarebbe un criterio decisivo per configurare l'attività svolta dalla rete di esercenti non come un mero servizio di incasso, ma come un vero e proprio servizio di pagamento.

In quest'ultimo caso, in assenza di convenzione ed efficacia solutoria della disposizione ("ordine di pagamento") effettuata dall'utente, pertanto, ricorrerebbero i presupposti per configurare entrambe le operazioni di incasso e di trasferimento di fondi (si vedano la prima e la seconda operazione della citata operazione complessa) come servizi di pagamento di "esecuzione di ordini di pagamento". Conseguentemente, se entrambe le anzidette attività di incasso e trasferimento fondi sono un servizio di pagamento, trattandosi di operatività riservata, devono essere prestate da un soggetto con la qualifica di prestatore di servizi di pagamento. In via deduttiva, pare potersi sostenere che la normativa consenta all'IP di avvalersi nello specifico per l'attività di incasso qualora sia prestata fuori dalle sedi del medesimo:

- degli agenti in attività finanziaria, iscritti nella sezione ordinaria o speciale dell'elenco OAM, in quanto soggetti abilitati alla promozione e conclusione di contratti relativi a servizi di pagamento su mandato di un prestatore di servizi di pagamento; ma anche
- degli esercenti, in ragione della esenzione ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010 dall'iscrizione nell'elenco degli agenti in attività finanziaria, che prevede per taluni soggetti la possibilità di incassare i fondi su incarico di prestatori di servizi di pagamento autorizzati.

Diversamente opinando, l'esimente ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010, non troverebbe mai applicazione per il modello di business della specie. Ciò dal momento che l'operazione di incasso di fondi, in presenza di un accordo a monte tra IP e fatturatore (primo scenario), non sarebbe considerata un servizio di pagamento e pertanto:

- da un lato, non costituendo attività riservata, non sarebbe soggetta alle prescrizioni del D.lgs. n. 11/2010;
- dall'altro, non richiederebbe il ricorrere della deroga ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010, in quanto non ci sarebbe alcuna promozione o conclusione di contratti relativi alla prestazione di servizio di pagamenti.

In ultimo, si aggiunge che nella stessa disciplina secondaria non sembra rinvenirsi alcuna espressa specificazione che possa in qualche modo limitare o impedire il ricorso della deroga prevista dalla legge, ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010 nelle ipotesi di incasso dei fondi anche in assenza di accordo a monte tra fatturatore e prestatore di servizi di pagamento. Altresì, risulta difficile comprendere, nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano, come una prescrizione normativa primaria (quale quella ex D.lgs. n. 141/2010) possa essere derogata o disapplicata in ragione di una disciplina di rango

secondario (i.e. Provvedimento della Banca d'Italia "Attuazione del Titolo II del Decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento - Diritti ed obblighi delle parti -).

3. Conclusioni.

Lo scenario che si prospetta offre più di uno spunto critico sia sul piano fattuale e di mercato, sia in punto di diritto.

Per quanto riguarda il primo aspetto, appare evidente lo squilibrio competitivo tra i diversi operatori del mercato, ove si consideri che in assenza di una disposizione di portata generale che regoli in modo omogeneo l'applicazione dell'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010, pur a parità di modello di business, ad alcuni IP sembrerebbe preclusa la possibilità di implementare una rete di esercenti convenzionati, che non siano agenti in attività finanziaria iscritti agli elenchi dell'OAM.

Sul piano normativo, in secondo luogo, tale condizione contrasta con l'art. 12 citato che nel suo tenore letterale può trovare applicazione, purché ovviamente siano rispettate tutte le condizioni ivi richiamate, anche in assenza di una "convenzione" che attribuisca ai pagamenti efficacia solutoria. Quest'ultima non è infatti tra le condizioni richieste dalla normativa di riferimento. Talché, come è stato in passato e tutt'ora è per qualche IP, gli esercenti convenzionati potrebbero continuare a incassare fondi per conto degli IP medesimi, anche in assenza di iscrizione agli elenchi tenuti dall'OAM, purché in presenza di una convenzione di esternalizzazione, che predetermini le modalità di svolgimento dell'attività, abbia carattere meramente materiale e in nessun caso sia accompagnata da poteri dispositivi.

La questione dell'applicabilità dell'esimente ex art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010, resta piuttosto ampia e dibattuta, nonché all'attenzione della Associazione Italiana Istituti di Pagamento e di Moneta Elettronica (AIIIP), che ha invocato un intervento risolutivo da parte dell'Autorità nazionale. Sul tema, altresì, non sembra nemmeno potersi attendere alcuna soluzione dalla PSD2, tenuto conto del tenore delle disposizioni.

Una circolare interpretativa della Autorità di Vigilanza pare dunque più che mai opportuna, ancorché tenuto conto dei limiti di competenza e del rispetto della gerarchia delle fonti, la decisione di limitare l'ambito di applicazione dell'art. 12, c. 2, D.lgs. n. 141/2010 resta, a parere di chi scrive, probabilmente ad appannaggio di un intervento del legislatore, con una norma di rango primario.

In ogni caso, un intervento normativo sulla questione dovrebbe porsi il fine di delimitare una discrezionalità interpretativa della esenzione e di garanzia di tutte le implicazioni regolamentari sulla tutela del mercato dei pagamenti e della clientela, nonché, non per ultimo, consentire agli operatori di pianificare sotto un profilo organizzativo ed economico l'evoluzione del modello di business attualmente in essere.