

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

LUGLIO/SETTEMBRE

2022

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, GABRIELLA CAZZETTA, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SEGRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, EUGENIA MACCHIAVELLO, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, CHIARA PRESCIANI, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA, GIULIA TERRANOVA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI.

LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

La maggiore convergenza nel *negative scope* della PSD2: i nuovi criteri applicativi della “limited network exclusion”

SOMMARIO*: 1. Il “negative scope” della PSD2 e la “Limited Network Exclusion” – 1.1. Le diverse ipotesi rilevanti di utilizzabilità “limitata” di “specifici strumenti di pagamento” – 2. Impianto e generale assetto delle linee guida EBA sulla LNE – 3. La “rete limitata” di prestatori di servizi – 4. La “gamma limitata” di beni e servizi – 5. L’applicazione della LNE da parte di soggetti regolamentati – 6. Conclusioni

1. Il “negative scope” della PSD2 e la “Limited Network Exclusion”

La disciplina dei servizi di pagamento nel mercato interno trova la sua più recente compiuta “*codificazione*”, a livello di norme unionali, nella nota seconda direttiva UE in materia (la c.d. PSD 2)¹, come emendata dal relativo *corrigendum* del 2018², e recepita in Italia ai sensi del D.lgs. 15.12.2017, n. 218³ e dell’associato D.lgs. 8 aprile 2020, n.

* Il presente saggio è frutto di una riflessione congiunta degli autori, tuttavia i paragrafi 2, 3 e 6 sono da attribuire a Vincenzo Troiano e i paragrafi 1, 1.1, 4 e 5 sono da attribuire a Simone Mezzacapo.

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.

² Cfr. Rettifica della 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 (Gazzetta ufficiale dell’Unione europea L 102, 23.4.2018, p. 97 - 98).

³ Decreto Legislativo 15 dicembre 2017, n. 218, 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

36⁴ recante relative disposizioni correttive ed integrative alla luce del suddetto *corrigendum* UE⁵.

In particolare, il recepimento della PSD2 è stato attuato attraverso la modifica – principalmente – di una serie di disposizioni del Testo Unico Bancario (TUB)⁶, essenzialmente in materia di autorizzazione e supervisione dei Prestatori dei Servizi di Pagamento, nonché del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11⁷ (*i.e.* relativamente alle regole di trasparenza, di *conduct of business* e protezione degli utenti nella prestazione dei servizi di pagamento) con cui era stata, all'epoca, recepita la prima direttiva UE in materia (la c.d. PSD1)⁸ ora abrogata e sostituita appunto dalla PSD2, con effetto a decorrere dal 13 gennaio 2018.

Ciò premesso, vale tuttavia rilevare che la PSD2, benché si caratterizzi per il notevole ampliamento, rispetto alla PSD1,

⁴ Decreto Legislativo 8 aprile 2020, n. 36, disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, nonché di adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

⁵ In materia si rinvia *ex multis* a: AA.VV., *L'attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento e "open banking" – The transposition of PSD2 and open banking*, E. Bani, V. De Stasio, A. Sciarrone Alibrandi (a cura di), Bergamo, 2021; AA.VV., *Innovazione e regole nei pagamenti digitali. Il bilanciamento degli interessi nella PSD2*, M.C. Paglietti e M.I. Vangelisti (a cura di), Roma, 2020; AA.VV., *The Payment Services Directive II. A Commentary, Commentaries in Financial Law series*, G. Gimigliano e M. Božina Beroš (a cura di), Cheltenham, 2021; AA.VV., *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, cripto valute e rivoluzione digitale*, F. Maimeri e M. Mancini (a cura di), Banca d'Italia, *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 87, 2019; BANCA D'ITALIA, *PSD2 e Open Banking, nuovi modelli di business e rischi emergenti*, Novembre 2021;

⁶ Decreto Legislativo 1° settembre 1993, n. 385, Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia.

⁷ 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.

⁸ 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. Per una dettagliata analisi delle relative disposizioni si rinvia a AA.VV., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento (Commento al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11)*, M. Mancini, M. Rispoli Farina, V. Santoro, A. Sciarrone Alibrandi, O. Troiano (a cura di), Torino, 2011, *passim*.

dell'ambito di applicazione della disciplina unionale in materia di servizi di pagamento, tuttavia anch'essa non reca in realtà una regolamentazione completa, esauriente, autonoma e autosufficiente dei pagamenti al dettaglio nel "mercato interno" dell'UE.

Da un lato, è necessario, infatti, mettere preliminarmente in evidenza che, dal punto vista del relativo ambito di applicazione "positivo", le disposizioni della PSD2 regolano, a ben vedere, "solamente" i servizi di "trasferimento" di "fondi", ossia quei servizi che consentono di eseguire le operazioni consistenti nel "*collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore e il beneficiario*" (cfr. art. 4, n. 5, PSD2). Ne consegue, sotto questo profilo, che la PSD2 e le relative norme nazionali di recepimento si applichino in parallelo ad una serie di altre norme UE e nazionali aventi ad oggetti i "pagamenti". Nel caso dell'ordinamento italiano si debbono aver presente, ad esempio, le disposizioni del codice civile in materia di obbligazioni pecuniarie⁹, quelle del *Codice del Consumo* di cui al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 sulle spese e le tariffe per l'utilizzo di determinati strumenti di pagamento, quelle del D.lgs. 15 marzo 2017, n. 37 sul "*conto di pagamento di base*"¹⁰ e, non ultime, quelle del *Codice delle comunicazioni elettroniche* di cui D.lgs. 1 agosto 2003, n. 259 (es. in materia di *mobile payments*)¹¹ e del *Codice*

⁹ Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment services directive 2007/64/CE*, in Banca d'Italia, *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, M. Mancini e M. Perassi (a cura di), *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale*, n. 63, 2008, 61.

¹⁰ Decreto legislativo 15 marzo 2017, n. 37, Attuazione della direttiva 2014/92/UE, 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. Al riguardo 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 tit. cred.*, 6, 2017, 787 e ss.

¹¹ In particolare con l'espressione "*mobile payments*" si fa in genere riferimento ad un fenomeno composito che abbraccia non solo i "*Mobile Remote Payments*" o "*Mobile Proximity Payments*" in senso stretto, ma anche il "*Mobile Commerce*" e il "*Mobile Money Transfer*", in tal senso cfr. R. MENZELLA, *Il ruolo dei big data e il mobile payment*, in AA.VV., *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, cripto valute e rivoluzione digitale*, cit., 153.

del terzo settore di cui al D.lgs. 3 luglio 2017, n. 117¹² (in materia di donazioni per attività caritatevoli).

Per altro verso, la PSD2 ridefinisce anche il c.d. “*negative scope*” del diritto unionale della materia dei servizi di pagamento (al dettaglio), recando segnatamente – nel relativo art. 3 – un apposito elenco di fattispecie al ricorre delle quali la PSD2 espressamente “non si applica”. Benché alcune dell’esclusioni elencate nell’art. 3 della PSD2 ricalchino testualmente quelle già stabilite nella PSD1, in diversi casi è dato riscontrare invece delle sostanziali modifiche e integrazioni alle fattispecie appartenenti al “*negative scope*” della disciplina di settore ai sensi della PSD1. Gli scopi essenzialmente perseguiti al riguardo con la PSD2 sono non solo quello di assicurare una maggiore armonizzazione e certezza del diritto nell’ambito del mercato interno su un aspetto così delicato, ma anche di limitare – appunto tramite un intervento normativo unionale di tipo restrittivo – le eccessivamente ampie interpretazioni e prassi applicative riscontrate in alcuni Stati Membri circa gli effettivi elementi costitutivi ed estensione di alcune di dette fattispecie di esclusione dallo speciale e armonizzato *framework* normativo di cui alla PSD2.

Per quanto riguarda, ad esempio, il caso dell’utilizzo degli “*agenti commerciali*”, per far fronte al fatto che la relativa esclusione è stata applicata in modo molto variegato nei diversi Stati Membri (e soprattutto spesso ben al di là dell’ambito per cui questa era stata prevista nella PSD1¹³), ai sensi dell’art. 3(b) della PSD2 è stato ora

¹² Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Codice del Terzo settore, a norma dell’art. 1, co. 2, lett. b), della legge 6 giugno 2016, n. 106.

¹³ In particolare è stato al riguardo specificamente considerato che la «esclusione dall’ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE delle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale per conto del pagatore o del beneficiario è applicata con modalità molto diverse negli Stati membri. Alcuni Stati membri consentono di applicare tale esclusione 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. Tale applicazione dell’esclusione va al di là dell’ambito di applicazione previsto in tale direttiva e può far aumentare i rischi per i consumatori, poiché tali prestatori non sono soggetti alle norme sulla protezione garantita dal quadro giuridico. Prassi divergenti nell’applicazione producono inoltre un effetto distorsivo della concorrenza nel mercato dei pagamenti. Per rispondere a tali preoccupazioni, l’esclusione dovrebbe applicarsi ove gli agenti agiscano soltanto per conto del pagatore o soltanto per conto del beneficiario, indipendentemente dal fatto

precisato che la pertinente esclusione è applicabile solo a condizione che l'agente commerciale non entri mai in possesso dei fondi dei clienti (potendo in questo caso anche operare contestualmente per conto del pagatore e del beneficiario di un pagamento) oppure che questo agisca per conto del solo pagatore o del solo beneficiario di un pagamento (a prescindere in questo caso dal fatto che l'agente entri o no in possesso dei fondi dei clienti).

Anche il contenuto e l'estensione della c.d. “*telecom exclusion*” di cui all'art. 3(1) della PSD2, un'ipotesi di esclusione divenuta sempre più centrale in un contesto di mercato sviluppo del *Fintech* (in quanto relativa appunto a talune operazioni di pagamento eseguite tramite dispositivi di telecomunicazione o di tecnologia dell'informazione, ovvero a talune “operazioni di pagamento da parte di un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica realizzate in aggiunta a servizi di comunicazione elettronica per un abbonato alla rete o al servizio”), risultano essere significativamente modificati rispetto alla PSD1 in senso più dettagliato e prescrittivo, anche in questo caso allo specifico fine di “chiarire e restringere la portata dell'ammissibilità di tale esclusione”¹⁴ rispetto all'eccessiva disomogeneità applicativa osservata in merito tra i vari Stati Membri¹⁵.

In particolare, ai sensi dell'art. 3(1) della PSD2 il legislatore europeo ha precisato che “i tipi” di operazioni di pagamento a cui si applica tale “*telecom exclusion*” sono di norma e tipicamente i micropagamenti connessi all'acquisto di “*contenuti digitali*” e di “*servizi a tecnologia vocale*”, nonché le operazioni di pagamento per l'acquisto in tempo reale e in mobilità (es. tramite *smartphones* e dispositivi analoghi) di “*biglietti*” elettronici riferiti alla prestazione di servizi di vario tipo,

che siano o meno in possesso dei fondi dei clienti. 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» (considerando n. 11 della PSD2).

¹⁴ Cfr. considerando 15 della PSD2.

¹⁵ Anche in questo caso è stato riscontrato infatti che taluni elementi di ambiguità nella formulazione delle pertinenti disposizioni della PSD1 avrebbero fatto sì che tale esclusione sia “stata applicata in maniera disomogenea dai diversi Stati membri, determinando 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).

oppure “*nel quadro di un’attività di beneficenza*” (i.e. donazioni a favore di apposite organizzazioni caritatevoli). Ciò posto, è stato introdotto contestualmente anche un limite quantitativo al valore delle operazioni di pagamento eseguibili in applicazione di tale ipotesi di esclusione (sia singolarmente che cumulativamente su base mensile)¹⁶, così da mantenere la possibilità di utilizzo di detta esclusione entro gli ambiti “fisiologici” per i quali è stata contemplata e segnatamente “limitarla chiaramente ai pagamenti con basso profilo di rischio”¹⁷.

Oltre a rimodulare queste importanti specifiche ipotesi di esclusione appena elencate, la PSD2 interviene altresì a meglio definire rispetto alla PSD1, anche in questo caso in senso più restrittivo, l’ampia fattispecie di esclusione dalla disciplina unionale dei servizi di pagamento *retail* costituita dalla c.d. “*limited network exclusion*” (in seguito, “LNE”) di cui all’art. 3(k) della PSD2 stessa, ossia l’esclusione dall’ambito di applicazione della PSD2 dei servizi basati su specifici strumenti di pagamento “*utilizzabili solo in modo limitato*”. Rispetto alle altre ipotesi di esclusione dalla PSD2, questa della LNE si caratterizza specificamente per il fatto di svolgere (anche in ragione della sua portata trasversale e generica applicabilità a situazioni anche molto eterogenee¹⁸) un ruolo da considerare pivotale nella definizione e nella “tenuta” regolatoria del “*negative scope*” della disciplina unionale dei servizi di pagamento *retail* nel suo complesso e del conseguente collocamento sistemico della disciplina stessa nell’ambito dell’ordine giuridico del mercato interno.

L’ampio ed eterogeneo utilizzo (anche in termini di volumi e valori di pagamento) fatto nella LNE nei diversi Stati Membri è stato

¹⁶ In particolare è stato stabilito che la *telecom exclusion* si applica alle tipologie di operazioni di pagamento sopra indicate solo *sub* condizione che «il valore di ogni singola operazione di pagamento» in questione «non superi 50 EUR e: – il valore complessivo delle operazioni di pagamento non superi, per un singolo abbonato, 300 EUR mensili; o – qualora l’abbonato prealimenti il proprio conto presso il fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica, il valore complessivo delle operazioni di pagamento non superi 300 EUR mensili».

¹⁷ Cfr. considerando n. 16 della PSD2.

¹⁸ Vale infatti al riguardo evidenziare che le «informazioni provenienti dal mercato dimostrano che le attività di pagamento soggette all’esclusione relativa alle reti limitate spesso implicano volumi e valori di pagamento significativi e offrono ai consumatori centinaia o migliaia di prodotti e servizi diversi» (considerando n. 13 della PSD2).

considerato, infatti, non conforme alla finalità per la quale la LNE era stata introdotta nella PSD1, con conseguenti “maggiori rischi e [...] mancata protezione giuridica per gli utenti di servizi di pagamento, in particolare per i consumatori, nonché [...] chiari svantaggi per gli operatori di mercato soggetti a regolamentazione”¹⁹.

1.1. *Le diverse ipotesi rilevanti di utilizzabilità “limitata” di “specifici strumenti di pagamento”.*

Innanzitutto, come ora ben più chiaramente desumibile dalla formulazione testuale e dalla struttura dell’art. 3(k) della PSD2 (rispetto al corrispondente all’art. 3(k) della PSD1) quella genericamente qualificata come LNE risulta essere piuttosto un *genus* che comprende, a ben vedere, tre sottospecie di possibili esclusioni accumulate dall’elemento della “utilizzabilità” sotto diversi aspetti “limitata” di “specifici strumenti di pagamento”²⁰ e applicabili queste, tra l’altro, solo in modo disgiunto, ovvero alternativamente tra loro.

La limitata utilizzabilità, ovvero “spendibilità”, di tali strumenti può derivare in particolare, e soprattutto in alternativa, dal fatto che gli strumenti in questione: *a)* consentono l’acquisto di beni/servizi solamente presso una “rete limitata” di determinati rivenditori o prestatori di servizi, ossia presso un determinato insieme di soggetti “collegati”, *rectius* “legati” della necessaria esistenza di un “accordo commerciale”²¹ (art. 3(k)(i) della PSD2); *b)* consentono unicamente di acquistare una “gamma molto limitata di beni o servizi” tra loro in qualche modo “collegati”, indipendentemente quindi, in questo caso, dall’esistenza di un necessario collegamento tra i relativi *merchant* e/o

¹⁹ Considerando n. 13 della PSD2.

²⁰ In particolare ne risulta che gli «strumenti di pagamento rientranti nell’esclusione relativa alle reti limitate potrebbero annoverare tessere clienti, carte carburante, tessere di membro, tessere per i mezzi di trasporto pubblici, biglietti per il parcheggio, buoni pasto o buoni per servizi specifici, che talvolta sono oggetto di disposizioni specifiche di diritto fiscale o del lavoro volte a promuovere l’uso di tali strumenti per raggiungere gli obiettivi previsti dalla legislazione sociale» (considerando n. 14 della PSD2).

²¹ Accordo questo che può, ad esempio, prevedere «l’uso di un singolo marchio di pagamento e tale marchio di pagamento è utilizzato nei punti vendita e figura - ove possibile - sullo strumento di pagamento che può essere ivi utilizzato» (considerando n. 13 della PSD2).

dall'ubicazione dei punti vendita (art. 3(k)(ii) della PSD2); *c*) sono validamente utilizzabili solo in un singolo Stato Membro e ivi soggetti a norme speciali in ragione dei relativi “*specifici scopi sociali o fiscali*” per l'acquisto di beni o servizi specifici presso una rete limitata di soggetti (art. 3(k)(iii) della PSD2).

Ne risulta un *framework* regolatorio rimodulato *in parte qua* allo scopo di dare maggiore effettività al principio che laddove uno strumento di pagamento “limitato” evolva, o possa agevolmente evolvere, verso un “uso generale” o illimitato allora anche la LNE deve conseguentemente cessare di essere applicabile. Specularmente, la LNE non dovrebbe applicarsi, *ab initio* o in seguito, a strumenti di pagamento utilizzabili presso una “*rete limitata*” di *merchant* “collegati” nel caso in cui la “rete” in questione sia però destinata ad una “continua crescita”²².

In quest'ottica, al fine di consentire un più effettivo controllo, ed eventuali contestazioni, circa la corretta applicazione della LNE²³ (così come della *telecom exclusion*), ai sensi dell'art. 37(2) della PSD2 è stato altresì introdotto, a carico dei soggetti che svolgono una, o entrambi, delle suddette attività di cui all'art. 3(k), *punti i* e *ii*), della PSD2, un obbligo di notificare alle autorità nazionali competenti determinate informazioni circa i servizi offerti nell'ambito di tali attività, con specifica indicazione “in base a quale esclusione di cui all'articolo 3, lettera k), punti i) e ii), l'attività si considera svolta”. Tale obbligo di notifica si applica in particolare solo laddove il valore delle operazioni di pagamento eseguite riferibili a tali casi di LNE superi un determinata soglia di rilevanza in un certo arco temporale (attualmente posta pari all'importo di 1 milione di euro nei precedenti dodici mesi)²⁴.

Scopo precipuo di tale notifica è, in definitiva, quello dare avvio ad un procedimento dinanzi all'Autorità competente, a conclusione del quale quest'ultima deve adottare una “*decisione motivata*” circa l'eventuale non conformità dell'attività notificata con le pertinenti condizioni di cui all'art. 3(k) della PSD2 e la conseguente non applicabilità della LNE (o della *telecom exclusion*), informandone il prestatore di servizi notificante. Rimane invece del tutto estraneo

²² Cfr. considerando n. 14 della PSD2.

²³ Cfr. Considerando n. 20 della PSD2.

²⁴ In generale al riguardo cfr. N. DIVISSENKO e G. GIMIGLIANO, *Title II 'Payment Service Providers', Chapert 2 'Common Provisions' (arts 35-37), op. cit., 99-102.*

all'obbligo di notificata di cui all'art. 37(2) della PSD2, e al conseguente *assessment* da parte delle Autorità competenti, il caso di esclusione *sub* art. 3(k)(iii) della stessa PSD2²⁵.

Ai sensi delle disposizioni legislative di attuazione di tale nuovo obbligo di notifica *ex* art. 37 della PSD2, la Banca d'Italia, in qualità di autorità nazionale competente per l'Italia, ha quindi adottato apposite disposizioni secondarie circa le modalità e i termini per l'invio delle informazioni da notificare, alla stessa Banca d'Italia affinché la medesima autorità possa svolgere la suddetta valutazione di conformità ai criteri della LNE (cfr. Provvedimento Banca d'Italia 11 ottobre 2018, recante "Attuazione dell'articolo 2, comma 4-*bis*, del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento"²⁶ come da ultimo modificato, proprio in considerazione delle *guidelines* EBA in commento, con Provvedimento della stessa Banca d'Italia del 5 aprile 2022 ed entrato in vigore il 17 aprile 2022²⁷).

Da tale punto di vista, significativo è il fatto che, rispetto all'approccio regolamentare della PSD1, la PSD2 oltre a voler meglio chiarire, e in definitiva restringere, l'area del suo "*negative scope*" mira anche ad attribuire alle Autorità di vigilanza del settore dei pagamenti una maggiore "visibilità" anche su questo "lato nascosto" del settore in

²⁵ Ciò risponde verosimilmente ad una scelta di *policy* derivante dal fatto che tale ipotesi di esclusione riguarda appunto strumenti di pagamento regolamentati da «national or regional authorities acting in their capacity as public authorities for fiscal or social purposes. [...]. Pertanto, [...] No further public control at national level is needed», N. DIVISSENKO e G. GIMIGLIANO, *Title II 'Payment Service Providers', Chapter 2 'Common Provisions' (arts 35-37)*, *op. cit.*, 100. Tale impostazione è confermata anche dalle recenti *Guidelines on the limited network exclusion under PSD2* (EBA/GL/2022/02) pubblicate dall'EBA il 24 febbraio 2022. Ai sensi, infatti, della relativa *guideline* n. 7 è indicato che «[c]ompetent authorities should not require the payment instruments falling within the scope of Article 3(k)(iii) of PSD2 to fulfil the requirements applicable to the instruments excluded under Article 3(k)(i) and (ii) of PSD2».

²⁶ Al riguardo cfr. F. PORTA, *Obiettivi e strumenti della PSD2*, in AA.VV., *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, cripto valute e rivoluzione digitale*, cit., 37; C. IACOMINI e S. MEZZACAPO, *The transposition of the PSD2 in Italy: policies and rules*, in AA.VV., *The Payment Services Directive II. A Commentary, Commentaries in Financial Law series*, cit., 402.

²⁷ Cfr. Banca d'Italia, Provvedimento 5 aprile 2022, provvedimento di attuazione dell'articolo 2, comma 4-*bis*, del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010, relativo ai servizi di pagamento, in G.U.R.I del 16 aprile 2022, serie generale n. 90.

questione. Pur confermando infatti che alcune fattispecie debbano rimanere al di fuori dal *framework* regolatorio dei servizi di pagamento, la PSD2 interviene in definitiva a prescrivere (ai sensi di detto art. 37) che le Autorità di settore debbano comunque poter conoscere e valutare anche ciò che accade in “prossimità” dell’ambito di applicazione *core* della disciplina di settore, in particolare proprio nelle aree oggetto della LNE e della *telecom exemption*.

Al di là dell’obiettivo di mitigare la suddetta difformità riscontrata negli approcci nazionali degli Stati Membri nell’applicazione delle esclusioni di cui al “*negative scope*”, tutto ciò risulta funzionale anche a far fronte al fatto che un’insopprimibile fonte di possibile incertezza e mutevolezza nell’applicazione armonizzata della disciplina UE della materia dei servizi di pagamento *retail* e concreta perimetrazione del relativo “*negative scope*” è costituita anche dal continuo sviluppo dello stesso settore dei pagamenti elettronici e dalla rapidità delle pertinenti innovazioni tecnologiche²⁸ che stressano nel *continuum* la tenuta e la coerenza del pertinente *framework* regolamentare.

Risulta quindi particolarmente opportuna l’implementazione di meccanismi anche formali d’interlocuzione con le Autorità competenti in merito alla corretta e armonizzata applicazione in concreto delle norme di settore e delle relative ipotesi di esclusione, in particolare con riguardo alla LNE, senza lasciare quindi le relative valutazioni all’esclusivo *self-assessment* dei soggetti interessati, contribuendo così anche per questa via alla maggiore uniformità nell’ambito del “mercato interno” delle pratiche e delle condotte d’impresa degli operatori e delle tutele per gli utenti²⁹.

In tale contesto e in coerenza con tale *policy approach*, in considerazione dei numerosi quesiti interpretativi ricevuti circa l’applicazione dell’esclusione di cui all’art. 3(k) e l’adempimento degli associati obblighi di notifica *ex art. 37* della PSD2, l’EBA ha ritenuto da ultimo di dover provvedere ad incrementare ulteriormente il grado di convergenza delle prassi di supervisione e di certezza giuridica in materia di applicazione della LNE, emanando a tal fine – dopo una

²⁸ Cfr. considerando nn. 3, 4 e 6 della PSD2.

²⁹ Cfr. considerando nn. 19 e 20 della PSD2.

consultazione pubblica³⁰ – delle apposite *Guidelines on the limited network exclusion under PSD2* (EBA/GL/2022/02 del 24 febbraio 2022)³¹ che si applicano in generale a decorrere dal 1° giugno 2022, salvo un periodo transitorio di ulteriori 3 mesi entro cui i soggetti che già si avvalgono della LNE devono effettuare una nuova notifica alle relative “autorità competenti”, tenendo conto di tali nuove *guidelines*.

Dette *guidelines* sono tipicamente, ma non esclusivamente, dirette alle “autorità competenti” degli Stati Membri di cui al punto (2)(vi) dell’art. 4 del Regolamento (UE) 1093/2010 (di seguito, il “*Regolamento*”)³², le quali sono chiamate ad incorporarle nelle proprie “*supervisory practices*” (ovvero a motivare le ragioni della loro *non-compliance*, ciò anche laddove le *guidelines* risultino primariamente dirette alle imprese) e hanno ad oggetto principalmente: *i*) taluni aspetti relativi all’utilizzo degli strumenti di pagamento nell’ambito di un determinato “*limited network*”; *ii*) i criteri e gli indicatori da prendere a riferimento per determinare l’esistenza o no – in punto di diritto ai sensi della PSD2 – di una “rete limitata” di *merchants* o di una “gamma limitata” di beni e servizi, e quindi se una determinata attività rientri nei casi di cui all’art. 3(k) della PSD2; *iii*) l’applicazione della LNE da parte di prestatori di servizi di pagamento regolamentati; *iv*) i requisiti delle notifiche da effettuare alle Autorità competenti ai sensi dell’art. 37 della PSD2.

Viste anche le nuove indicazioni formulate dall’EBA in merito agli obblighi di notifica di cui all’art. 37 della PSD2 (cfr. *guideline* n. 6), a

³⁰ Vedi EBA, *Consultation Paper, Draft Guidelines on the limited network exclusion under PSD2* (EBA/CP/2021/28 del 15 luglio 2021), di seguito: il “*Consultation Paper*”.

³¹ Nonostante le più puntuali indicazioni normative codificate in materia dalla PSD2, l’EBA ha riscontrato infatti che con riguardo alla LNE la concreta «implementation and application of the requirements diverges significantly between Member States, thus impeding the single market for payment services in the EU and creating opportunities for regulatory arbitrage. The EBA also considered that consumers carrying out transactions with the excluded payment instruments are sometimes not aware that they do not benefit from the protection envisaged under PSD2», EBA, *Final Report, Guidelines on the limited network exclusion under PSD2* (EBA/GL/2022/02, 24 February 2022), (di seguito il “*Final Report*”), 3.

³² Regolamento (UE) n. 1093/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 novembre 2010 che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione.

livello nazionale l'adozione delle *guidelines* in esame presenta quindi, tra l'altro, un sostanziale impatto anche sul contenuto, sulle modalità e sui termini delle comunicazioni da effettuare alla Banca d'Italia circa le informazioni necessarie a valutare (da parte della stessa) se sono effettivamente soddisfatte le condizioni per l'applicazione della LNE (e della *telecom exclusion*). La stessa Banca d'Italia proprio “[c]onsiderato il contenuto degli Orientamenti EBA sull'esclusione relativa alle reti limitate a norma della direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, pubblicati in data 24 febbraio 2022” ha infatti già provveduto, da ultimo, col citato Provvedimento del 5.4.2022 (anch'esso attuativo dell'art. 2, co. 4-*bis*, del D.lgs. n. 11/2010) a disporre alcune apposite modifiche al precedente provvedimento dell'11.10.2018 dalla stessa originariamente adottato in materia³³.

Per altro verso, vale tuttavia rilevare che in sede di “*consulenza tecnica*” fornita dall'EBA alla Commissione europea (ai sensi dell'art. 16*bis*, par. 4, del *Regolamento*) in merito alla preannunciata revisione della PSD2, è stato osservato che le *guidelines* in esame non consentono di affrontare e risolvere – almeno non in modo organico ed esaustivo – tutte le varie questioni riscontrate in relazione all'interpretazione ed applicazione della LNE (e invero neanche delle altre ipotesi di esclusione relative agli “agenti commerciali” e agli “ATM indipendenti” di cui all'art. 3, *lett. b)* e *lett. o)* della PSD2). In particolare, l'EBA ha rilevato che tramite l'adozione delle *guidelines* medesime non è stato possibile risolvere – ciò verosimilmente in ragione anche della loro specifica natura giuridica – talune questioni attinenti agli aspetti definitori delle varie fattispecie rilevanti, ossia “*address issues that are related to the interpretation of definitions and*

³³ In particolare, anche al fine di allineare il contenuto del provvedimento del 2018 alle nuove *guidelines* dell'EBA sull'applicazione dell'art. 37(2) della PSD2, da un lato, è stata disposta la soppressione delle precedenti disposizioni relative alle “notifiche successive”, alla prima, da effettuarsi «[e]ntro il 30 aprile di ciascun anno solare” con riferimento all'anno solare precedente, dall'altro, è stato però esplicitato che in ogni caso “resta fermo che la Banca d'Italia può richiedere una nuova notifica contenente informazioni aggiornate qualora lo reputi necessario» (cfr. art. 1, commi 1 e 2 del Provvedimento della Banca d'Italia del 5.4.2022).

*specific terms set out in PSD2 or provisions that the Directive may have left intentionally open*³⁴.

Anche per tale motivo, in vista dell’attesa revisione della PSD2 è stato quindi espressamente proposto alla Commissione Europea di valutare anche una “rimodulazione” delle fonti giuridiche in materia di LNE, ad esempio incorporando (in tutto o in parte) nella PSD2, come modificata, il contenuto delle *guidelines* in esame e/o conferendo all’EBA un esplicito mandato di elaborare appositi *Regulatory Technical Standards* relativi all’applicazione della LNE “*in order to ensure full harmonisation of the application of the requirements and to avoid an unlevel-playing field in the EU*”³⁵.

2. Impianto e generale assetto delle linee guida EBA sulla LNE

L’intervento dell’EBA è realizzato facendo uso dello strumento tecnico dell’*orientamento*, precipuamente destinato, secondo quanto indicato nell’art. 16 del *Regolamento*, a definire prassi di vigilanza uniformi e coerenti del diritto dell’Unione.

La recente revisione delle fonti istitutive delle Autorità europee di vigilanza in campo finanziario – intervenuta ad opera del regolamento 2019/2175/UE³⁶ – ha puntualizzato prerogative e modalità d’azione delle predette Autorità (tra le quali, ai fini che qui rilevano, l’EBA) anche in relazione al ricorso al richiamato strumento di intervento. Viene sottolineata, in via generale, l’esigenza che le azioni e misure

³⁴ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)*, EBA/Op/2022/06, 23 June 2022, par. 62.

³⁵ EUROPEAN BANKING AUTHORITY, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice ...*, *ult. cit.*, par. 66.

³⁶ Regolamento (UE) 2019/2175 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 dicembre 2019 che modifica il regolamento (UE) n. 1093/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), il regolamento (UE) n. 1094/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali), il regolamento (UE) n. 1095/2010, che istituisce l’Autorità europea di vigilanza (Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati), il regolamento (UE) n. 600/2014, sui mercati degli strumenti finanziari, il regolamento (UE) 2016/1011, sugli indici usati come indici di riferimento negli strumenti finanziari e nei contratti finanziari o per misurare la performance di fondi di investimento, e il regolamento (UE) 2015/847, riguardante i dati informativi che accompagnano i trasferimenti di fondi.

dell’Autorità tengano debitamente conto, conformemente al principio di proporzionalità, di natura, entità e complessità dei rischi insiti nelle attività finanziarie interessate dalle azioni medesime (cfr. art. 1, par. 5, *Regolamento*), e considerino le differenze tipologiche ed i diversi modelli di *business*, specie quelli innovativi e sostenibili (cfr. art. 8, par. 1-bis, *Regolamento*). Quanto poi alla adozione specifica di orientamenti (*guidelines*) l’indicazione espressa – volta evidentemente ad evitare il proliferare di disposizioni secondarie prive di contenuto effettivo in termini di avanzamento disciplinare – è nel senso che gli orientamenti non facciano “semplicemente riferimento a elementi degli atti legislativi né li riproducano” ed ancora che, prima di adottare nuovi orientamenti, “l’Autorità riesamini quelli esistenti, al fine di evitare duplicazioni” (cfr. art. 16, par. 2-bis, *Regolamento*).

I menzionati principi di vertice che presiedono alla elaborazione di *guidelines* da parte delle Autorità europee di vigilanza e nello specifico dell’EBA sono evidentemente da testare in relazione al concreto esito della iniziativa all’esame.

In questa prospettiva, è bene avvertire che le *guidelines* si lasciano apprezzare più per le indicazioni di *metodo* circa la conduzione dell’*assessment* da parte delle autorità nazionali competenti (per verificare se una determinata situazione sia o meno riconducibile ad una ipotesi di esclusione), che per la concreta specificazione di elementi e caratteristiche operative delle fattispecie stesse.

Ciò con la conseguenza che, ferma una tendenziale omogeneizzazione a livello unionale delle *modalità* con le quali le singole autorità nazionali procederanno alla analisi delle fattispecie da considerare, potranno rimanere rilevanti distinzioni negli approcci assunti da ciascuna di esse in relazione al merito dell’esame condotto sulle situazioni portate alla loro attenzione.

Quanto sopra discende, in parte, dalle stesse limitazioni del mandato dell’EBA, che non consentono all’Autorità di intervenire lì dove la fonte normativa primaria – nel caso di specie, la PSD2 – non ha inteso procedere ad una più compiuta delineazione del fenomeno considerato³⁷.

³⁷ Vedi sul punto, espressamente il *Final Report*, p. 6, ove si indica che «[i]t should, however, be noted that legally the EBA was not able to address with these Guidelines issues that are related to the interpretation of definitions set out in PSD2

Sotto altro versante, tuttavia, l'impianto complessivo delle *guidelines* è la conseguenza anche di dichiarate scelte dell'Autorità, che non ha reputato di disegnare in maniera più netta taluni profili delle fattispecie di esclusione oggetto dell'intervento. E ciò è stato realizzato non solo nella fase di definizione della proposta di intervento avviata alla consultazione e che conclusivamente ha portato alla adozione delle *guidelines*, ma anche in sede di valutazioni condotte dall'Autorità all'esito della consultazione medesima.

Al fine di circostanziare quanto appena indicato in termini complessivi, giova ricordare ancora come le *guidelines* di cui si discorre si compongono in buona sostanza, per i profili qui di interesse, di taluni specifici indirizzi operativi relativi ad aspetti rilevanti per la costruzione della LNE, riferiti ora alla individuazione del novero degli strumenti di pagamento sussumibili nell'ambito considerato dalla esclusione, ora alla enucleazione del concetto di *rete limitata* e di quello di *gamma limitata* di prodotti, ora ancora all'operare della esclusione nei confronti di soggetti regolamentati. Il tutto nella prospettiva e a conforto dell'*assessment* che le autorità nazionali saranno chiamate a svolgere per confermare o meno la sussistenza delle condizioni per l'esenzione.

Le vere e proprie *guidelines* trovano integrazione contenutistica e chiarificazione della *ratio* sottesa alla loro adozione nelle indicazioni concernenti il *background* di riferimento nonché, più marcatamente, nelle puntualizzazioni dell'esito della consultazione, secondo quanto ora esplicitamente prescritto dall'art. 16 del Regolamento.

Considerando proprio questi ambiti del *Final Report*, può conclusivamente individuarsi il tratto complessivo che gli orientamenti imprimono alla materia oggetto del loro intervento.

L'attenzione va posta in particolare sui profili di impostazione ed esito che l'EBA presenta su almeno tre tematiche di specifico rilievo nella costruzione degli orientamenti, segnatamente concernenti l'individuazione dei cc.dd. *indicatori aggiuntivi*, delle *restrizioni tecniche* e delle *metriche specifiche*. Si tratta in tutti i casi, come meglio sarà precisato in sede di analisi delle singole *guidelines*, di elementi che dovrebbero concorrere a rendere più puntuale ed uniforme l'analisi

or provisions that the Directive may have left intentionally open», nonché la già segnalata *Opinion* del 23 giugno u.s..

delle condizioni da soddisfare per l'esonero dalla applicazione della PSD2.

Quanto agli *indicatori aggiuntivi*, in particolare, si tratta della elencazione di criteri rispetto ai quali valutare la sussistenza o meno, alternativamente del *limited network of service providers* e del *limited range of goods or services*. In assenza di specifiche previsioni normative nella PSD2, è indubbia la potenziale divergenza nella applicazione del concetto di *limitatezza*, come pure nella profondità della analisi da condurre allo scopo di testarne la sussistenza.

L'enucleazione di indicatori da adoperare, in particolare, per la valutazione della sussistenza di una *rete* limitata è stata valutata quindi come «the most effective way to provide clarity on the application of the exclusion»³⁸. Tale essendo la logica di fondo, il punto di sostanza ha riguardato la individuazione, tra i vari possibili criteri sui quali testare l'estensione della rete, di quelli da considerare rilevanti. E ciò ulteriormente distinguendo tra quelli di necessaria applicazione (i *defining criteria*) e quelli cc.dd. aggiuntivi, il cui impiego da parte delle autorità nazionali sarebbe stato solo di tipo integrativo (i *complementary optional indicators*). La distinzione trova il proprio fondamento nella circostanza che solo i primi criteri sono riferibili a tutti i modelli di business osservati nella prassi e come tali potevano trasversalmente essere considerati in ogni situazione da analizzare³⁹.

Già in sede di avvio della consultazione, l'EBA segnalava di valutare comunque non possibile la introduzione di «a specific cap of the growth of the network because it will be challenging to come up with a specific threshold that would be well-balanced between the different Member States and throughout the various business cases»⁴⁰.

I partecipanti alla consultazione hanno ampiamente sollevato il tema della esigenza di una ulteriore chiarificazione dei *complementary indicators* proprio «in order to achieve legal certainty and bring about consistency and harmonisation to the application of the legal requirements»⁴¹.

E' interessante sottolineare come – diversamente da quanto ci si attenderebbe – siano stati gli stessi *stakeholders* a formulare una istanza

³⁸ Cfr. *Consultation Paper*, 10.

³⁹ Cfr. *Consultation Paper*, punti 23 e 34, 11 ss.

⁴⁰ Cfr. *Consultation Paper*, 12.

⁴¹ Cfr. *Final Report*, 8.

di maggior precisione nella identificazione di requisiti disciplinari oggetto di intervento, segnalando di fatto la troppo timida iniziativa posta in essere da parte dell'EBA (che poi si traduce inevitabilmente in una più ampia discrezionalità in capo alle singole Autorità competenti, chiamate a condurre le proprie valutazioni sulla base di criteri generici).

In replica a tali sollecitazioni, in sede di esito della consultazione, l'EBA ha preso atto che «more clarity about the use and purpose of the indicators will be needed» ed in questa prospettiva ha chiarito che gli indicatori «are mandatory for all business cases and that the indicators are equally important and have the same weight in the assessment by CAs»⁴².

Come si evince chiaramente, la revisione adottata dall'EBA si concentra sul piano del *metodo*, sia laddove prescrive l'obbligatorio riscontro di tutti i criteri complementari, sia allorquando ne segnala la pari dignità nel contesto della valutazione che dovrà essere condotta dalle Autorità competenti.

Non si registrano, per contro, puntualizzazioni sul piano della specifica configurazione dei diversi indicatori individuati.

Ed anzi, a fronte della richiesta di precisare se sarebbero state le autorità nazionali ad identificare le soglie rilevanti dei vari indicatori, l'esito è consistito piuttosto nel prevedere che «the thresholds of these indicators need to be set out, not by the CA, but by each issuer»⁴³.

Si fa obiettivamente fatica a comprendere il contributo che tale indicazione possa fornire in chiave di armonizzazione delle prassi di vigilanza in questo specifico ambito di operatività. Allo stesso modo di come, sul piano delle concretezze, potrà rilevare la chiarificazione in base alla quale tutte le soglie degli indicatori devono essere considerate «taking into account the size and specificities of the national market»⁴⁴.

Le caratteristiche di fondo di un intervento che non consegue la puntualità di approccio che probabilmente gli stessi operatori di mercato potevano attendersi trova ulteriore conferma con riguardo ai profili delle *restrizioni tecniche* e delle *metriche specifiche*. Le prime si riferiscono alle limitazioni, per l'appunto tecniche, che le diverse soluzioni di offerta di strumenti ad utilizzo limitato debbono presentare

⁴² Cfr. *Final Report*, 8 ss.

⁴³ Cfr. *Final Report*, 9.

⁴⁴ Cfr. *Final Report*, 9.

per evitare di evolvere verso strumenti di utilizzo generalizzato⁴⁵; le seconde alludono, viceversa, alla enunciazione di indicazioni numeriche puntuali per segnalare il raggiungimento o meno di soglie ritenute compatibili con il criterio della limitatezza del *network* o del *range* di beni e servizi.

Ebbene, per entrambe queste situazioni, a fronte di sollecitazioni ricavabili dai partecipanti alla consultazione che chiedevano di rendere più espliciti i contenuti degli indicatori proposti, l'EBA ha precisato che tali indicatori sarebbero stati fissati “in a high-level and open manner” proprio al fine di poter trovare potenziale applicazione nei confronti dei più diversi modelli di business configurabili nei differenti mercati di riferimento. Di qui anche l'impossibilità sia di qualificare il concetto di restrizioni tecniche che di proporre delle metriche accurate, capaci di risultare aderenti rispetto a ciascuno di tali modelli. Ciò con la inevitabile conseguenza che «the assessment should be carried out on a case-by-case basis»⁴⁶.

Un'analisi condotta caso per caso, sulla base di criteri volutamente generici e neutri sul piano delle singole soluzioni tecnologiche proposte, sviluppata a livello nazionale e che deve formalmente tenere in debito conto le specificità dei singoli mercati domestici indubbiamente produrrà un frastagliato regime applicativo e potrà presentare esiti degli *assessment* nazionali ampiamente differenziati. Il tutto dovendo altresì considerare che eventuali iniziative degli operatori che avessero una rilevanza geografica che supera la dimensione nazionale richiederanno all'evidenza di ripetere l'esercizio di *assessment* in ciascuna giurisdizione⁴⁷. E ciò con esiti, a questo punto, quantomeno incerti, non foss'altro per la circostanza che i diversi mercati nazionali potrebbero presentare dimensioni e specificità tali da

⁴⁵ La Guideline 1.5, chiarisce che le specifiche restrizioni tecniche possono riferirsi tanto ai produttori di beni e servizi che possono essere acquistati con lo specifico strumento di pagamento, quanto alla gamma di beni e prodotti acquistabili, quanto ancora all'ambito geografico entro cui lo strumento di pagamento è abilitato.

⁴⁶ Cfr. *Final Report*, 12.

⁴⁷ Per quanto ovvio, i fornitori di servizi esclusi dal campo di applicazione della PSD2 non beneficiano del regime del passaporto europeo, con la conseguenza che in caso di superamento delle soglie di cui all'art. 37(2) della direttiva in diversi Stati membri, dovrà essere rivolta una notifica in ognuna di tali giurisdizioni: cfr. *Final Report*, punto 1, 34.

rendere non compatibile uno schema operativo viceversa accettato, o accettabile, in altre giurisdizioni.

Né si è dell'avviso che siffatto esito possa essere di per sé scongiurato dalla semplice indicazione in base alla quale le autorità nazionali dovrebbero applicare le *guidelines* (in relazione all'*assessment* dei criteri e degli indicatori aggiuntivi) seguendo un *approccio restrittivo*⁴⁸. Premesso infatti che la logica dell'interpretazione restrittiva è consustanziale ad ogni fattispecie di esenzione dall'applicazione di una normativa, nella specie anche tale modulo interpretativo sconta la circostanza di essere esercitato da singole e diverse Autorità competenti.

L'elemento unificante ritraibile dalle *guidelines*, se non è dunque osservabile nella concreta applicazione dei singoli criteri proposti, lo è sul piano del metodo che dovrà essere rispettato dalle autorità, consistente nel valutare tutti gli indicatori e rispetto a ciascuno di essi formulare la valutazione di ricorrenza dei presupposti per beneficiare dell'esenzione.

Del resto che l'obiettivo di fondo coltivato dall'Autorità europea sia più mirante a garantire una *sorveglianza* sullo sviluppo di un mercato in evoluzione che non ad identificare sin da ora uniformi e stringenti criteri applicativi emerge dalla stessa lettura degli esiti delle consultazioni, laddove si segnala «the rationale behind the proposal of the EBA, which had been to prevent the exponential growth of the limited networks without proper overview by the CA»⁴⁹.

3. La “rete limitata” di prestatori di servizi

Nel passaggio dalla PSD1 alla PDS2, la struttura della LNE conserva il riferimento alla condizione che gli specifici strumenti di pagamento siano utilizzati (in modo limitato) all'interno di una *rete limitata* di prestatori di servizi; si specifica che tali prestatori siano *direttamente vincolati* da un accordo commerciale con un emittente professionale. Ciò anche in coerenza con quanto indicato nei considerando della

⁴⁸ Vedi sul punto, Guideline 2.7 e 4.5 – in base alle quali le autorità dovrebbero applicare le *guidelines* “in a restrictive way that does not allow for the possibility for a specific-purpose payment instrument to develop into a general-purpose payment instrument” – oltre che *Final Report*, punto 71, 72.

⁴⁹ Cfr. *Final Report*, 12.

medesima direttiva, che riferendosi più genericamente a “determinati rivenditori o determinate catene di rivenditori” indica che le entità coinvolte debbano essere “legate direttamente da un accordo commerciale che prevede, ad esempio, l'uso di un singolo marchio di pagamento e tale marchio di pagamento è utilizzato nei punti vendita e figura – ove possibile – sullo strumento di pagamento che può essere ivi utilizzato”⁵⁰.

Il fenomeno considerato dall’ipotesi di esclusione ora menzionata è, sul piano della operatività concreta, molto rilevante, spaziando anche tra fattispecie molto differenti tra di loro.

Si pensi solo alla circostanza che attingono alla medesima ipotesi di esclusione tanto situazioni quali quella di un singolo centro commerciale che ospita differenti negozi, quanto le filiere della grande distribuzione organizzata⁵¹; sia situazioni localizzate all’interno di una singola città, che fenomeni a dimensione sovranazionale⁵².

Già si è fatta menzione della circostanza per la quale l’assenza di una definizione legale del concetto di *rete limitata* abbia ingenerato l’esigenza di un avanzamento nella individuazione dei caratteri qualificanti della figura analizzata⁵³, giusta la individuazione, ad opera delle *guidelines* in esame, di *criteri* caratterizzanti (2.1.) e di ulteriori *indicatori aggiuntivi* (2.2.)⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. considerando n. 13 della PSD2.

⁵¹ Vedi per una rappresentazione del fenomeno considerato, AGCM, *Indagine conoscitiva sul settore della GDO – IC43*, del 2013.

⁵² Cfr., sul punto, la Q&A dell’EBA n. 2019 4604 (in https://www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2019_4604), così come *Consultation Paper*, 11.

⁵³ Vedi sul punto anche *Consultation Paper*, laddove ha individuato alcune ipotesi che possono essere considerati come *limited networks* sulla base di casi esaminati dall’EBA (cfr. punto 25, 11). In sede di *Final Report*, si è precisato che tali casi «should, however, meet the requirements of Article 3(k) of PSD2 and these Guidelines. These examples should not be perceived as definitive» (cfr., punto 58, 66).

⁵⁴ Rileva, in chiave di configurazione della rete limitata, la circostanza che questa possa consistere solo di punti vendita fisici, o online, ovvero ancora di una combinazione di punti vendita fisici ed online (cfr. guideline 2.3.) e ciò tenendo tuttavia conto che, secondo quanto indicato nella Guideline 3, gli strumenti di pagamento che consentono al detentore di acquistare beni o servizi solo nei locali dell’emittente possono essere utilizzati solo nei locali fisici e non nei punti vendita online.

Dei tre criteri considerati dalle *guidelines*⁵⁵, il primo sottolinea la circostanza che l'emittente dello strumento contrattuale abbia un *accordo contrattuale diretto*, per l'accettazione di operazioni di pagamento, con ciascun fornitore componente della rete. Tale previsione, che all'evidenza potrebbe porre un elemento di appesantimento documentale in tutte le ipotesi nelle quali la rete sia composta da un numero elevato di *provider*, trova una sua composizione nella indicazione che chiarisce come le Autorità competenti debbano considerare che (tanto l'emittente dello strumento che) i fornitori di beni e servizi possono delegare la conclusione dell'accordo contrattuale ad un terzo che agisca per loro conto (2.6.). Fermo che risulta coerente con l'impianto complessivo la circostanza che il soggetto delegato possa essere a sua volta un *provider* aderente alla rete, l'orientamento di cui al punto 2.6. rileva fundamentalmente per la circostanza di rendere espressamente compatibile la stipulazione di accordi quadro generali tra l'emittente dello strumento di pagamento e un soggetto esponenziale della rete. E ciò con la conseguenza che la successiva adesione alla rete da parte di ulteriori fornitori finirà per implicare l'estensione al nuovo partecipante alla rete dell'accordo con l'emittente. Sotto altro versante, è poi da rilevare come lo stesso emittente dello strumento di pagamento possa essere un accettante della rete stessa⁵⁶.

Il secondo criterio individuato nelle *guidelines*, consistente nel *numero massimo* di *service providers* previsto dall'emittente riveste, all'evidenza, un ruolo molto rilevante nella configurazione complessiva della fattispecie. È bene chiarire che attraverso questo criterio l'EBA non ha inteso implicitamente identificare un dimensionamento massimo della rete, compatibile con la esclusione. Come già segnalato, infatti, volutamente le *guidelines* omettono di identificare qualsivoglia *threshold* rilevante, rimettendo alla analisi case by case delle autorità

⁵⁵ In sede di consultazione era stato chiesto da un partecipante di inserire un ulteriore criterio che considerasse se la relazione tra l'emittente e l'utilizzatore fosse *business-to-business*. Al riguardo, «[t]he EBA has arrived at the view that restricting the exclusion to a business-to-business relationship between the service provider and the user of the instrument will narrow down the scope of the exclusion as envisaged in PSD2» (*Final Report*, punto 53, 64).

⁵⁶ Vedi, in questa prospettiva, Guideline 2.1. e 1.13, nonché *Final Report*, punto 47, 60.

nazionali la verifica, in una visione individuale e poi unitaria di tutti i criteri e gli indicatori aggiuntivi, della compatibilità della fattispecie esaminata rispetto ai requisiti per beneficiare dell'esclusione. Analogamente, la possibilità che il numero dei fornitori possa aumentare nel corso del tempo costituisce una ipotesi non patologica, ma che merita sorveglianza. Se, infatti, è vero che il criterio in parola «was introduced exactly for the purpose of preventing the continuous growth of limited networks», ciò va inteso specificamente nel senso che il superamento del numero *envisaged* di *service providers* determinerà la necessità di un nuovo *assessment* nell'ambito del quale le Autorità competenti potranno condurre una nuova valutazione che, a quella data e considerata la situazione del mercato di riferimento a quel tempo, considererà se il nuovo dimensionamento della rete di *service providers* si mantenga compatibile con i requisiti per la esclusione (*Final Report*, punto 41, 56). Certamente in questa prospettiva, assumeranno valore rilevante anche le regole attraverso le quali è programmata e governata, negli accordi commerciali degli aderenti al *network*, la possibilità di nuovi ingressi: in questa chiave di lettura, la introduzione di requisiti stringenti all'ingresso nella rete costituirà un elemento fondante per attestare che questa non è programmaticamente preordinata ad una continua ed incontrollata crescita, ma piuttosto ad un fisiologico e ordinato sviluppo nel tempo, sulla base di chiare e predeterminate regole di accesso⁵⁷.

⁵⁷ Il tema della crescita non controllata del network (così come dei beni e servizi offerti), trova uno specifico punto di attenzione menzione con riferimento ai cc.dd. “*online marketplace*” (anche piattaforme e-commerce o digitali). In letteratura vedi A. CANEPA, *I mercanti dell'era digitale. Un contributo allo studio delle piattaforme*, Torino, 2020; L. AMMANNATI, G.L. GRECO, *Piattaforme digitali, algoritmi e big data: il caso del credit scoring*, in *Rivista trimestrale diritto dell'economia*, 2, 2021, 290. In considerazione dell'approccio neutrale verso i business model e lo sviluppo tecnologico, «online marketplaces could potentially benefit from the LNE”. Tuttavia “online marketplaces tend to continuously grow their acceptance network and the goods and services provided over time»; in considerazione di ciò, le autorità competenti dovrebbero trattare questi modelli di business «with caution due to the possibility for some of the specific instruments to develop into general-purpose instruments. This is coherent with the clarification provided in Recital 14 of PSD2 that ‘instruments which can be used for purchases in stores of listed merchants should not be excluded from the scope of this Directive as such instruments are typically designed for a network of service providers which is continuously growing»: cfr. *Final Report*, 37.

In questa stessa prospettiva, se è pur vero che «the proposal to use historical data is not forward looking and thus will not be able to limit the growth of the network»⁵⁸, la individuazione del dato di crescita negli anni di una determinata rete sulla base delle predefinite regole di ingresso può comunque costituire un utile indizio della potenziale ulteriore evoluzione (a parità di accordi commerciali tra gli aderenti alla rete che disciplinino l'ingresso di nuovi *service providers*).

In ultimo, le *guidelines* richiedono che le autorità considerino come caratteristica qualificante ai fini della esclusione, che il fornitore offra beni e servizi con un *marchio comune* che caratterizzi la rete limitata e dunque sia offerto all'utilizzatore dello strumento di pagamento un elemento visivo che contraddistingua la rete. A ben vedere dunque, le *guidelines* non individuano specifiche caratteristiche di organizzazione interna della rete, di livello di integrazione o accentrimento di funzioni o compiti, nella evidente prospettiva di non sposare o privilegiare un particolare modello di business rispetto ad altri, ma si puntualizzano sul versante della riconoscibilità esterna del *network*, indentificandone quale tratto connotante il marchio comune. E ciò nella prevalente attenzione alla percezione dell'utilizzatore dello strumento di pagamento, giusta la sottolineatura dell'*elemento visivo* idoneo ad identificare la rete. In questa prospettiva, è bene sottolineare che “*the brand should be considered as an attribute of the network and not of the payment instrument*”⁵⁹. Va da sé che la medesima rete limitata può presentare piuttosto che un singolo marchio, una pluralità di marchi comuni, senza che questo incida sulla ricorrenza del criterio ora in esame, fermo restando, evidentemente, che l'esistenza della famiglia di marchi mantenga la riconoscibilità visiva del *network* per l'utilizzatore dello strumento di pagamento.

⁵⁸ Cfr. *Final Report*, punto 45, 60.

⁵⁹ Cfr. *Final Report*, punto 52, 63 ove si precisa che le *guidelines* utilizzano il termine *marchio* e non *marchio di pagamento*, che nel contesto della PSD2 ha una propria nozione (cfr. art. 4, punto 48 della PSD2, che definisce il marchio di pagamento come «nome, termine, segno, simbolo o combinazione di questi, in forma materiale o digitale, in grado di indicare lo schema di carte di pagamento nell'ambito del quale sono effettuate le operazioni di pagamento basate su carta»). Del resto, «the payment instrument does not necessarily share the same brand within the limited network».

Rispetto ai criteri caratterizzanti, gli *ulteriori indicatori aggiuntivi* individuati nella guideline 2.2. assolvono, come anticipato, una funzione solo integrativa di analisi, sebbene dovuta, per le Autorità competenti⁶⁰. Queste ultime dovranno, peraltro, esplicitamente considerare e tener debito conto delle dimensioni e della specificità del mercato rispetto al quale ciascuna di esse è competente. Sul punto, premesso che si tratta di indicatori che traggono origine da informazioni prodotte dallo stesso emittente, la maggiore valenza da ascrivere all'elenco in parola attiene proprio alla circostanza che non si tratta di criteri qualificanti per la ricorrenza dell'esclusione, ma per l'appunto di indicatori aggiuntivi. È quanto è da dirsi a proposito per esempio degli indicatori di tipo quantitativo (riferiti, tra l'altro, al volume e al valore delle transazioni stimate su base annua o al numero massimo di strumenti di pagamento da emettere), giacché tali indicazioni portano alimento alla considerazione di vertice per la quale la LNE, allo stato, non trova di per sé un limite implicito nel dimensionamento quantitativo del fenomeno. Allo stesso modo, l'indicatore concernente i rischi per il cliente in fase di utilizzo dello specifico strumento di pagamento, nella misura in cui prende in considerazione solo ciò che sia stato individuato dall'emittente, pare maggiormente operare in una logica di *sorveglianza* piuttosto che di limitazione operativa. Ed analoga considerazione può ripetersi, infine, a proposito dell'indicatore riferito alla specifica area geografica di fornitura dei beni e servizi.

Certamente presenta, invece, valore prescrittivo la indicazione per la quale le Autorità competenti non debbono consentire l'utilizzo del medesimo specifico strumento di pagamento presso *differenti reti limitate* di service providers. Il chiaro obiettivo a fondamento di tale

⁶⁰ E' bene evidenziare come in sede di consultazione era stato richiesto di inserire due ulteriori indicatori, collegati, per un verso, alla circostanza che «the purpose of the payment instrument is aimed at a public good, including a description of the public good», per altro, al fatto che «the management of the network is a non profit entity or an entity that has been classified as an entity for the public interest». L'EBA non ha accolto la richiesta sul presupposto che «the LNE is based on the limited use of the instrument and not on the purpose of the instrument», con la conseguenza che «the specific purpose of the service provider is irrelevant in deciding whether the network is limited or not»: *Final Report*, punto 62, 68. In aggiunta, le guidelines non contengono più il riferimento contemplato nel *Consultation Paper* all'indicatore consistente nelle «*categories of customers being targeted*»: *Final Report*, punto 69, 71.

prescrizione è volto ad evitare lo sviluppo di uno strumento con valenza di spendibilità generalizzata, conseguita attraverso la plurima utilizzabilità presso reti che, solo se singolarmente considerate, sono limitate.

4. La “gamma limitata” di beni e servizi

Le *guidelines* EBA recano, come accennato, anche utili indicazioni in merito alla questione, particolarmente significativa alla luce delle marcate divergenze interpretative emerse in materia (anche nel corso della relativa consultazione pubblica), di quali debbano essere i criteri di valutazione da utilizzare per accertare, in concreto, che “specifici strumenti di pagamento” siano da considerare – in punto di diritto ai sensi della PSD2 – come effettivamente caratterizzati da una “spendibilità” limitata in quanto utilizzabili unicamente per acquistare una “gamma molto limitata di beni o servizi” ai sensi e per gli effetti dell’art. 3(k)(ii) della PSD2.

Il fatto che la formulazione testuale della norma lasci in effetti aperta la strada a interpretazioni anche molto eterogenee, col rischio di un ampliamento “illimitato” o comunque non coerente del “*negative scope*” della PSD2, è confermato anche dal fatto che i criteri introdotti dall’EBA nelle *guidelines* per l’accertamento dell’esistenza di una “gamma molto limitata” di beni o servizi – tra cui *in primis* la necessità di un “*collegamento funzionale*” tra tali beni o servizi – sono stati tra quelli oggetto delle maggiori modifiche sostanziali da parte della stessa EBA alla luce delle obiezioni e commenti critici formulati nel corso della suddetta consultazione pubblica⁶¹.

Ciò premesso, vale innanzitutto rilevare che nel corpo delle disposizioni della PSD2 non risultano, in effetti, essere codificate

⁶¹ Come rilevato, infatti, «[t]he key concerns raised and requests for clarification made by respondents to the public consultation that led to changes to the Guidelines relate to: ➤ Clarification on the functional connection between goods and/or services; and ➤ The nature of the indicators set out in Guidelines 2.2 and 4.4», EBA, *Final Report*, 6 e 7-9. In particolare, nelle *guidelines* approvate la valutazione dell’esistenza di una «functional connection between goods and services, [... is ...] based on a specific category of goods and services with a common purpose as identified by the issuer of the excluded instrument, rather than a leading good or service as proposed in the [... consultation paper...], EBA, *Final Report*, 3

specifiche caratteristiche o condizioni necessarie per accertare, in punto di diritto, l'esistenza di una “*gamma molto limitata*” di beni o servizi ai sensi e per gli effetti dell'esclusione di cui all'art. 3(k)(ii). Alcuni elementi interpretativi in materia sono però rinvenibili nel considerando n. 13 della PSD2, in cui è fatto riferimento – benché in via incidentale e meramente esemplificativa – alla necessità che detta “gamma” di beni o servizi valga ad individuare un “numero chiuso” di beni o servizi che siano tra loro “*funzionalmente collegati*”, ovvero che sia l'esistenza di questo “*collegamento funzionale*” tra beni o servizi a determinare il fatto che questi siano un “numero chiuso”, indipendentemente quindi dalla “ubicazione geografica del punto vendita” (a differenza del caso di esenzione di cui all'art. 3(k)(ii) della PSD2).

In tale contesto normativo, la *guideline* n. 4 dell'EBA in materia di LNE interviene invece a statuire *in primis* che l'esistenza di “*collegamento funzionale*” tra i beni e/o servizi acquistabili deve essere considerato dalle Autorità competenti come un elemento obbligatorio e necessario, sempre e comunque, per la legittima applicazione dell'esenzione *ex art.* 3(k)(ii) della PSD2 e non più quindi un indice meramente facoltativo o esemplificativo dell'esistenza di una “*gamma molto limitata*” di beni o servizi come indicato nel considerando n. 13 della PSD2.

A fronte delle osservazioni critiche ricevute sul punto durante la consultazione pubblica sulle bozze di *guidelines* sulla LNE, nel relativo testo finale poi approvato, l'EBA ha specificato che, a sua volta, la valutazione, da parte delle Autorità competenti, dell'esistenza di tale “*collegamento funzionale*” – tra i beni e/o servizi che costituiscono una “*gamma molto limitata*” di beni/servizi acquistabili con gli specifici strumenti di pagamento esclusi dal *framework* regolatorio della PSD2 – deve essere condotta tenendo in considerazione che spettata all'*issuer* degli strumenti di pagamento in questione identificare una specifica “categoria” di beni e/o servizi accomunati da un “*common purpose*”. Con ciò lasciando intendere quindi che il “*collegamento funzionale*” di cui trattasi si sostanzia proprio in tale “*common purpose*” che spetta *in primis* all'*issuer* definire (e notificare *ex art.* 37 (2) della PSD2) e alle Autorità competenti conseguentemente verificare (cfr. *guideline* 4.2).

In questo modo l'EBA ha quindi alla fine abbandonato la propria originaria proposta secondo cui l'*assessment* di detto “*collegamento funzionale*” avrebbe dovuto essere invece basato sull'individuazione di

un prodotto/servizio *leader* connesso ad altri prodotti e/o servizi però allo stesso ancillari⁶².

Ad ogni buon conto, per evitare ad esempio inopportune limitazioni, fra l'altro non desumibili, in punto di diritto, del testo della PSD2 e, di fatto, non coerenti con l'evoluzione tecnologica del settore e dei processi economici in genere, l'EBA ha altresì chiarito al riguardo che detto “*collegamento funzionale*” ben può sussistere anche tra beni/sevizi “fisici” e “digitali” (cfr. *guideline* 4.3).

Ciò posto, al fine di tener in debito conto le specificità nazionali, le Autorità competenti nell'ambito della valutazione da condurre in materia sono richieste dall'EBA di tenere in considerazione anche il seguente *numerus clausus* di ulteriori “indicatori complementari”: *a*) numero e volume delle operazioni di pagamento previste (dall'*issuer*) su base annuale; *b*) ammontare massimo di “avvaloramento” dello strumento di pagamento; *c*) numero massimo di strumenti di pagamento da emettere; *d*) rischi (identificati dall'*issuer*) cui è esposto l'utente nell'utilizzo dello strumento di pagamento escluso (cfr. *guideline* 4.4).

Come già evidenziato, l'utilizzo e la valutazione di tali “indicatori complementari” – che hanno tutti pari peso o importanza in fase di *assessment* da parte delle Autorità competenti – è da considerare obbligatoria e vincolante per tutti i “*business cases*”⁶³.

Anche in questo caso, viene ribadito il principio generale che la valutazione da parte della Autorità competenti di tutti i suddetti criteri (*i.e.* della “*connessione funzionale*” e dei parametri quantitativi) deve

⁶² In particolare, quanto alla *ratio* sottostante a tale modifica di approccio, risulta che l'EBA «after assessing the merits of the concerns expressed by the respondents, has arrived at the view that the approach proposed in the [... Consultation Paper ...] should be reconsidered. In line with some of the suggestions proposed by respondents, the EBA has, therefore, decided to amend Guideline 4.2 by focusing the assessment of the functional connection between goods and/or services on a specific category of goods and/or services with a common purpose. By doing so, the provision will not be too restrictive and will allow for greater flexibility to accommodate different services and business models. It will also be agnostic to the development of the business or the choices of the customers. Finally, the provision will be more focused on the functionality and purpose of the use of the respective goods, thus allowing for more flexibility in the choice of the issuer who will be responsible for justifying the rationale for the proposed category of goods/services. By doing so, the EBA expects to reduce the likelihood of divergent interpretations and contribute to bringing about greater harmonization of practices», EBA, *Final Report*, 7 e 8.

⁶³ Cfr. EBA, *Final Report*, 9.

essere da queste sempre condotta “in modo restrittivo”, ossia segnatamente in modo da evitare la possibilità che uno strumento di pagamento “*specific purpose*” esentato *ex art.* 3(k)(ii) della PSD2 possa evolvere in uno strumento “*generic purpose*” (cfr. *guideline* 4.5), confermando così quello che è da considerare, in definitiva, come lo scopo ultimo dell’intero intervento di convergenza regolatoria e di supervisione perseguito dall’EBA stessa con le *guidelines* in esame.

5. *L’applicazione della LNE da parte di soggetti regolamentati*

Circa l’ulteriore questione della possibilità per i Prestatori di Servizi di Pagamento (PSP) di cui all’art. 1 della PSD2 di prestare contestualmente servizi di pagamento disciplinati dalla PSD2 e servizi basati su “specifici strumenti” di pagamento “utilizzabili” solo in “modo limitato” cui si applica quindi la LNE, l’orientamento espresso dall’EBA è che le Autorità competenti nell’esercizio delle loro attribuzioni devono tenere in debita considerazione il fatto che, ai sensi della PSD2, i medesimi PSP sono liberi di poter operare sul mercato anche offrendo contestualmente tali diverse categorie di servizi, ciò a condizione però che anche i requisiti stabiliti ai sensi dell’art. 3(k) per l’applicazione della LNE risultino comunque parallelamente rispettati (cfr. *guideline* 5.1).

In generale, se ne ricava così, per altro verso, che tale principio implichi anche che le medesime Autorità debbano prestare quindi attenzione a non limitare o impedire neanche indirettamente, ad esempio tramite oneri aggiuntivi o di mero fatto, tale facoltà dei PSP.

Ciò posto, in tutti questi casi di offerta “contestuale” da parte di PSP di servizi disciplinati dalla PSD2 e di servizi invece esclusi in applicazione della LNE, è tuttavia richiesto che le Autorità competenti assicurino che i PSP stessi implementino adeguati presidi di trasparenza e correttezza nelle relazioni con gli utenti, segnatamente idonei allo scopo di distinguere “in modo chiaro e facilmente riconoscibile” i propri servizi e attività regolate e soggette a supervisione rispetto agli altri servizi prestati ma esclusi dalla disciplina della PSD2.

A tal fine, quale elemento “minimo” per rendere pronta evidenza, in via generale ed *ex ante*, della distinzione tra tali due diversi ambiti di operatività è specificamente indicato come necessario l’utilizzo

innanzitutto da parte di detti PSP di una “*specific visual manifestation*” (cfr. *guideline* 5.2).

Inoltre, le Autorità competenti sono chiamate ad assicurare che i PSP in questione informino anche su base individuale, sempre “in modo chiaro e facilmente riconoscibile”, ciascun utente dei servizi di pagamento prestati in base alla LNE che i servizi stessi non sono appunto né regolamentati né oggetto di supervisione ai sensi della PSD2 e che pertanto gli utenti stessi non beneficiano dei presidi di tutela previsti ai sensi di quest’ultima per gli utenti dei servizi di pagamento (cfr. *guideline* 5.3).

Ciò posto, ad avviso dell’EBA le Autorità competenti nazionali debbono comunque adottare – benché, almeno secondo quanto pare doversi intendere, solo come opzione di ultima istanza o comunque *second best* – coerenti misure di vigilanza (*supervisory actions*), tuttavia non meglio qualificate, laddove ad avviso delle medesime Autorità la suddetta obbligatoria distinzione tra servizi disciplinati dalla PSD2 e servizi esclusi in applicazione della LNE non risulti sufficientemente chiara o comunque adeguata, anche per quanto riguarda la prescritta trasparenza da osservare in merito da parte dei PSP nelle comunicazioni al pubblico e ai singoli utenti (cfr. *guideline* 5.4.a).

Lo stesso vale anche in tutti quei casi in cui un’Autorità competente accerti che la prestazione da parte di un PSP anche di servizi esclusi dalla PSD2 in base alla LNE sia suscettibile di deteriorare la “solidità finanziaria” dello stesso PSP oppure la capacità della medesima Autorità di verificare la *compliance* con i requisiti di cui alla PSD2 e/o alla *c.d. “EMD2”*⁶⁴ (cfr. *guideline* 5.4.b).

In particolare, benché, come indicato dall’EBA nelle *guidelines*, le valutazioni funzionali a decidere l’eventuale adozione di coerenti “*supervisory actions*” dovrebbe essere tipicamente svolta da parte delle Autorità competenti nel corso dell’*assessment* delle notifiche da effettuarsi ai sensi dell’art. 37(2) della PSD2, tuttavia sembra piuttosto da ritenere che i controlli e le valutazioni in materia, segnatamente la verifica dell’assenza delle suddette problematiche, rientrino comunque

⁶⁴ Direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 concernente l’avvio, l’esercizio e la vigilanza prudenziale dell’attività degli istituti di moneta elettronica, che modifica le direttive 2005/60/CE e 2006/48/CE e che abroga la direttiva 2000/46/CE.

nell'ambito dell'attività di supervisione *ongoing* esercitata sui PSP dalle medesime Autorità competenti.

6. Conclusioni

La definizione del *negative scope* della disciplina europea sui servizi di pagamento concorre inevitabilmente a conformare le modalità di erogazione delle attività considerate, inducendo adeguamenti nella costruzione dei modelli di business osservabili nella prassi. E ciò in funzione della vocazione degli attori di mercato ad operare o meno in un contesto regolato e della percepita profondità degli impatti sulle potenzialità di crescita ascrivibili alla decisione di mantenere la propria azione in area non disciplinata.

La costruzione delle fattispecie escluse dall'applicazione del regime di riserva non è un esercizio neutro, tutte le volte che va ad impattare su realtà frastagliate, che propongono differenti articolazioni di sviluppo dell'operatività potenzialmente incisa dall'intervento normativo. Questo è tanto più vero se misurato in un contesto, come quello considerato, in naturale sviluppo e che vede attestati diversi schemi comportamentali in ambito unionale.

La LNE presenta sotto questo profilo caratteri esemplari nella dinamica ora tratteggiata: la molteplicità dei moduli operativi da un lato, la variabilità dimensionale dei fenomeni considerati, che spazia da microrealtà alla grande distribuzione organizzata, il progressivo intensificarsi della concorrenza con i soggetti regolati attivi nel campo dei pagamenti.

L'iniziativa dell'EBA, concretizzatasi nella definizione delle *guidelines* ora adottate, è volta in concreto a ricondurre la crescita delle *reti limitate* in un ambito di sorveglianza da parte delle Autorità competenti degli Stati membri; incide fundamentalmente sulle *modalità* con le quali queste ultime condurranno l'*assessment* dell'applicabilità della LNE alle varie iniziative poste al loro vaglio. La scelta di non definire puntualmente metriche, parametri o soglie delle fattispecie considerate risponde ad una logica di neutralità rispetto allo sviluppo operativo e tecnologico che indubbiamente interessa gli ambiti oggetto dell'intervento.

In questa prospettiva è prevedibile che la concreta applicazione nei vari Stati membri della LNE continuerà a presentare un panorama

frastagliato, considerato anche che, come detto, le Autorità competenti sono chiamate a tenere in considerazione le “*specificities of the national market*”, e che le odierne *guidelines* costituiscano un primo passo per una più compiuta futura armonizzazione disciplinare.

Sotto questo versante – salva, evidentemente, la potenziale evoluzione che potrà interessare la normativa primaria di riferimento – uno strumento di una qualche utilità potrebbe essere rinvenuto nella costituzione di un *gruppo di coordinamento* ex art. 45-ter del *Regolamento*, cui affidare, per l'appunto, il compito di seguire in modo coordinato gli sviluppi di mercato di un ambito operativo in crescita ed evoluzione e che presenta allo stato modelli di business ampiamente variegati.