

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 moneta-servizio di pagamento in una prospettiva di diritto europeo*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La moneta-servizio di pagamento: coordinate tecniche. – 3. Il cambiamento di approccio: dal contesto internazionale al modello regionale. - 3.1 Affidabilità. – 3.2. Interoperabilità. – 3.3. Efficienza. – 3.4. Inclusività. – 3.5. Prime conclusioni. – 4. L’organizzazione-sistema di pagamento e il diritto della concorrenza. – 4.1. L’an. – 4.2. I servizi di pagamento come mercato two-sided. 4.3. L’esperienza antitrust europea. –4.3.1. La rilevanza giuridica del sistema-organizzazione. – 4.3.2. La sinergia tra azione antitrust ed intervento legislativo. – 5. La dinamica del sistema-organizzazione e le plausibili ricadute a valle. - 5.1. Rapporto pagatore-beneficiario. - 5.2. Rapporto utente-prestatore del servizio

1. Introduzione

Si deve al diritto europeo il merito di aver colto e promosso il cambio del paradigma regolativo ed interpretativo che ha interessato la moneta e il pagamento, valorizzando il ruolo del sistema di pagamento come organizzazione di impresa a base contrattuale che veicola il trasferimento intermediato di fondi.

Questo è il punto di arrivo dell’analisi che si intraprende ma, per spiegare il cambiamento, è opportuno collocarne il punto di partenza negli anni ottanta - fase di avvento e liberalizzazione del protocollo di rete – quando è stato dato impulso ad un processo di elettronicazione¹ dei pagamenti al dettaglio; è cambiato così il modo di impartire e

* Questo articolo è riconducibile all’attività di ricerca del progetto Jean Monnet Chair in EU Money Law del quale la dott.ssa Gimigliano è stata responsabile accademica dal 2018 al 30 giugno 2022.

¹ Il termine “elettronicazione” è un neologismo poco elegante, che rappresenta la traduzione del corrispondente termine inglese al quale i report istituzionali delle autorità internazionali di regolazione e della BCE fanno costantemente ricorso in argomento. Cfr: ECB, *E-payments in Europe – The Eurosystem’s perspective*, 16 September 2002; ECB, *Electronification of payments in Europe*, in *ECB Monthly Bulletin*, May 2003, pp. 61-72; ECB, Issue paper for the ECB conference on 10 November 2004, www.ecb.int

trattare gli ordini di pagamento, facendo della moneta-servizio di pagamento un flusso di informazioni veicolato in reti o sistemi di pagamento². Si è in presenza di un cambiamento di portata globale³ che ha nell'ordinamento europeo effetti più omogenei, in ragione di una peculiarità regionale.

Sarà anche da considerare che il legislatore europeo ha, da sempre, dato priorità alle finalità pro-competitive nella costruzione di un mercato interno dei pagamenti integrando nella strategia legislativa profili o tratti emersi nell'esperienza antitrust e sui quali la posizione assunta dalle autorità competenti non era apparsa pienamente convincente. Proprio nella consapevolezza dell'assetto oligopolistico del mercato dei servizi di pagamento al dettaglio, il processo di armonizzazione è stato promosso nel segno di ridurre gli ostacoli all'ingresso soprattutto dei prestatori di servizi di pagamento diversi dalle banche e dagli emittenti carte di credito. Quale fisionomia ha assunto la moneta-servizio di pagamento nella prospettiva europea? La risposta a questa domanda non può lasciare indifferenti i singoli Stati membri perché è stata promossa sul piano europeo un'armonizzazione massima e perché la concorrenza rappresenta un'area di competenza esclusiva dell'Unione.

Dopo una breve premessa sulle coordinate tecniche della moneta-servizio di pagamento (sezione 2), l'analisi scandisce le qualità – affidabilità, interoperabilità, efficienza ed inclusività – del sistema di pagamento così come tratteggiate nel dibattito delle autorità internazionali di regolazione, avendo cura di puntualizzare, volta per volta, come questi tratti distintivi sono stati declinati nel processo di armonizzazione europea (sezione 3). Sembra che la dialettica tra il piano internazionale e il contesto europeo non imprima una fisionomia chiara al sistema-organizzazione, come invece accade nell'esperienza

² Una ricostruzione dell'evoluzione in chiave economica: C. TRESOLDI (a cura di), *Economia dei sistemi di pagamento*, Bologna, 2005.

³ Curzio Giannini osserva come i processi di riforma monetaria sono interessati da una elevata imitazione su scala internazionale: «Proprio perché gli agenti operano in un contesto di razionalità limitata e gli interessi in gioco sono tendenzialmente vischiosi, una volta che una particolare azione di riforma abbia mostrato la propria validità nel paese che per primo si sia dovuto misurare con il progressivo deterioramento della fiducia in una particolare tecnologia di pagamento, questa tenderà ad assumere il ruolo di 'modello' per l'azione di riforma in altri paesi». C. Giannini, *L'età delle banche centrali*, Bologna, 2004, 83 s.

antitrust (sezione 4). L'analisi evidenzia come il cambiamento di paradigma presenta ricadute a valle, sia nel rapporto pagatore-beneficiario (o debitore – creditore di una somma di denaro) sia nel rapporto utente-prestatore del servizio di pagamento (sezione 5).

2. *La moneta-servizio di pagamento: coordinate tecniche*

Ricorre alla moneta-servizio di pagamento il debitore che non adempie l'obbligazione pecuniaria con la consegna di un certo numero di banconote, ma dà avvio ad una procedura complessa, che inizia quando l'ordine di pagamento è impartito e si perfeziona quando l'ordine è verificato ed autorizzato dall'istituzione finanziaria del debitore⁴.

Si possono immaginare diverse forme tecniche per impartire un ordine: la comunicazione *online* degli estremi della propria carta di credito o la compilazione dei campi per effettuare un bonifico, ad esempio, integrano modalità diverse. Tuttavia, quale che sia la forma tecnico-giuridica alla quale si ricorre per impartire l'ordine, tutti gli strumenti di pagamento si contraddistinguono per la funzione di segnalare all'intermediario di riferimento – con il quale è stato stipulato un contratto di deposito in conto corrente, di conto di pagamento o, ancora, un contratto di emissione di carta di credito o di moneta elettronica – la volontà del debitore di movimentare i fondi ivi detenuti, nella misura indicata.

L'intermediario che ha ricevuto l'ordine di pagamento – di regola il prestatore di servizi di pagamento del debitore – è chiamato necessariamente ad interagire con l'altro, del creditore, per scambiare le informazioni contabili concernenti l'ordine di pagamento impartito.

Lo scambio di informazioni non è, sempre, un'operazione lineare. Spesso i due intermediari non coincidono né appartengono allo stesso gruppo, a volte non rispondono neppure alla medesima giurisdizione⁵.

⁴ *Amplius*, R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I sistemi di pagamento*, in C. Tresoldi (a cura di), *Economia dei sistemi di pagamento*, Il Mulino: Bologna, 2005, 133-172.

⁵ Nell'ipotesi di intermediari bancari o finanziari che appartengono a diverse giurisdizioni, si fa luogo ad un trasferimento di fondi multi-valutario, che postula o accordi bilaterali tra le banche coinvolte o la funzione di corrispondente svolta da banche specializzate. Cfm.: R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I principi e gli standard internazionali*, op. cit.

Saranno così necessari, per comunicare reciprocamente, standard tecnici e regolamentari uniformi, veicolati tramite piattaforme informatiche compatibili.

La circolazione delle informazioni contabili e la determinazione del saldo, che forma oggetto dell'obbligazione interbancaria, possono essere lasciati ad accordi bilaterali, svolti per singoli ordini di pagamento. Tuttavia, l'esperienza ha evidenziato l'inopportunità e l'inefficienza di una soluzione di questo tipo, troppo rischiosa ed onerosa⁶.

Così, nei pagamenti al dettaglio, la prassi si è nel tempo orientata alla conclusione di accordi multilaterali di compensazione (anche detti, sistemi di regolamento su base netta), che coinvolgono una pluralità di intermediari ed interessano tutti gli ordini di pagamento impartiti e ricevuti dai medesimi in un lasso di tempo considerato⁷.

In questo caso, gli intermediari coinvolti si scambiano le informazioni concernenti gli ordini impartiti dalla clientela oppure provenienti dalle proprie attività di *trading* e convengono di non regolare ogni singolo pagamento, bensì di lasciare che i rispettivi crediti e debiti si accumulino lungo un arco di tempo concordato, per poi definire la somma algebrica di tutti gli ordini di pagamento⁸. Il calcolo

⁶ Possono esservi anche soggetti che si specializzano nell'offerta del *correspondent banking*, svolgendo un ruolo di corrispondente ed esecutore di pagamenti transfrontalieri per conto di altre banche o di altre istituzioni finanziarie. In questo caso, la banca che fruisce del servizio di corrispondenza è esposta al rischio di controparte, in altre parole al rischio che l'altra possa diventare illiquida o insolvente. Questo sistema è ancora diffuso nei pagamenti internazionali per i quali non vi è una banca centrale comune di riferimento e sono coinvolte due valute. Cfm: R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO *I sistemi di pagamento*, 46.

⁷ M. ONADO, *Mercati e intermediari finanziari*, Bologna, 2000, 95-119; in particolare p. 101) chiarisce che, per ragioni di efficienza, sono privilegiati accordi multilaterali quando il numero delle operazioni reciproche diventa più intenso, dal momento che «per la legge dei grandi numeri i pagamenti di una banca nei confronti di un'altra si succedono, in un dato intervallo di tempo, a pagamenti di segno opposto, effettuare il regolamento ad intervalli periodici anziché in corrispondenza di ogni pagamento, permette di economizzare le riserve di liquidità».

⁸ L'esperienza risale addirittura al medioevo: il richiamo è alle grandi fiere, alcune di dimensione internazionale, che operavano come stanze di compensazione embrionali, perché rappresentavano l'occasione per «concludere accordi e saldare debiti», sotto la vigilanza prima delle autorità locali e poi dei funzionari del re. Le Goff riferisce dell'istituzione e del successo delle fiere come conseguenza del

del saldo netto, di regola a cura delle stanze di compensazione presso la banca centrale⁹, è prodromico alla fase di regolamento, nella quale i saldi della compensazione multilaterale sono regolati ricorrendo tradizionalmente alle passività della banca centrale¹⁰, mediante i depositi detenuti dai partecipanti presso la medesima¹¹.

La compensazione rappresenta una fase giuridicamente necessaria, ma tecnicamente aggirabile. Ad esempio, essa manca nel trattamento dei pagamenti di importo elevato, relativamente ai quali è invalso, dagli anni novanta, il meccanismo del regolamento lordo in tempo reale, che processa individualmente e in tempo reale gli ordini di pagamento impartiti dagli intermediari aderenti all'accordo multilaterale¹².

In definitiva, la scelta della moneta-servizio di pagamento postula lo svolgimento di un procedimento complesso che, sul piano soggettivo, coinvolge intermediari bancari, qualificati intermediari finanziari non bancari, stanze di compensazione, agenti di regolamento, o ancora prestatori di servizi informatici; sul piano oggettivo, interessa strumenti di pagamento, standard regolativi ed informativi, circuiti e così di

superamento dei piccoli mercati locali e regionali e della crescita del commercio a lungo raggio. Cfm.: LE GOFF, *Lo sterco del diavolo. Il denaro nel Medioevo*, Laterza: Roma-Bari, 2010, 3.14-3.15.

⁹ R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I sistemi di pagamento*, cit., 47 s. Le stanze di compensazione presso la Banca d'Italia sono state chiuse a far data dal 1 aprile 2019.

¹⁰ È da precisare che non necessariamente la sede della compensazione e del regolamento è la banca centrale. Si dà il caso della CLS Bank, alla quale è stata concessa una specifica autorizzazione bancaria che limita l'attività al regolamento delle operazioni in cambi, per evitare di essere esposta ai rischi tipici delle banche commerciali. Un approfondimento in: S. ALONZO, N. COPPARI, G. COPPOLA, *I sistemi di compensazione, di regolamento e le infrastrutture a livello europeo*, in C. Tresoldi (a cura di), *Economia dei sistemi di pagamento*, cit., 173-214.

¹¹ Per la durata del ciclo di compensazione, di durata variabile, gli enti partecipanti all'accordo di compensazione si concedono reciprocamente credito, risparmiando sulla scorta di liquidità necessaria. Tuttavia, fino al momento del regolamento in moneta della banca centrale possono verificarsi eventi finanziari, come la carenza di liquidità o il dissesto di uno degli intermediari partecipanti che possono ingenerare un effetto domino. O, ancora, possono verificarsi dei problemi tecnici, imputabili non agli intermediari, ma ai soggetti che gestiscono l'apparato informatico. Cfm.: R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I sistemi di pagamento*, cit., 47 ss.

¹² Le caratteristiche del regolamento lordo in tempo reale (il c.d. *real time gross settlement*, comune- mente indicato con l'acronimo RTGS) impongono ai soggetti coinvolti più ampie scorte di liquidità. In aggiunta vi sono i c.d. sistemi di regolamento ibridi: *amplius*, R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I sistemi di pagamento*, cit., 50 ss.

seguito. Questi elementi sono ricondotti ad unità nella nozione di sistema dei pagamenti, inteso negli studi economici ed istituzionali come «l'insieme degli strumenti, delle procedure, degli operatori, delle infrastrutture, delle norme volte ad assicurare il trasferimento della moneta tra gli operatori economici»¹³.

Le autorità di vigilanza evidenziano che il sistema dei pagamenti può funzionare correttamente in presenza di *i)* un quadro giuridico chiaro, coerente e stabile, che preserva il potere di acquisto di una moneta priva di valore intrinseco, *ii)* un'azione di monitoraggio costante ed attenta a prevenire o rimediare a malfunzionamenti e manomissioni dei circuiti di pagamento; *iii)* misure giuridiche atte a vigilare sul governo societario e sull'adeguatezza patrimoniale degli imprenditori che accedono al mercato dei servizi di pagamento, così come rimedi istituzionali idonei a contenere la propagazione del dissesto di un intermediario finanziario a tutti gli altri, secondo un effetto domino.

I punti sub *i)*, *ii)* e *iii)*, rinviano alla regolamentazione del rischio legale, operativo, nonché dei rischi di liquidità, di credito e sistemico. Sono rischi che interessano in maniera immediata e diretta le obbligazioni di pagamento interbancarie, ma si ripercuotono, a valle, sul rapporto tra debitore e creditore dell'obbligazione pecuniaria. Infatti, il mancato regolamento delle partite tra gli intermediari finanziari può travolgere l'ordine di pagamento del cliente, laddove una procedura concorsuale fosse aperta a carico dell'intermediario con le prevedibili azioni revocatorie esperite dall'organo competente¹⁴.

Questi rischi sono monitorati e controllati in sede di esercizio della funzione di sorveglianza, che spetta alle banche centrali, non soltanto in ragione del ruolo di prestatore di ultima istanza loro proprio, ma anche per la stretta relazione tra il buon funzionamento del sistema dei pagamenti e l'efficacia delle misure di politica monetaria.

Nei sistemi di pagamento al dettaglio¹⁵, la funzione di sorveglianza delle banche centrali rappresenta lo strumento privilegiato di

¹³ BANCA D'ITALIA, *Libro Bianco sul sistema dei pagamenti in Italia*, Roma 1987, 4.

¹⁴ R. BRIZI, P. GIUCCA, F. SASSO, *I sistemi di pagamento*, cit., 61 ss.

¹⁵ Sono i sistemi di pagamenti al dettaglio, che hanno regole condivise ed uniformi per lo scambio, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento di importo pari o inferiore a 500.000 euro, generalmente contraddistinte da una bassa

intervento, che ne promuove l'efficienza, l'efficacia e la sicurezza. Al contrario, nei sistemi di pagamento di importo elevato è più frequente l'intervento operativo diretto: la banca centrale organizza e gestisce il servizio di regolamento, al fine di minimizzare le manifestazioni del rischio sistemico¹⁶.

3. *Il cambiamento di approccio: dal contesto internazionale al modello regionale*

Negli anni ottanta, gli studi economici¹⁷ ed istituzionali¹⁸ hanno promosso una revisione concettuale che, facendo leva sul multilateralismo degli scambi¹⁹, ha suggerito di inquadrare il fenomeno

priorità e trasmesse in forma aggregata. Cfm.: Provvedimento della Banca d'Italia del 12 settembre 2012.

¹⁶ Non si vuole sostenere che non vi sia intervento operativo diretto della banca centrale nei sistemi che trattano pagamenti di importo non elevato. Tuttavia, è invalsa in quel settore di mercato una maggiore apertura alla concorrenza.

¹⁷ Tommaso Padoa Schioppa osservava che «Chi si è formato come economista e ha cominciato a praticarne il mestiere negli anni Sessanta e Settanta non è stato istruito a porre la funzione di mezzo di pagamento al centro delle questioni che riguardano la moneta; le analisi si incentravano soprattutto sulle altre due funzioni di numerario e di riserva di valore». Cfm: T. PADOA SCHIOPPA, *La moneta e il sistema dei pagamenti*, Bologna, 1992, 9. Diversi anni dopo F. BELLI, *Il denaro e l'etica (un appunto)*, in *Dir. Banc.*, 2002, 353-404, scriveva che il concetto di scambio non era l'unica radice, ma di certo un «ingrediente indispensabile al concetto di denaro – *rectius*, al concetto di cui oggi disponiamo, così come è andato plasmandosi nel corso della storia» (p. 355).

¹⁸ Banca d'Italia, *Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia*, Roma, aprile, 1987. Risalgono ai primi anni novanta i report del Comitato dei Governatori delle Banche Centrali degli Stati membri dell'Unione Europea e della Banca dei Regolamenti Internazionali. Un approfondimento in: M. PERASSI, *I sistemi di pagamento internazionali*, in *Banca e borsa*, 2000, I, 482-514.

¹⁹ Il multilateralismo lancia il concetto di sistema dei pagamenti: «se il pagamento è l'atto attraverso il quale la moneta viene passata dalla mano del compratore a quella del venditore», è altresì «un servizio reso ai due scambisti da un terzo, colui per il quale la moneta costituisce una passività a vista». Cfr.: T. PADOA SCHIOPPA, *La moneta e il sistema dei pagamenti*, cit., 44 s. Individuato come tratto caratterizzante delle economie monetarie, tanto negli scambi con banconote che per gli altri con moneta scritturale, il multilateralismo è una conseguenza necessaria del passaggio dallo scambio diretto alla compravendita per effetto del ricorso alla moneta fiduciaria. Cfr., F. BELLI, *Qualche osservazione a margine dei pagamenti e del controllo del sistema (dei sistemi) di pagamento*, cit., 19 ss.

monetario valorizzando la cooperazione degli intermediari nei sistemi di scambio, compensazione e regolamento.

Il ripensamento delle categorie concettuali e dell'approccio normativo sono sollecitati dallo sviluppo tecnologico – la diffusione delle comunicazioni telematiche e della rete Internet - che ha gradualmente sostituito lo scambio di supporti cartacei con la trasmissione di flussi informativi, non soltanto nell'adempimento delle obbligazioni interbancarie, ma anche nella relazione giuridica tra debitore e creditore dell'obbligazione pecuniaria²⁰. Quello che si può cogliere come un cambio di passo diventa più chiaro nelle parole di Tommaso Padoa Schioppa, secondo il quale «(...) il punto principale di tale revisione è consistito nel comprendere che al centro del sistema dei pagamenti non vi è uno strumento, ma un servizio; non vi sono le banconote, gli assegni, i conti correnti, le carte di plastica. Al centro vi sono i trasferimenti di moneta»²¹.

In quegli anni, le indagini e gli approfondimenti svolti dalla Banca dei Regolamenti Internazionali hanno sollecitato le autorità di vigilanza e regolazione ad esaminare il sistema dei pagamenti con un approccio olistico che, favorendo la fluida circolazione delle informazioni contabili e dei valori monetari, prova a rimuovere gli ostacoli nel passaggio da uno strumento di pagamento all'altro, una volta che l'ordine di pagamento è stato impartito²². Del resto, l'esigenza di

²⁰ «E mentre l'impatto della tecnologia sulla moneta e sulla finanza impone continui aggiornamenti dell'impostazione dei problemi e delle strategie operative, si avverte che ciò che appariva all'inizio una semplice tecnica di meccanizzazione ha implicazioni sempre più profonde sulla natura stessa dei fenomeni finanziari e monetari e addirittura sulla teoria che li descrive e li interpreta». T. PADOA SCHIOPPA, *La moneta e il sistema dei pagamenti*, cit., 15.

²¹ T. PADOA SCHIOPPA, *La moneta e il sistema dei pagamenti*, cit., 75. Per rappresentare il cambiamento potrebbe essere di aiuto immaginare il sistema dei pagamenti come un'entità organica della quale si cura non il corretto funzionamento dell'uno o dell'altro organo, bensì il sistema sanguigno, affinché la circolazione possa essere fluida in tutto l'organismo. Con questo obiettivo, sono monitorati i fattori che possono ostacolare il corretto fluire del sangue, quale che sia l'organo interessato.

²² Un report della Banca dei Regolamenti Internazionali (di seguito, BIS) assumeva l'espressione *payment systems* come «the instruments, rules and procedures that enable users to meet payment obligations. (...) Each payment system should, however, be designed as an entity so that once a payment operation has been initiated it can reach completion without any need to switch from one instrument to another».

istituire la Banca dei regolamenti internazionali e poi, al suo interno, un Gruppo di esperti sui sistemi di pagamento, risponde proprio alla consapevolezza che le comunicazioni telematiche accrescono la permeabilità dei mercati nazionali alle crisi dell'una o dell'altra banca a rilevanza internazionale, come già le vicende degli anni settanta lasciavano presagire²³.

Guardando più da vicino l'evoluzione del quadro giuridico europeo, consta il passaggio dallo strumento al servizio, dal singolo atto di impresa all'attività economica che coinvolge intermediari diversi nell'esecuzione del trasferimento di somme di denaro. Nelle successive quattro sezioni, l'analisi declina le qualità del sistema di pagamento, precisamente l'affidabilità, l'interoperabilità, l'efficienza, l'inclusività, soffermandosi prima sulle indicazioni di merito e metodo offerte dalle autorità internazionali di regolazione per chiedersi se e come queste sollecitazioni sono state accolte e declinate nella costruzione del mercato interno dei pagamenti.

3.1. Affidabilità

Se un sistema di scambio, compensazione e regolamento ha una solida base giuridica nonché validi meccanismi di controllo e distribuzione dei rischi, vi sono ragioni per confidare nella sua stabilità e ritenere che i fondi possono essere veicolati con regolarità e continuità, in maniera affidabile. Come si dirà per l'efficienza²⁴, l'affidabilità è un predicato dei sistemi di pagamento del quale si occupano più le banche centrali nell'esercizio della funzione di sorveglianza che i provvedimenti legislativi.

Fin dal Rapporto Angell del Gruppo dei Dieci²⁵ l'aspetto più delicato degli accordi di *netting* è colto nel *trade-off* tra esigenze di efficienza e di stabilità. Le une sollecitano gli intermediari bancari e finanziari a ridurre le esposizioni nei confronti delle controparti e lo scambio di

BIS, *Payment systems in eleven developed Countries*, February, 1980, 3. Cfr.: <https://www.bis.org/cpmi/publ/d01a1.pdf>

²³ R. BRIZI, V. FUCILE, P. GIUCCA, *I principi e gli standard internazionali*, cit., 139 ss.

²⁴ Infra: § 3.3.

²⁵ Cfm.: Report on netting schemes (di seguito, Rapporto Angell), 9 February, 1989, 7 s.

flussi monetari; le altre interrogano sulle ripercussioni dell'accordo di *netting* sull'allocazione dei rischi di credito e di liquidità; l'uno e l'altro influenzano l'efficienza sociale complessiva dei sistemi di compensazione. La multilateralità, infatti, può ridurre i costi e gli inconvenienti tipici della rete di accordi bilaterali e transfrontalieri, ma potrebbe altresì sortire l'effetto di accrescere il rischio sistemico dissimulando l'eccessiva esposizione debitoria di un partecipante nel calcolo del rispettivo saldo di compensazione²⁶.

Senza soluzione di continuità per metodo e contenuti con gli studi precedenti, il successivo Rapporto Lamfalussy²⁷ si è concentrato sulle obbligazioni interbancarie ma non ha operato una scelta tra l'una o l'altra forma istituzionale che l'accordo di *netting* può assumere²⁸, o sulla natura pubblica o privata della controparte centrale negli accordi di compensazione multilaterale²⁹. Secondo i criteri-guida proposti dal Rapporto Lamfalussy, la regolamentazione *i)* promuove nei partecipanti la consapevolezza dei rischi finanziari che la

²⁶ Report of the Committee on Interbank netting schemes of the central banks of the group of Ten Countries (in seguito, Rapporto Lamfalussy), 18 November 1990, 4 s. La preoccupazione di fondo era già manifesta nel precedente studio: l'ampiezza e la durata dell'esposizione ai rischi di credito e di regolamento poteva amplificare il rischio sistemico, anche in ragione della propensione all'azzardo morale dei partecipanti che confidavano nell'intervento della controparte centrale, soprattutto se questa era una banca centrale.

²⁷ Rapporto Lamfalussy, op. cit.

²⁸ Gli accordi di compensazione contemplati dal Rapporto Angell sono di tre tipi: 1) il c.d. position netting, che si basa su un accordo informale, secondo il quale gli intermediari finanziari convengono di effettuare un unico pagamento, pur restando reciprocamente obbligati per l'ammontare lordo delle transazioni reciproche; 2) il c.d. netting by novation, un accordo formale che effettua una novazione oggettiva dell'obbligazione pre-esistente tra le parti, cosicché saranno tenute reciprocamente solo per il saldo; 3) il c.d. netting by novation and substitution, un accordo multilaterale con il quale è effettuata una novazione oggettiva e soggettiva delle obbligazioni precedenti, perché tutti gli intermediari partecipanti all'accordo saranno tenuti soltanto al pagamento del saldo verso una controparte centrale, rappresentata dalla stanza di compensazione. Cfm.: Group of Experts on Payment Systems of the Central Banks of the Group of Ten, *Report on netting schemes*, 11 ss.

²⁹ Quando il Rapporto Angell (p. 18 ss.) esamina gli accordi multilaterali di netting, contempla sia la possibilità che il ruolo di controparte centrale sia rivestito dalla banca centrale sia da un soggetto vigilato, evidenziando l'importanza della scelta in ragione del rischio di liquidità e di credito che assumere visto che entra come controparte in ogni regolamento.

partecipazione allo schema comporta; *ii*) prescrive ai sistemi di compensazione multilaterale la predisposizione di procedure chiare per la gestione dei rischi di credito e di liquidità, distinguendo le responsabilità del gestore del sistema da quelle dei singoli partecipanti; *iii*) dispone che i sistemi adottino le misure necessarie a completare il regolamento dell'ordine di pagamento nei tempi, anche quando il partecipante con la maggiore esposizione debitoria versi in stato di insolvenza.

L'esperienza successiva ha invero i principi ed i criteri elaborati nel Rapporto Lamfalussy. Infatti, il report sulle reti di natura sistemica del 2001 li ha conservati ed ampliati, aggiungendone altri quattro³⁰: a) i partecipanti sono sollecitati ad utilizzare come moneta di regolamento le passività della banca centrale che interviene come controparte centrale; b) i sistemi presentano un'organizzazione semplice per i partecipanti ed efficiente per il sistema economico; c) il governo dei sistemi di pagamento si basa su accordi trasparenti e verificabili; d) gli ordini di pagamento sono da processare al più nel giorno lavorativo nel quale sono immessi nel sistema³¹.

³⁰ Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS), *Core principles for systematically important payment systems*, Basel: Bank for International Settlement, 2001. Che siano pensati per i sistemi rilevanti sotto il profilo del rischio sistemico, non esclude che possano essere applicati agli altri estranei a questa categoria. Secondo lo studio del CPSS, è tipicamente considerato di importanza sistemica un sistema di pagamento che presenta almeno uno dei seguenti requisiti: i) rappresenta l'unico o il principale sistema di pagamento di uno Stato; ii) processa ordini di pagamento di importo elevato; iii) è utilizzato per il regolamento delle transazioni sul mercato finanziario o di altri sistemi di pagamento (in particolare, p. 15). In altri termini, sono considerati di importanza sistemica, quegli accordi che possono innescare un effetto domino nel caso uno dei partecipanti versi in stato di insolvenza, quale che sia l'assetto istituzionale o la forma organizzativa assunti.

³¹ Cfr.: CPSS, *Core principles for systematically important payment systems*, cit., 57 ss.

Queste sollecitazioni trovano eco nella direttiva 98/26/CE³² e, più di recente, nei regolamenti BCE adottati nel 2014 e nel 2021³³, che disciplinano i c.d. SIPS o *Systematically Important Payment Systems*³⁴. Il punto di partenza del discorso è la definizione del sistema di pagamento come un'organizzazione a base contrattuale, precisamente un «accordo formale fra tre o più partecipanti, senza contare un eventuale controparte centrale, un'eventuale stanza di compensazione o un eventuale partecipante indiretto, con regole comuni e accordi standardizzati per l'esecuzione di ordini di trasferimento tra i partecipanti»³⁵. Nel dare una solida base giuridica a questi sistemi, il

³² Direttiva 98/26/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 maggio 1998 concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli, pubblicata in GUCE L 166, 11.6.1998, 45. Cfr: F. MOLITERNI, *I sistemi di pagamenti dalla direttiva 98/26/CE a TARGET (Sistema Transfrontaliero Automatizzato di Trasferimento Espresso con Regolamento Lordo in Tempo Reale)*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000 (3), 703-718; A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca e borsa*, 2004, 437-466.

³³ Reg. BCE n. 795 del 2014, così come modificato dal Reg. BCE n. 728 del 2021.

³⁴ Secondo l'Art. 1, co. 3, Reg. BCE n. 795/2014 – e questa definizione è rimasta inalterata-, «Un sistema di pagamento è identificato come SPIS se: a) è idoneo a essere notificato ai sensi della direttiva 98/26/CE da parte di uno Stato membro la cui moneta è l'euro ovvero il suo gestore è insediato nell'area dell'euro o ivi stabilito attraverso una succursale che provvede alla gestione del sistema; e b) almeno due delle seguenti condizioni siano soddisfatte nell'anno civile considerato:

i) il valore medio totale giornaliero dei pagamenti denominati in euro trattati è pari o superiore all'importo di 10 miliardi di euro;

ii) la sua quota di mercato è pari o superiore ad almeno una di quelle di seguito indicate:

— 15 % del volume totale dei pagamenti denominati in euro,

— 5 % del volume totale dei pagamenti transfrontalieri denominati in euro,

— 75 % del volume totale dei pagamenti denominati in euro a livello dello Stato membro la cui moneta è l'euro;

iii) la sua attività transfrontaliera (ossia con partecipanti insediati in un paese diverso da quello del gestore dello SPIS e/o mediante collegamenti transfrontalieri con altri sistemi di pagamento), coinvolge cinque o più paesi e genera come minimo il 33 % del volume totale dei pagamenti denominati in euro elaborati da quel SPIS;

iv) è utilizzato per il regolamento di altre IF».

Il ventaglio dei sistemi di pagamento qualificabili come SPIS è stato ampliato dall'Art. 1, Reg. 2021/728/UE che ha aggiunto il co. 3 bis all'Art. 1, Reg. 2014/795/UE.

³⁵ Art. 2, lett. a), 1° alinea, dir. 98/26/CE.

legislatore europeo si è misurato con i problemi consueti ma, su tutto, con la questione dello spazio da lasciare all'autonomia negoziale dei partecipanti, quale altro spazio riservare a sé o agli Stati membri. Al legislatore europeo spetta la scelta di chi possa accedere al sistema in qualità di partecipante diretto o indiretto, ma ha altresì sancito l'irretroattività della procedura di insolvenza che interessa uno dei partecipanti prescrivendo che gli ordini di trasferimento e il *netting* sono opponibili a terzi quando uno degli enti partecipanti è interessato da una procedura di insolvenza, a condizione che siano stati immessi nel sistema in un momento antecedente l'apertura della procedura ovvero immessi ed eseguiti il giorno stesso di apertura della procedura. All'autonomia statutaria è consentita la definizione del momento di immissione dell'ordine di pagamento nel sistema, nonché la scelta della giurisdizione che, però, non può che radicarsi in uno degli Stati membri. Infine, gli Stati possono disporre che, quando un partecipante è interessato da una procedura di insolvenza, i fondi disponibili, i titoli costituiti in garanzia o le linee di credito accordate possono egualmente essere utilizzate per adempiere le obbligazioni sorte in capo al medesimo, secondo le regole ed i meccanismi del sistema di pagamento. Il legislatore nazionale può altresì decidere in merito all'applicazione della disciplina domestica sull'invalidità e l'inefficacia dei contratti, che sono stati la fonte di un ordine di pagamento validamente immesso nel sistema, e può determinare un ricalcolo del saldo³⁶. In tutte queste ipotesi, il quadro giuridico sembra privilegiare la continuità e l'affidabilità del processo di trattamento dati (monetari) messo in moto con l'ordine di pagamento.

Con i Regolamenti BCE è delineato in maniera più chiara il tratto del sistema-organizzazione. Infatti, il Reg. BCE n. 28 del 2014, una volta inquadrato il gestore del sistema come il soggetto responsabile della gestione di un SIPS (o, talvolta, SPIS nella versione italiana dell'acronimo), ne ha definito i compiti³⁷, il suo ruolo nella definizione degli assetti di governo societario³⁸ e nella gestione del rischio «al fine di identificare, misurare, monitorare e gestire in modo integrato la gamma dei rischi insorti nello SPIS o quelli a cui il medesimo è

³⁶ Cfm. artt. 3 (3), 4, 9, dir. 98/26/CE.

³⁷ Art. 3, Reg. BCE/2014/28.

³⁸ Art. 4, Reg. BCE/2014/28.

esposto»³⁹. Dunque, vi è un rischio associato al servizio prestato dal sistema che è colto come la sintesi - e non la semplice somma - dei rischi (di liquidità, di credito, operativo) cui sono esposti i singoli partecipanti diretti ed indiretti. La valutazione di questo rischio guida il gestore nell'individuazione delle priorità e degli assetti di governo societario, così come nella scelta dei componenti del Consiglio del SIPS⁴⁰.

Per i sistemi di pagamento al dettaglio o, comunque, per quelli che non rivestono un'importanza sistemica, consta molto più spazio all'autonomia negoziale. La nozione di sistema di pagamento corre senza soluzione di continuità tra la PSD1⁴¹ e la PSD2⁴², a tenore delle quali è «un sistema di trasferimento fondi regolato da disposizioni formali e standardizzate e regole comuni per il trattamento, la compensazione e/o il regolamento di operazioni di pagamento»⁴³. Per fondi le PSD⁴⁴ intendono le banconote e il contante, la moneta scritturale e la moneta elettronica⁴⁵, mentre le operazioni di pagamento

³⁹ Art. 5, Reg. BCE/2014/28.

⁴⁰ Secondo l'Art. 2, n. 19), con il termine Consiglio si comprende il consiglio di amministrazione o il consiglio di sorveglianza del gestore di uno SPIS o entrambi secondo la legislazione nazionale.

⁴¹ 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, pubblica su *GUCE L 319, 5.12.2007, 1*.

⁴² 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, pubblicata in *GUCE L 337, 23.12.2015, 3*.

⁴³ Art. 4, n. 7, PSD2.

⁴⁴ L'acronimo PSD si riferisce sia alla PSD1 che alla PSD2.

⁴⁵ La PSD1 si riallaccia alla definizione di moneta elettronica posta nella direttiva 2000/46/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 settembre 2000, riguardante l'avvio, l'esercizio e la vigilanza prudenziale dell'attività degli istituti di moneta elettronica, pubblicata su *GUCE L 275, 27.10.2000, 39*. A sua volta, la PSD2 richiama la definizione di moneta elettronica posta nella direttiva 2009/110/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, sull'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, pubblicata su *GUCE L 267, 10.10.2009, 7*.

comprendono gli atti di prelievo, collocamento e trasferimento fondi disposti dal pagatore o dal beneficiario⁴⁶.

Sono esclusi dalle PSD le «operazioni di pagamento realizzate all'interno di un sistema di pagamento o di un sistema di regolamento dei titoli tra agenti di regolamento, controparti centrali, stanze di compensazione e/o banche centrali e altri partecipanti al sistema e prestatori di servizi di pagamento, fatto salvo l'articolo 28»⁴⁷.

Se l'ipotesi di esclusione intendeva sottrarre alle PSD le operazioni di pagamento tra intermediari e stanze di compensazione ovvero tra intermediari, allora, potrebbe sostenersi che è una disposizione superflua. Infatti, anche in mancanza di un'espressa esclusione, era ragionevole assumere che le PSD non sarebbero state applicate alle operazioni di pagamento di questo genere in ragione delle finalità perseguite dalla disciplina - aumentare e rendere omogeneo il livello di protezione degli utilizzatori del servizio, pagatori o beneficiari, consumatori o professionisti, oltre che migliorare la contendibilità del mercato-. Al contrario, se si intendeva sottrarre dal quadro armonizzato anche i sistemi di pagamento che direttamente o indirettamente entrano in contatto con l'utente finale, allora l'esclusione appare comprensibile ma non pienamente convincente. Essa è tratteggiata come un'attività di impresa *i)* non riservata; *ii)* consentita agli istituti di pagamento (ovvero degli istituti di moneta elettronica) solo come attività ancillare (alla prestazione dei servizi di pagamento)⁴⁸. Tuttavia, questa scelta sembra sottovalutare la natura di processo della moneta-servizio di pagamento, che combina in maniera inscindibile non soltanto le attività di custodia dei fondi, compensazione e regolamento, ma anche le altre di protezione della privacy, di promozione del marchio, trattamento e

⁴⁶ Art. 4, nn. 5 e 15, PSD1.

⁴⁷ Art. 3, lett. h), PSD1. La lett. h) non è stata interessata da modifiche nella PSD2. Proprio l'Art. 28, rinumerato come Art. 35 nella PSD2, ha prescritto l'obbligo di praticare condizioni soggettive di partecipazione obiettive, proporzionate e non-discriminatorie, consentendo di limitare la partecipazione di prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati «per proteggere il sistema da rischi specifici, come il rischio di regolamento, il rischio operativo e il rischio di impresa, e tutelarne la stabilità finanziaria ed operativa». L'Art. 28(1), PSD1 è rimasta pressoché inalterata nella PSD2.

⁴⁸ Art. 18 (1) (b), PSD2.

autenticazione dei dati, come in un certo qual senso è emerso nel recente caso *Wirecard*⁴⁹.

3.2. Interoperabilità

L'interoperabilità si stabilisce tra sistemi che comunicano reciprocamente perché presentano elementi di condivisione⁵⁰. Può trattarsi dello stesso linguaggio, cosicché i dati e le informazioni sono interpretati in modo uniforme, ma anche di standard tecnici identici o compatibili; infine, sono interoperabili i sistemi che concordano sui diritti e gli obblighi dei partecipanti, precisamente, chi possa partecipare, come si distribuisce tra i partecipanti il rischio di liquidità

⁴⁹ S. ZERANSKI, I. E. SANCAK, *Does the “Wirecard AG” case address fintech crises?*, *ZWIRN Working Paper* 2020. n. 2.

⁵⁰ Le interconnessioni di tipo diretto sono rappresentate da collegamenti tangibili, mentre le altre indirette sono create da un elemento condiviso, sia esso un ente, un modello o un'infrastruttura. La tassonomia delle interdipendenze distingue le *system-based*, le *institution-based* e le *environmental interdependencies*.

Il primo gruppo comprende i collegamenti stabiliti in virtù di una relazione diretta tra sistemi di pagamento, nel senso che il servizio prestato da un sistema dipende da quello di un altro, attraverso una cooperazione di tipo orizzontale o verticale. Tuttavia, l'interdipendenza inter-sistemica può essere creata anche attraverso i meccanismi di gestione e di controllo dei rischi, come quando due o più sistemi gestiscono i rischi finanziari oppure operativi su base centralizzata, o ancora raggiungono accordi per condividere i rischi o per condividere le risorse che mitigano i rischi.

Sono riconducibili al secondo gruppo le interdipendenze, di tipo indiretto, basate sulla condivisione dei servizi di un'istituzione finanziaria, come accade per i servizi di compensazione e regolamento offerti da VISA agli enti affiliati. La definizione dei meccanismi di gestione e controllo dei rischi, finanziari ed operativi, può stabilire un collegamento indiretto quando, ad esempio, due o più sistemi condividono la medesima istituzione finanziaria che fornisce loro linee di credito garantite per l'ipotesi di una temporanea carenza di liquidità di un partecipante che gli impedisse di ottemperare alle proprie obbligazioni nella giornata lavorativa. Ancora, quando due o più sistemi di pagamento hanno stabilito procedure *failure-to-settle* con il medesimo centro dati che offre servizi di salvataggio e custodia dei dati.

Infine, le interdipendenze indirette possono essere di tipo ambientale, perché due o più sistemi di pagamento si avvalgono dello stesso tipo di garanzie, utilizzano gli stessi modelli di valutazione e gestione dei rischi, o standard informativi, o condividono il fornitore di servizi informatici o di software. Un approfondimento della tassonomia dei collegamenti in: Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS), *The interdependencies of payment and settlement systems*, Bank for International Settlement: Basel, 2008, 10 ss.

o di insolvenza di uno di essi, ma anche quando e come sono adempiute le reciproche obbligazioni⁵¹.

Nel 2008, il *Committee on Payment and Settlement System* prendeva atto che l'interconnessione era un fenomeno sotteso ai trasferimenti transfrontalieri e multi-valutari di fondi fin dal Rapporto Lamfalussy; la sua pervasività sollecitava i diversi attori ad una revisione della strategia di gestione e monitoraggio dei rischi⁵². Vi era la consapevolezza che i rischi potevano propagarsi in tempi più brevi ed in maniera più capillare perché l'innovazione tecnologica, la globalizzazione dei mercati e le operazioni di consolidamento nel settore finanziario hanno alimentato collegamenti intersistemici stabili, diretti ed indiretti. Diventava così difficile continuare ad inquadrare giuridicamente i sistemi di pagamento come monadi, impermeabili alle vicende di instabilità degli altri. Muovendo da queste premesse, è affiorata l'esigenza di un ripensamento dei meccanismi di monitoraggio e gestione dei rischi finanziari ed operativi: è stato suggerito dal *Committee on Payment and Settlement System* di rivedere le politiche e gli strumenti di gestione e controllo del rischio di regolamento in modo tale che ciascun sistema andasse oltre le proprie operazioni e le proprie esposizioni debitorie per tener conto dell'ampio ventaglio di interruzioni o rallentamenti del flusso informativo (o monetario) che possono originarsi e svilupparsi in altri sistemi. Infatti, a fronte di una riduzione del rischio di credito ed operativo, le interdipendenze tra i sistemi di compensazione e regolamento possono facilitare una diffusione più ampia e rapida delle perturbazioni, consentendone una trasmissione sequenziale dall'uno all'altro sistema di pagamento, con serie ripercussioni sull'efficacia dei meccanismi di gestione dei rischi⁵³.

Sul piano europeo, la questione non poteva che porsi in via prioritaria per i sistemi di pagamento e regolamento di importanza sistemica. La dir. 2009/44/CE⁵⁴, emendando la dir. 98/26/CE, ha

⁵¹ C. BOAR, S. CLAESSENS, A. KOSSE, R. LECKOW, T. RICE, *Interoperability between payment systems across borders*, BIS Bulletin, n. 49, December 2021, 1-6.

⁵² CPSS, *op. cit.*

⁵³ Committee on Payment and Settlement Systems (CPSS), *The interdependencies of payment and settlement systems*, cit., 26 ss.

⁵⁴ Dir. 2009/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 maggio 2009, che modifica la direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli e la direttiva 2002/47/CE

assecondato le più recenti linee di policy degli studi internazionali, che si ponevano il problema dei collegamenti intersistemici come cinghia di trasmissione dei rischi. Ha considerato interoperabili «due o più sistemi di pagamento i cui operatori hanno concluso un accordo che contempla l'esecuzione di ordini di pagamento tra sistemi»⁵⁵. Più nel dettaglio, sono considerati legalmente vincolanti ed opponibili a terzi gli ordini di pagamento immessi nei sistemi ed il saldo relativo anche quando la procedura di insolvenza interessi *i)* un partecipante ad un sistema interoperabile; *ii)* il soggetto che gestisce un sistema interoperabile⁵⁶.

Spostando l'attenzione ai sistemi di pagamento non di importanza sistemica, l'interoperabilità ha rappresentato una costante sollecitazione delle Raccomandazioni della Commissione⁵⁷. Tuttavia,

relativa ai contratti di garanzia finanziaria per quanto riguarda i sistemi connessi e i crediti, pubblicata in *GUCE L 146, 10.06.2009, 37*.

⁵⁵ Art. 2, lett. o), dir. 98/22/CE, versione consolidata.

⁵⁶ Art. 3, co. 1, dir. 2009/44/CE. Si rivela molto interessante la scelta lessicale dei considerando (14) e (22 bis), introdotti dalla dir. 2009/44/CE. Secondo il considerando (14) «le autorità nazionali competenti o le autorità di vigilanza dovrebbero garantire che gli operatori dei sistemi che istituiscono sistemi interoperabili *abbiano concordato* sul momento di immissione nei sistemi interoperabili. Le autorità nazionali competenti o le autorità di vigilanza *dovrebbero garantire* che le regole sul momento di immissione in sistemi interoperabili siano coordinate, *nella misura del possibile e del necessario*, onde evitare l'incertezza giuridica in caso di inadempimento di uno dei sistemi partecipanti» (il corsivo è nostro). Analogamente il considerando (22 bis) dispone che «(...) per limitare i rischi sistemici è auspicabile prevedere che gli operatori di sistemi interoperabili coordinino le regole sul momento di immissione e irrevocabilità nei sistemi da essi gestiti» (il corsivo è nostro).

⁵⁷ Racc. 87/598 dell'8. 12.1987 in G.U. L 365 del 24.12.1987 (Il codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico);

- Racc. 88/590 CEE e del 17.11.1988 pubblicata in G.U. L 317 del 24.11.1988;

- Comunicazione sull'applicazione delle regole di concorrenza CE ai sistemi di bonifici transfrontalieri, pubblicata in G.U.C.E. n. C 251 del 27/09/1995;

- COM (1990) 447, del 26 Settembre 1990, *Making payments in the Internal Market*;

- Racc. 97/489 CEE del 30.07.1997 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti, pubblicata in G.U. L 208 del 02.08.1997;

COM (2000) 36, del 31.01.2000 su “*I pagamenti al dettaglio nel mercato interno*”;

- COM (2001) 66, del 7.02.2001 su “*E-commerce and financial services*”;

non è mai diventata una prescrizione vincolante, molto probabilmente in omaggio al principio di neutralità tecnologica, che ha lasciato agli imprenditori le scelte su modelli operativi e standard tecnici. Queste premesse consentono di apprezzare il meccanismo di governance pubblico-privata⁵⁸ scandito nel quadro del progetto SEPA (*Single Euro Payment Area*)⁵⁹ sul quale si tornerà nel prosieguo dell'analisi⁶⁰.

3.3. Efficienza

L'efficienza è intesa come quella «*proprietà dei sistemi che offrono servizi rapidi, economici e pratici per gli utilizzatori, nonché vantaggiosi per i mercati finanziari e l'economia*»⁶¹; questa definizione è mutuata dalle disposizioni della Banca d'Italia ma si può considerare condivisa nel quadro del Sistema Europeo delle Banche Centrali (SEBC), visto che tutte le banche centrali dell'Eurozona sono investite

- COM (2003) 718, del 2.12.2003, relativa a *Un nuovo quadro normativo per i pagamenti nel mercato interno*;

- Racc. 2011/442/UE del 18 luglio 2011 sull'accesso a un conto di pagamento di base;

- COM (2011) 941, DEL 11.1.2012 *Green paper: Towards an integrated European market for card, Internet and mobile payments*;

- SWD (2015) 58, Commission Staff Working Document on the movement of capital and the freedom of payments;

- COM (2015) 192, 6.5.2015, *A digital single market strategy for Europe*;

- COM (2020) 592 final, 24.09.2020, *A retail payment strategy for EU*.

⁵⁸ A. JANCZUK, Sources of EU Payments Law, in *Money, Payment Systems and the European Union. The regulatory challenges of governance*, G. GIMIGLIANO (a cura di), Newcastle upon Tyne, 2016, 2 – 24.

⁵⁹ Infatti, nel quadro SEPA, sotto l'egida della BCE, gli intermediari bancari e non bancari aderenti al progetto, elaborano e condividono standard tecnici e regolativi che, come norme convenzionali, applicheranno alle operazioni di pagamento in euro, indipendentemente dall'adesione all'eurozona dello stato membro d'origine.

⁶⁰ Infra § 5.1. (lett. a).

⁶¹ Banca d'Italia, *Provvedimento 24 febbraio 2004*, in G.U. n. 75 del 30 marzo 2004 (art. 1, lett. d). Secondo il considerando (46) PSD1, «buon funzionamento e l'efficienza del sistema di pagamento dipende dal fatto che l'utente possa fidare che il prestatore di servizi di pagamento esegua l'operazione di pagamento in modo corretto ed entro i tempi stabiliti».

dal Trattato e dallo Statuto SEBC della sorveglianza sul regolare funzionamento dei sistemi di pagamento⁶².

Appare interessante considerare in questa sede che, secondo il dibattito internazionale, la crescita in termini di efficienza è anche il portato della presenza sempre più pervasiva ed eterogenea di prestatori di servizi di pagamento non bancari che può favorire appunto processi di specializzazione del lavoro. Secondo il *Committee on Payments and Market Infrastructures*, presso la Banca dei Regolamenti Internazionali, la specializzazione tecnologica ed operativa di questi soggetti può consentire una migliore e più tempestiva diversificazione del servizio di pagamento rispetto alle esigenze del mercato e, quindi, generare miglioramenti in termini di efficienza⁶³.

Sul piano europeo, la dir. 98/26/CE ha stabilito che solo gli enti creditizi che hanno sede legale ed amministrazione generale in uno Stato dello Spazio Economico Europeo, ovvero hanno in quell'area una succursale, possono intervenire come partecipanti diretti⁶⁴. Su questo aspetto, però, sembrano esserci dei ripensamenti; la Commissione contempla la possibilità di ampliare, in sede di revisione della Direttiva richiamata, il novero dei partecipanti diretti per comprendervi anche gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica⁶⁵.

Per i sistemi di pagamento che non rivestono un'importanza sistemica, l'efficienza è promossa sollecitando l'ingresso sul mercato rilevante di imprenditori diversi dalle banche e dai grandi emittenti carte di credito. Inoltre, per la medesima finalità, sono lasciati al di fuori del perimetro regolativo i prestatori di attività strumentali al trasferimento dei fondi, quali le attività di *back-end* - dal servizio di protezione dei dati all'elaborazione e manutenzione di software dedicati, dall'attività di *compliance* prescritta nella disciplina anti-riciclaggio alla protezione dei dati personali -⁶⁶.

⁶² Art. 3, Protocollo sullo Statuto del Sistema Europeo delle Banche Centrali e della Banca Centrale Europea.

⁶³ COMMITTEE FOR PAYMENTS AND MARKET INFRASTRUCTURES (CPMI), *Non-banks in retail payments*, Bank for International Settlements: Basel, 2014.

⁶⁴ I partecipanti diretti possono poi fungere da tramite per i partecipanti indiretti. A conferma della dir. 98/26, l'Art. 16, Reg. BCE/2014/28 ha disposto che i criteri di accesso devono essere giustificati in termini di sicurezza ed efficienza dello SPIS e dei mercati serviti.

⁶⁵ COM (2020) 592 final, 23.

⁶⁶ Art. 3, lett. (h), (j), PSD2.

Con la PSD1, la direttiva ha subordinato ad autorizzazione l'esercizio dell'attività economica con la quale si trasferivano, prelevavano o collocavano i fondi, ma anche attività strettamente funzionali alle prime, come l'emissione e di acquisizione degli strumenti di pagamento. Era così introdotto un sistema omologo a quello già invalso, tempo addietro, nel mercato bancario, finanziario e assicurativo, del quale richiamava il principio dell'autorizzazione unica e del controllo del paese d'origine⁶⁷. In questo contesto, nel provare a scalfire l'assetto oligopolistico del mercato dei servizi di pagamento, è creata la figura degli istituti di pagamento, che sono intermediari finanziari non bancari specializzati nella prestazione di servizi di pagamento. Essi possono scegliere una forma organizzativa pura o ibrida; nel secondo caso, la prestazione professionale dei servizi di pagamento è abbinata ad altre attività di natura finanziaria o non-finanziaria, nel rispetto di precise misure di separazione patrimoniale⁶⁸. Questa scelta, che supera il principio dell'oggetto esclusivo, cercava di raggiungere imprenditori estranei al mercato finanziario ma muniti della necessaria infrastruttura tecnologica (come i prestatori di servizi di telecomunicazione) o massa critica (ad esempio, i social network)⁶⁹. La medesima finalità animava la scelta di calibrare i requisiti di capitale e fondi propri sul rischio sollevati dai servizi di pagamento oggetto di autorizzazione, riducendo così i costi di ingresso ed operatività⁷⁰.

Con la PSD2, la digitalizzazione dei pagamenti ha valorizzato i dati, al pari dei fondi, le informazioni sull'utente del servizio e titolare del conto di pagamento accessibile online. Infatti, è stata modificata la lista delle attività considerate servizi di pagamento con l'introduzione di due nuovi servizi – il servizio di disposizione di ordini di pagamento⁷¹ ed il

⁶⁷ Art. 25 PSD1.

⁶⁸ Art. 9 PSD1.

⁶⁹ In sede di lavori preparatori la Financial Services Authority aveva ribaltato il discorso e sostenuto l'opportunità di introdurre figure ibride per riconoscere il ruolo già svolto da imprenditori già presenti sul mercato dei servizi di pagamento che vogliono riservarsi la possibilità di operare anche in settori commerciali di diversa natura. Cr.: E. PAPA, *Sub Art 114 Terdecies Tub. Patrimonio destinato*, in M. MANCINI et Al. (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi*, Giappichelli: Torino, 2011, 478.

⁷⁰ Artt. 6 – 7 PSD1.

⁷¹ Art. 4, n. 15, PSD2: «un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento a un conto detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento».

servizio di informazione sui conti⁷² - per i quali il prestatore dei servizi di pagamento non entra mai in possesso dei fondi dell'utente⁷³. In queste casi, il prestatore, o *Trusted Third Party* (TTP)⁷⁴, sarà chiamato a comunicare al cliente le informazioni consolidate sulle diverse disponibilità in conto, accedendo ai conti di pagamento dell'utente anche senza aver stabilito un rapporto contrattuale con il prestatore di servizi di radicamento del conto. O, ancora, il prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento, nel veicolare l'ordine impartito, avrà consapevolezza delle preferenze di spesa, delle esigenze e della disponibilità monetaria del singolo utilizzatore; vero che non potrà conservare o utilizzare i dati individualmente raccolti per fini diversi dalla prestazione del servizio di disposizione, ma potrà aggregarli e processarli per offrire altri servizi. Il quadro giuridico ha così disciplinato un fenomeno già invalso sul mercato in conseguenza dell'ampio ricorso alle API, ovvero alle *Application Programming Interface*⁷⁵, che sono interfacce di comunicazione all'interno di una stessa organizzazione o tra organizzazioni⁷⁶. In questo caso, da un lato

⁷² Art. 4, n. 16, PSD2: «un servizio online che fornisce informazioni consolidate relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento».

⁷³ L'allegato alla PSD2 presenta anche un diverso elemento di novità, dal momento che non fa più riferimento alle ipotesi in cui l'ordine di pagamento è impartito tramite dispositivi di telecomunicazione (il n. 7 dell'Allegato alla PSD1).

⁷⁴ V. PROFETA, I *Trusted Third Party*: profili soggettivi e oggettivi, in *Le nuove frontiere dei servizi bancari e di pagamento fra PSD2, criptovalute e rivoluzione digitale*, F. MAINERI, M. MARCINI (a cura di), Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 87, Roma, Settembre 2019, 47-76.

⁷⁵ Le API sono un'interfaccia di comunicazione che consente alle *app* di due o più computer o nodi della rete di comunicare ricorrendo ad un linguaggio comune che entrambi comprendono. Le API possono essere utilizzate internamente («to integrate diverse systems and allow for the exchange of data across different departments by performing API “calls” or sending queries to an API server») o esternamente («integration with company partners and allow third parties to consume organisational data and lead to cross-selling and upselling opportunities down the line»). M. ZACHARIADIS, P. OZCAN, *The API economy and digital transformation in financial services: the case of open banking*, Swift Institute Working Paper n. 2016-001, 5 s.

⁷⁶ EBA Working Group, *Understanding the business relevance of open APIs and open banking for banks*, May 2016: «Every API is an interface but not every interface is an API. API is specific software architectural approach that revolves the view that interfaces should be scalable, reusable and secure while offering ease of use for

vi è il prestatore di servizi di radicamento del conto⁷⁷ e dall'altro le TTP nella forma dei prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento o di informazione sui conti. Con la lente dell'efficienza, le scelte operate dalla PSD2 in favore del c.d. *open banking*⁷⁸, probabilmente non offriranno al titolare del conto un servizio di pagamento più efficiente ma una più efficiente partecipazione al mercato finanziario⁷⁹.

Tuttavia, il passaggio verso l'*open banking*⁸⁰ è stato possibile perché la moneta-servizio di pagamento è disciplinata, fin dalla PSD1, come trasferimento intermediato di fondi integrato ed automatizzato. Un indice su tutti: il consenso ad eseguire un'operazione di pagamento può essere prestato all'intermediario del pagatore direttamente dal medesimo ma anche, indirettamente, dal beneficiario o con la collaborazione del beneficiario o, con la PSD2, tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento⁸¹. In tutti questi casi, l'esigenza di ponderazione cede all'altra di velocità ed efficienza; infatti, nel quadro delle PSD, ogniqualvolta l'ordine di pagamento non è impartito direttamente dal pagatore sembra assumersi che il medesimo abbia abilitato il beneficiario o il TTP di turno ad impartire l'ordine, senza procedere ad una verifica di ciò da parte del prestatore di servizio di radicamento del conto con il pagatore⁸².

developers through self-service. APIs therefore hold the promise to reduce costs and lead time of interfacing between systems allowing for faster, cheaper and better innovation on a larger scale» (§3.1.).

⁷⁷ Il prestatore di servizi di radicamento del conto «fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore» (Art. 4, n. 17, PSD2). Per conto di pagamento, la PSD2 intende «un conto detenuto a nome di uno o più utilizzatori di servizi di pagamento utilizzato per l'esecuzione di operazioni di pagamento» (Art. 4, n. 12).

⁷⁸ L'*open banking* si basa sulle API.

⁷⁹ Diversamente G. OLIVIERI, *PSD2 e tutela della concorrenza nei nuovi mercati dei servizi di pagamento digitali*, in *Giur. Comm.*, 2021 (3), 450 ss., secondo il quale questa novità della PSD2 non è uno strumento pro-concorrenziale bensì di tutela dei clienti.

⁸⁰ L'*open banking* dipende dal buon funzionamento delle API.

⁸¹ Cfr.: Art. 64 PSD2.

⁸² Sembra che il ragionamento a monte sia il seguente: la elettronicazione prima e la digitalizzazione poi rendono più efficiente eseguire un'operazione di segno opposto che riporti il conto alla situazione originaria che svolgere tutti i controlli del caso prima di eseguire il trasferimento di fondi.

L'idea della rilevanza assunta dal servizio di pagamento come processo è trasmessa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁸³. Suona paradigmatica la vicenda *Tecnoservice Int. Srl vs Poste Italiane SpA*⁸⁴ che ha posto la questione dell'interpretazione delle disposizioni agli articoli 74 e 75 PSD1⁸⁵. Ad avviso del giudice di rinvio, le due disposizioni si prestano ad una duplice lettura: possono essere applicate «esclusivamente al rapporto esistente tra il pagatore e la sua banca e non al rapporto tra la banca del beneficiario del pagamento e gli altri interessati, quali l'ordinante, il beneficiario reale o il beneficiario erroneo. In tal caso, a questo secondo rapporto si dovrebbe applicare la sola disciplina nazionale, spesso fondata su norme in materia di responsabilità diverse e più ampie rispetto a quelle istituite dalla direttiva stessa. In base alla seconda interpretazione, i due articoli si applicano alla sua operazione di pagamento nella sua globalità, comprendendo anche la condotta della banca del beneficiario. In tal caso, anche la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento del beneficiario sarebbe strettamente legata al solo rispetto dell'IBAN indicato dall'ordinante»⁸⁶. La Corte ha concluso che la definizione di operazione di pagamento e le scelte operate dalla Direttiva sulle modalità per impartire l'ordine di pagamento lasciano propendere per la seconda opzione interpretativa; pertanto, questa nozione deve essere intesa come «un atto globale e unico tra il pagatore ed il beneficiario, e non unicamente a ciascuno dei rapporti del pagatore e del beneficiario con il proprio prestatore di servizi di pagamento»⁸⁷. Queste considerazioni possono essere estese alla nozione di servizio di pagamento, visto che essa consta nell'esercizio sistematico di operazioni di pagamento come singoli atti di impresa.

⁸³ Sono pronunce di interpretazione pregiudiziale ex Art. 267 TFUE. Questa giurisprudenza si è formata anche nel vigore della PSD1 ma le pronunce sono ancora attuali perché le norme richiamate non sono state interessate da particolari modifiche nella PSD2.

⁸⁴ Causa C-245/18.

⁸⁵ Nella PSD2 sono stati rinumerati come Artt. 88 e 89.

⁸⁶ Causa C-245/18, § 17-18.

⁸⁷ Causa C-245/18, § 26.

3.4. *Inclusività*

La digitalizzazione, in continuità con la elettronicizzazione, ha ridotto il ricorso al contante sollevando un problema di inclusione come capacità del sistema finanziario di raggiungere il maggior numero di utilizzatori al pari del contante. Vi è il rischio che il trasferimento online delle operazioni di pagamento imprima al sistema nel suo complesso una fisionomia elitaria⁸⁸.

In uno studio del 2015 del *Committee on Payments and Market Infrastructures* e del *The World Bank Group* sono state approfondite le cause che inducono a non accendere o a non utilizzare regolarmente un conto di pagamento. In parte, la causa è individuata nei costi fissi elevati, a fronte di transazioni poco frequenti e di basso importo, ai quali si aggiungono i c.d. costi indiretti collegati alla raggiungibilità degli sportelli bancari o a ragioni di contesto, come nelle aree caratterizzate da una diffusa economia sommersa. In alcuni casi, prevale un meccanismo di auto-esclusione: sono gli utilizzatori potenziali a scegliere di escludersi dal sistema dei pagamenti per ragioni religiose o culturali⁸⁹. Dunque, si è posto il dubbio di come facilitare l'accesso ai conti di pagamento.

⁸⁸ Sulle ragioni sociologiche del contante come un'essenziale infrastruttura e bene pubblici, si rinvia all'interessante studio di: U. DALINGHAUS, *Virtually irreplaceable. Cash as public infrastructure*, 2019, <https://www.cashmatters.org/blog/virtually-irreplaceable-cash-as-public-infrastructure-cash-matters-2019> Si coglie l'occasione di segnalare che il progetto di un euro digitale, in altri termini di un Central Bank Digital Currency emessa da banca centrale, è promosso anche per bilanciare il rapporto tra moneta "privata" e moneta "pubblica".

⁸⁹ CPMI - WORLD BANK GROUP, *Consultative Report. Payment aspects of financial inclusion*, cit., 7 ss. Per fronteggiare questa situazione, è stata tratteggiata una strategia articolata. Osservandone gli aspetti essenziali, consta: *i*) la predisposizione di un quadro giuridico snello, neutrale e chiaro, calibrato sul rischio che l'innovazione di processo o di prodotto introduce nel sistema dei pagamenti; *ii*) l'impegno a rimuovere gli ostacoli di ordine gius-economico all'ingresso di nuovi prestatori di servizi di pagamento, prescrivendo loro di adottare precise misure di gestione del rischio per assicurare la continuità del servizio; *iii*) la protezione dei fondi dei clienti, quando non sono coperti dal sistema di assicurazione dei depositi, come accade ad esempio con i prodotti di moneta elettronica; un aspetto questo particolarmente importante quando l'operatore di mercato svolge contestualmente un'attività di impresa di natura non finanziaria che sfugge alla vigilanza delle banche centrali e potrebbe sortire effetti destabilizzanti rispetto all'altra di prestazione di servizi di

Prima che la questione ricevesse formale attenzione al livello internazionale, l'Unione europea aveva già manifestato una certa sensibilità all'inclusione finanziaria: la raccomandazione della Commissione europea del 18 luglio 2011 – gli studi istituzionali richiamati sono del 2015 – ha considerato che «chi non dispone di un conto di pagamento ha un accesso limitato ai servizi finanziari tradizionali, da cui consegue un indebolimento dell'inclusione finanziaria e sociale, spesso a discapito delle categorie di popolazione più vulnerabili. In tali situazioni è inoltre sempre più difficile per i consumatori accedere a beni e servizi essenziali»⁹⁰.

Tre anni più tardi, per superare l'inerzia degli Stati membri, è stata approvata la dir. 2014/92/UE⁹¹ che ha individuato nel conto di pagamento lo strumento-principe di accesso al sistema finanziario precisando l'obbligo di non-discriminazione in ragione della nazionalità, residenza o domicilio, posto in via generale all'art. 18 TFUE⁹². Inoltre, la Direttiva ha conferito a tutti i consumatori legalmente residenti nell'Unione un diritto ad un conto di pagamento «con caratteristiche di base», offerto ad un costo ragionevole o, nel caso del consumatore vulnerabile, a titolo gratuito⁹³. Il servizio, che non soffre limitazioni né nel numero e né nella qualità delle operazioni di pagamento che possono essere eseguite dal titolare, è funzionalmente analogo a quello ordinario: infatti, consente di eseguire, anche *online*,

pagamento; iv) la sollecitazione al più ampio ricorso agli agenti, che possono far fronte agli inconvenienti creati da una disomogenea distribuzione territoriale degli sportelli e smussare le diversità culturali; infine, v) la diffusione di un'informazione preliminare, chiara e completa, sulle condizioni economiche e normative per l'utilizzazione del conto di pagamento e dei servizi offerti.

⁹⁰ Considerando (2), Racc. 2011/442/UE. Questa priorità legislativa è raccolta anche dalla direttiva menzionata nel testo, precisamente al considerando (46).

⁹¹ TFUE sta per Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea. Direttiva 2014/92/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014, pubblicata in GUCE L257/214 del 28/8/2014 (di seguito, PAD). Un inquadramento dettagliato della Direttiva, anche con riferimento all'ordinamento italiano, in: S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca e borsa 2017* (fasc. 6), 787 ss.

⁹² Art. 15 PAD.

⁹³ Secondo l'art. 18, dir. 2014/92/UE, la ragionevolezza delle spese imposte al titolare di un conto di pagamento di base è valutata in funzione dei livelli di reddito nazionali e delle spese medie addebitate dagli enti creditizi nello Stato membro interessato per i servizi forniti sui conti di pagamento.

operazioni di deposito, trasferimento e prelievo dei fondi, su ordine del pagatore o del beneficiario⁹⁴. L'accesso al conto di pagamento di base è subordinato alla prova di un «*reale interesse sul territorio*»; non è chiara la valenza del termine “interesse” ma, ragionevolmente, può indicare la presenza di un qualche legame con il territorio dello Stato membro coinvolto, legame che non necessariamente consta nella presenza fisica del consumatore presso lo stabilimento dell'ente⁹⁵.

Il meccanismo del conto di pagamento di base può colmare la distanza tra l'utente ed il sistema finanziario? La disciplina delle facoltà che spettano al titolare del diritto (conto di pagamento di base) si propone di contemperare opposti interessi: la mancanza di un *business case* per gli imprenditori che offrono un servizio di pagamento ad individui *vulnerabili*; l'interesse dell'individuo a partecipare in maniera piena alla vita economica del territorio di riferimento; l'esigenza dello Stato membro (e dell'Unione) di ampliare la base del sistema dei pagamenti e, con ciò, i soggetti che partecipano al mercato interno⁹⁶.

Mediando tra i diversi interessi, la disciplina armonizzata ha prescritto agli Stati membri di individuare un numero adeguato di enti creditizi che offrono i servizi di conto di pagamento di base⁹⁷; allo

⁹⁴ Cfm., art. 2, nn. 3) e 5), art. 17, dir. 2014/92/UE. In particolare, l'art. 16, co. 9, della direttiva già richiamata precisa che «Gli Stati membri assicurano che l'accesso al conto di pagamento con caratteristiche di base non sia subordinato all'acquisto di servizi accessori, o di azioni dell'ente creditizio, salvo che tale condizione valga per tutti i clienti dell'ente creditizio».

⁹⁵ Il considerando (37) della direttiva in esame precisa che «non dovrebbe essere richiesta la presenza fisica presso le dipendenze degli enti creditizi».

⁹⁶ La questione presenta particolare priorità per l'Unione europea perché l'accesso e l'utilizzazione regolare di un conto di pagamento è condizione essenziale per costruire un'ampia base di utilizzatori dei servizi del mercato unico digitale, un progetto promosso in sede europea nel 2015: cfr.: COM (2015) 192 final.

⁹⁷ Infatti, il considerando (38) della direttiva 2014/92/UE prescrive che «Nel determinare il numero di enti creditizi sufficiente, i fattori da prendere in considerazione dovrebbero includere la copertura della rete degli enti creditizi, le dimensioni di un territorio di uno Stato membro, la distribuzione dei consumatori sul territorio, la quota di mercato degli enti creditizie e se i conti di pagamento con caratteristiche di base rappresentino solo una piccola parte dei conti di pagamento previsti dall'ente creditizio». Sarebbe legittimo chiedersi perché la direttiva applica la disciplina dei conti di pagamento di base esclusivamente agli enti creditizi. La risposta non è offerta dall'articolato. Si potrebbe sostenere che la scelta degli enti creditizi tiene conto della debole contendibilità del mercato dei servizi di pagamento, nel

stesso tempo, ha riconosciuto ai consumatori il diritto ad un *solo* conto di pagamento di base nel territorio considerato ed ha individuato nei comportamenti abusivi del consumatore un giustificato motivo per opporre il rifiuto di contrarre o procedere al recesso dell'ente creditizio. Tuttavia, il perimetro dei comportamenti c.d. abusivi non è chiarito in sede europea, lasciando un certo margine agli Stati membri. L'analisi dei considerando lascia individuare come tali la commissione di truffe gravi o frodi ai danni di un ente creditizio o, ancora, altri comportamenti che ostacolano la piena applicazione della disciplina di contrasto al riciclaggio. Inoltre, sono considerati comportamenti abusivi - ed operano come cause legittime di recesso dell'ente creditizio - le situazioni indicate alle lettere a), b) ed e), dell'art. 19, co. 1, della direttiva: il mancato utilizzo del conto di pagamento per più di ventiquattro mesi consecutivi, l'uso del conto per fini illeciti, la titolarità di altro conto di pagamento (non necessariamente di base) che fornisca al titolare utilità comparabili. Meno chiara è la lettera c) della disposizione considerata, che indica l'«aver fornito informazioni errate per ottenere l'apertura del conto di pagamento con caratteristiche di base, nel caso in cui, ove avesse fornito informazioni esatte, non avrebbe avuto diritto», suggerendo che ci siano altre condizioni - magari condizioni di vulnerabilità - per accedere al servizio base oltre a quelle già indicate nelle altre ipotesi di recesso ed al reale legame con il territorio di riferimento, indicato altrove⁹⁸.

Il meccanismo del conto di pagamento di base può sollevare qualche perplessità. Jochen Hoffman ha criticamente (e condivisibilmente) evidenziato che la PAD può innescare un meccanismo prezzo-qualità di livellamento verso il basso per disincentivare i potenziali utilizzatori a farne richiesta. In fondo, riflettendo sulle scelte del legislatore europeo, ci si chiede perché gli enti creditizi siano gli unici prestatori di servizi di pagamento con questo obbligo e quali incentivi possono

quale gli enti creditizi estraggono ancora ampie rendite di posizione e gli intermediari finanziari non bancari affrontano alti costi, giuridici ed economici, di accesso.

⁹⁸ Cfm.: considerando (47), art. 16, co. 6, 19, co. 2, dir. 2014/92/UE. Inoltre, l'art. 19, co. 1, lett. d), contempla tra le cause di recesso dell'ente creditizio il venir meno delle condizioni per un soggiorno legale del consumatore nel territorio dell'Unione.

avere a raggiungere una clientela che verosimilmente non si servirà di altri servizi bancari o finanziari⁹⁹.

Altro dubbio riguarda i destinatari: gli utenti di servizi di pagamento diversi dai consumatori, nella definizione comunitaria, ai quali non è stato formalmente riconosciuto un diritto ad un conto di pagamento, quanto meno nella forma di un conto base. Questa sembra la conclusione lineare ma poco convincente della lettura del Capo IV della PAD, una conclusione che considera la libertà di contrarre come un corollario della libertà di impresa e che ritiene del tutto legittimo il rifiuto della banca di contrarre con un non-consumatore; altrimenti sarebbe compresa quella «discrezionalità dell'agire imprenditoriale che rappresenta uno degli elementi essenziali per assicurare la sana e prudente gestione dell'intermediario, a sua volta condizione fondamentale per la necessaria stabilità, efficienza e competitività del sistema finanziario nel suo complesso»¹⁰⁰. Tuttavia, considerando la PAD nel più ampio contesto di costruzione del mercato interno dei pagamenti, si potrebbe sostenere che per gli utenti non-consumatori il diritto ad un conto di pagamento venga di *default*. Nella vicenda Casati¹⁰¹, la Corte ha statuito, tra le altre cose, che «nell'ambito dei negozi di indole commerciale, questo modo di trasferimento [*trasferimento di banconote*], che peraltro non è considerato conforme agli usi, non può essere considerato conforme a tale necessità». Se questa era la posizione della Corte agli albori degli anni ottanta, quando la libertà di circolazione dei capitali non era ancora pienamente liberalizzata e la libertà di circolazione dei pagamenti era ancillare alla prima, ora più di prima sarebbe ragionevole concludere per un implicito

⁹⁹ J. HOFFMANN, Implementation of the Payment Accounts Directive, 20 *ERA Forum* 2019, 241.

¹⁰⁰ U. MORERA, *Sull'inesistenza di un diritto al conto corrente bancario in capo ai "non consumatori"*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2021, I, 539.

¹⁰¹ Guerino Casati era un cittadino italiano residente nella Repubblica Federale tedesca, che venne considerato penalmente perseguibile per aver esportato dall'Italia, senza le prescritte autorizzazioni, una somma di denaro in marchi tedeschi della quale era stato trovato in possesso al confine tra l'Italia e l'Austria. Il signor Casati si era difeso affermando che avevo importato quella somma di denaro in Italia senza dichiararla con l'intento di acquistare un macchinario per la sua attività di impresa in Germania ma, avendo trovato il produttore chiuso per ferie, era stato costretto a ri-sportarla nuovamente in Germania. Cfr: Caso C-203/80.

diritto degli imprenditori, nell’accezione europea, ad un conto di pagamento nella forma di un conto base.

3.5. *Prime conclusioni*

Provando a tirare le fila del discorso, può dirsi che le sollecitazioni internazionali hanno promosso una revisione delle priorità di policy e del quadro normativo in modo tale da disciplinare il trasferimento (soprattutto transfrontaliero) di fondi come flusso di informazioni integrato, veicolato da sistemi di pagamento affidabili, interoperabili, efficienti ed inclusivi. Il cambiamento di approccio sembra porsi nella direzione tracciata negli anni ottanta da Tommaso Padoa Schioppa¹⁰². In questo contesto, i sistemi di pagamento sono organizzazioni a base convenzionale con un preciso fondamento giuridico ed un solido sistema di *governance*.

L’indagine ha evidenziato una sensibile continuità tra il dibattito internazionale e il processo di armonizzazione europea, sia pure con punte di maggiore e minore maturità. La maggiore maturità consta nel quadro della dir. 98/26/CE; ivi, sembrano ricorrere entrambi i tratti sopra evidenziati. La scelta sulla definitività dell’ordine di pagamento, una volta decorso il termine di immissione, rende insensibile il processo di scambio e regolamento dei fondi alle eventuali procedure di insolvenza che interessino un partecipante al sistema ovvero ad uno interoperabile. Inoltre, come emerso dal regolamento BCE n. 28/2014, consta una vera e propria organizzazione-sistema ben distinta dall’organizzazione d’impresa dei partecipanti diretti ed indiretti.

Al contrario, per i pagamenti *retail*, l’idea della moneta-servizio di pagamento è consolidata nel quadro armonizzato e nell’esperienza giurisprudenziale, ma resta opaco il ruolo del sistema di pagamento-organizzazione. Infatti, le misure adottate dal legislatore europeo per presidiare l’affidabilità, sollecitare l’efficienza, stimolare l’inclusione e favorire l’interoperabilità, hanno fatto prevalentemente leva sul singolo intermediario-partecipante al sistema. Infatti, nelle sezioni precedenti è emerso che: *i)* l’affidabilità si giova sul sistema di autorizzazione e di registrazione degli imprenditori non-bancari che si apprestano ad entrare sul mercato dei servizi di pagamento; *ii)* l’interoperabilità è

¹⁰² Supra §3.

costruita incentivando il singolo prestatore di servizi di pagamento ad adottare standard tecnici ed operativi condivisi o compatibili, come nel caso SEPA; *iii*) l'efficienza è tutta concentrata sul pluralismo, con la creazione di intermediari finanziari non bancari ibridi, ma anche l'apertura della *business chain*, con l'ingresso di TTP; infine *iv*) l'inclusione finanziaria è perseguita prescrivendo agli Stati membri di individuare un sufficiente numero di enti creditizi che offrono servizi di pagamento di base.

4. *L'organizzazione-sistema di pagamento e il diritto della concorrenza*

Una specificità del contesto regionale europeo è rappresentata dalla costruzione del mercato interno dei pagamenti¹⁰³, con un'impronta accentuatamente pro-competitiva¹⁰⁴, laddove la finalità pro-competitiva è declinata come promozione della trasparenza delle condizioni del servizio¹⁰⁵, dell'efficienza nell'esecuzione degli ordini di pagamento¹⁰⁶ e della contendibilità del mercato¹⁰⁷.

Proprio questa scelta di approccio sollecita e giustifica un attento esame dell'esperienza antitrust europea nel mercato dei servizi di pagamento; l'idea è che il quadro giuridico della concorrenza possa

¹⁰³ Art. 26 (2) TFUE.

¹⁰⁴ La rimozione degli ostacoli alla libertà di circolazione dei pagamenti facilita la libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi (diversi dai servizi di pagamento), visto che la prestazione monetaria è trasversale ad ogni scambio di natura patrimoniale.

¹⁰⁵ Le PSD hanno colto la corretta informazione, preliminare e successiva alla conclusione di un contratto di servizi di pagamento, come strumento di comparazione delle condizioni contrattuali e, dunque, di mobilità dell'utente sul mercato. Più tardi, nel 2014, la PAD (cfr: Considerando (5), PAD) ha cercato di porre rimedio alla disomogeneità lessicale delle condizioni economiche praticate dai prestatori di servizi di pagamento che era diventata uno strumento di frammentazione su base nazionale del mercato dei servizi di pagamento, con la conseguenza di impedire la formazione di una domanda aggregata di dimensione europea e, di conseguenza, disincentivare nuovi operatori dall'entrare sul mercato rilevante.

¹⁰⁶ Supra § 3.3. Cfr.: Considerando (80) PSD2; Titolo IV PSD2.

¹⁰⁷ La contendibilità del mercato è stata colta soprattutto aumento del numero degli imprenditori presenti su quel segmento di mercato. Nota critica sulla contendibilità come pluralismo: G. AMATO, Corte costituzionale e concorrenza, in *Mer. conc. reg.*, 2017 (3), 425 – 454.

consegnare un sistema (di pagamento) – organizzazione di impresa – con una fisionomia più precisa.

L'analisi è scandita da tre passaggi. Dapprima (§ 4.1.) si intende sfrondare il dubbio sull'applicabilità della disciplina della concorrenza al mercato dei servizi di pagamento, visto che la natura di bene pubblico del contante, o del corretto funzionamento del sistema dei pagamenti, potrebbe lasciar presumere che la prestazione di servizi di intermediazione nella circolazione dei fondi possa, a sua volta, essere considerata un servizio di interesse economico generale sottratto alla disciplina sulla concorrenza.

Una volta convinti dell'applicabilità degli Art. 101 ss. TFUE, si apre la questione della modalità di applicazione che può (ed è) influenzata dalla natura dei servizi di pagamento di beni che esibiscono esternalità di rete. Mentre la sezione 4.3. ne presenta le caratteristiche microeconomiche, la successiva (4.4.) esamina le coordinate dell'approccio antitrust europeo per valutarne le ricadute sulla disciplina moneta-servizio di pagamento.

4.1. L'an

Il primo problema da porsi è se la disciplina della concorrenza si applica alla prestazione di servizi di pagamento, rammentando che la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno» rappresenta una competenza esclusiva dell'Unione¹⁰⁸.

Muovendo dalle conclusioni del discorso, può dirsi che, nell'evoluzione del quadro giuridico di riferimento, le decisioni della Commissione e le pronunce della Corte di giustizia¹⁰⁹ hanno chiarito

¹⁰⁸ Art. 3, lett. b), TFUE.

¹⁰⁹ Casistica *antitrust* esaminata:

- Sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1981, causa 172/80 in Raccolta della giurisprudenza 1981, 2 ss. (d'ora in poi, *Caso Züchner*);

- Decisione della Commissione del 10 dicembre 1984, in G.U. L 35 del 07.02.1985 (d'ora in poi, *Eurocheques Uniformi*);

- Decisione della Commissione dell'11 dicembre 1986 in G.U. L 7 del 09.01.1987 (d'ora in poi, *Associazione banche belghe*);

- Decisione della Commissione del 30 settembre 1986 in G.U. L 295 del 18.10.1986 (d'ora in poi, *Banche irlandesi*);

come l'interesse generale al regolare funzionamento del sistema di pagamento non è sufficiente per qualificare la prestazione di servizi di pagamento come servizio di interesse economico generale¹¹⁰. Dapprima è venuta in esame la questione della *specialità* della prestazione di servizi di pagamento, sollevata nella sentenza *Züchner*¹¹¹, successivamente ripresa nella vicenda *Eurocheques*

-
- Decisione della Commissione del 12 dicembre 1986 in G.U. L 43 del 13.02.1987 (d'ora in poi, *ABI*);
 - Decisione della Commissione del 19.07.1989 in G.U. L 253 del 30.08.1989 (d'ora in poi, *Banche dei Paesi Bassi*);
 - Decisione della Commissione del 25 marzo 1992, in G.U. L 95 del 09.04.1992 (d'ora in poi, *Eurocheques I*);
 - Sentenza del Tribunale di primo grado del 23 febbraio 1994, cause riunite T – 39/92 e T – 40/92, in Raccolta della giurisprudenza 1994, p. 2 ss. (d'ora in poi, *Eurocheques II*);
 - Decisione della Commissione dell'8 settembre 1999 in G.U. L 271 del 21.10.1999 (d'ora in poi, *Associazione bancaria olandese*);
 - Decisione della Commissione del 09.08.2001 in G.U. L 293 del 10.11.2001 (d'ora in poi, *Visa I*);
 - Decisione della Commissione del 24 luglio 2002 in G.U. L 318 del 22.11.2002 (d'ora in poi, *Visa II*);
 - Decisione della Commissione dell'11 giugno 2002 in G.U. L 56 del 24.2.2004 (d'ora in poi, *Banche austriache*);
 - Decisione della Commissione del 26 febbraio 2014, C (2014) 1999 final.
 - Sentenza della Corte di giustizia del 11 settembre 2014, causa C-67/13P (d'ora in poi, *Caso Cartes Bancaires*);
 - Sentenza della Corte di giustizia del 11 settembre 2014, causa C-382/12P (d'ora in poi, *Caso Mastercard*).

¹¹⁰ Anche questo tipo di configurazione non basterebbe ad escludere l'applicazione degli Art. 101 ss. TFUE, visto che l'Art 106 (2) TFUE dispone che «le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi dell'Unione».

¹¹¹ La pronuncia della Corte di giustizia UE è originata dall'ordinanza di rinvio dell'*Amtsgericht di Rosenheim*, ex art. 177 del Trattato CEE, con la quale è sollevata una questione pregiudiziale sull'applicazione degli art. 85 ed 86 rispetto all'attività di riscossione di una commissione sul trasferimento transfrontaliero di denaro a mezzo assegno, da parte di una banca avente sede nella Repubblica federale tedesca.

Precisamente il signor Züchner, l'attore della causa principale e titolare di un conto bancario, ha emesso un assegno dell'importo di 10,000 DM all'ordine di un

uniformi¹¹² e nel caso *Banche austriache*¹¹³. Nelle ipotesi menzionate, hanno formato oggetto di indagine gli accordi intervenuti o la convergenza raggiunta tra le banche per il coordinamento delle rispettive scelte commerciali in ordine ad un'ampia gamma di prodotti bancari, ad esempio sull'importo delle spese di bonifico e delle commissioni interbancarie nelle operazioni di trasferimento fondi, nazionali e transfrontaliere.

Nella vicenda *Züchner*, le parti sostengono che è la speciale natura dei servizi prestati e il ruolo "vitale" svolto, come banche, nella circolazione dei capitali a giustificare la qualificazione dell'attività economica come servizio di interesse economico generale, ex art. 90, co. 2, del Trattato della Comunità Europea (TEC)¹¹⁴. Analogamente, nel caso *Eurocheques uniformi*, le argomentazioni degli attori fanno leva sullo *stato di fatto*: la conoscenza o, anche, l'approvazione espressa delle autorità competenti che in alcuni Stati membri hanno adottato apposite disposizioni legislative a supporto del sistema Eurocheques¹¹⁵. Infine, nella decisione *Banche austriache*, le banche coinvolte pretendono un ruolo speciale: il loro comportamento, a differenza di

beneficiario residente in Italia e, in conseguenza di questa operazione, ha ricevuto un addebito sul conto di 15 DM, a titolo di commissione valutaria e corrispondente allo 0,15 % della somma trasferita.

¹¹² Con l'accordo *Package Deal*, la comunità Euro-cheque, composta dai raggruppamenti bancari nazionali, ha convenuto il regime di remunerazione degli assegni Euro-cheques utilizzati all'estero, in modo tale che il beneficiario – sia esso un commerciante ovvero l'emittente che ritiri denaro contante presso un'agenzia bancaria – riceva l'intero importo dell'assegno, mentre le banche emittenti si sono impegnate a versare alle banche accettanti, attraverso le centrali nazionali di compensazione, una commissione uniforme in percentuale fissa sull'ammontare dell'assegno per coprire gli oneri amministrativi e di tesoreria. La Commissione ha ammesso l'accordo al beneficio dell'esenzione individuale.

¹¹³ V., *Banche austriache*, cit. paragrafo 417 ss. Il caso *Banche austriache* è stato occasionato dall'invio della documentazione necessaria da parte di un membro del Consiglio di amministrazione di una delle banche interessate alla Procura della Repubblica. Il procedimento si è chiuso con l'accertamento dell'infrazione dell'art. 81.1 del Trattato.

Attraverso gli originali dei verbali delle riunioni, delle note e delle istruzioni raccolte in sede di ispezione, la Commissione è stata in grado di individuare nei c.d. gruppi di discussione l'elemento probante della concertazione.

¹¹⁴ Cfm.: caso *Züchner*, paragrafo 6.

¹¹⁵ Cfm.: caso *Eurocheques*, paragrafo 29.

quello delle imprese di tutti gli altri settori economici, «non può essere valutato con i “normali” criteri dell’Economia di mercato»¹¹⁶.

Rispetto alle vicende menzionate la valutazione *antitrust* è stata uniforme. Secondo il ragionamento della Commissione e della Corte due sono le alternative ricostruttive: o l’attività considerata non è attività di impresa perché alle condizioni in cui è svolta nessun altro soggetto - pubblico o privato - entrerebbe sul mercato (rilevante), ovvero, accertato che si è in presenza di un’impresa, e verificata la sussistenza delle condizioni che giustificano la deroga al diritto europeo della concorrenza che, nel caso del servizio di interesse economico generale, presuppone un’investitura ufficiale, con provvedimento *ad hoc*¹¹⁷.

Nel caso *Credit Union Provision of Access to Basic Financial Services*¹¹⁸, la Commissione ha svolto una precisazione: per la configurazione di un servizio di conto di pagamento come servizio di interesse economico generale, *ex art.* 106, paragrafo 2, TFUE, non basta l’investitura ufficiale dello Stato membro o la generica finalità sociale (inclusiva, in questo caso) a motivare il programma. Nel caso particolare, era accaduto che le autorità britanniche avevano notificato alla Commissione europea uno schema di compensazione finanziaria corrisposta, dal governo scozzese, a copertura dei costi diretti sostenuti dalle *credit unions* nella prestazione di servizi di conto di pagamento e di risparmio, assicurativi e di accesso al credito, a persone delle comunità locali socialmente e finanziariamente marginalizzate.

Il problema era sottrarre alla scure della disciplina degli aiuti di Stato lo schema di compensazione finanziaria¹¹⁹. Le autorità britanniche costruivano la loro argomentazione difensiva sulla natura non-profit

¹¹⁶ Cfm: caso *Banche Austriache*, paragrafo 393.

¹¹⁷ Questo ragionamento è stato seguito nelle vicende richiamate per concludere che non si esclude l’applicazione dell’art. 101 TFUE (nelle sue diverse versioni, a seconda della fase storica alla quale è da ricondurre la vicenda), considerando che manca un’investitura ufficiale e, al contempo, altre imprese sono presenti su quel segmento di mercato.

¹¹⁸ Per tutti: State Aid n. 244/2003 – United Kingdom. Le attività considerate erano servizi di conto di risparmio e di conto di pagamento (*saving account vs budgeting account*), accesso flessibile al credito per spese primarie o emergenziali, ma anche prodotti di natura assicurativa.

¹¹⁹ A. FRIGNANI, *Le regole di concorrenza ed i contratti bancari: maggiori libertà o maggiori costrizioni?*, in *Dir. banc. merc. fn.*, 2000, II, 184 ss.

delle *credit union*, sulla discrezionalità che spetta ai governi nazionali in tema di qualificazione di un'attività come servizio di interesse economico generale e sulla natura sociale del programma sussidiato; la Commissione, al contrario, svolgeva un'interpretazione restrittiva dell'art. 106 (2) TFUE colta come una norma derogativa dei principi generali sulla concorrenza e ne subordinava l'applicazione alla verifica del contenuto e delle modalità di svolgimento delle attività sussidiate, tali da rispondere ai bisogni tipici del servizio pubblico¹²⁰. Più nel dettaglio, il suo ragionamento è scandito da due verifiche e solo l'esito positivo consentiva l'applicazione dell'art. 106 TFUE. In primo luogo, occorre stabilire se le attività interessate avevano natura economica, qualità che, secondo una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, prescindeva dallo status giuridico del soggetto che le esercitava e dalla modalità di finanziamento, per stabilire se le attività richiamate, alle condizioni alle quali erano prestate, avessero un mercato nel senso sopra precisato¹²¹; in secondo luogo, una volta constatata la presenza di un interesse generale diverso dal generico interesse associato a qualsiasi attività economica, doveva essere

¹²⁰ M. T. KARAYIGIT, *The notion of Services of General Economic Interest Revisited*, in *European Public Law*, 2009, n. 15 (4), 575–595. Nel caso di specie, questi limiti sono più stringenti perché spetta agli Stati membri qualificare un'attività come servizio di interesse economico generale in ragione delle condizioni di contesto, anche storico. Spetta, invece, alla Commissione verificare che l'applicazione dell'art. 106 (2) TFUE non sia viziata da manifesto errore o da un abusivo ricorso.

¹²¹ Nozione consolidata nel contesto del diritto *antitrust* comunitario. Per tutti, v. Corte di giustizia, sentenza 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-354/01; C-355/01, in europa.eu.int

Sul tema v., V. LOURI, *“Undertaking” as a jurisdictional element for the application of EC competition rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2002, 29 (2), 143–176; WILS, *The undertaking as subject of E.C. competition law and the imputation of infringements to natural or legal persons*, in *European Law Rev.*, 2000, vol. 25, n. 5, 99 ss.; L. DI VIA, *Ancora sul principio di solidarietà e la nozione di impresa rilevante per il diritto comunitario della concorrenza*, in *Foro it.*, 1996, IV, c, 72; G. GUIZZI, *Il concetto di impresa tra diritto comunitario, legge antitrust e codice civile*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1993, I, 282; M. DE VITA, *La giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza nel 1996*, in *Foro it.* IV, 451; A. GUARINO, *Verso una concezione più ampia della nozione d'impresa in diritto antitrust europeo*, in *Giur. Comm.*, 1985, 643.

Nel caso particolare, la prestazione professionale dei servizi sussidiati è già offerta da altri operatori del settore alle medesime categorie di utenti, pertanto l'attività economica corrispondente non può che essere considerata impresa.

soppesata la congruità e la necessità del sussidio statale, che avrebbe potuto alterare in maniera consistente la concorrenza con gli altri operatori sul mercato rilevante¹²².

4.2. *I servizi di pagamento come mercato two-sided*

Definito l'*an*, viene in esame la modalità di applicazione del diritto della concorrenza all'impresa che presta servizi di pagamento. Si deve alla letteratura economica il merito di aver individuato un profilo di continuità tra tutti i servizi di pagamento, quale che sia la forma giuridica assunta dallo strumento tecnico utilizzato per impartire l'ordine di pagamento¹²³. Questa dottrina, facendo leva sulle esternalità di rete, imprime al sistema di pagamento una precisa conformazione organizzativa di impresa riconducendola all'attività di coordinamento del *matchmaker* della piattaforma. Mi chiedo fino a che punto queste conclusioni abbiano permeato l'applicazione del diritto europeo della concorrenza nel mercato considerato.

Su questo punto, si ritornerà nella sezione successiva. In questa sede è opportuno muovere dalle premesse microeconomiche della disciplina della concorrenza, secondo le quali il valore della singola unità di prodotto aumenta al crescere delle unità di prodotto vendute¹²⁴,

¹²² State Aid n. 244/2003, § 64 ss.

¹²³ Sulla nozione di ordine e strumento di pagamento, in questo lavoro, Sezione 2.

¹²⁴ Sembra opportuno precisare che le teorie economiche e gius-economiche che utilizzano i concetti di *two-sided markets* e di *positive network externalities* sono caratterizzate da molteplici orientamenti che svolgono analisi ed approdano a conclusioni non perfettamente coincidenti. Senza pretesa di esaustività rinviando a D. S. EVANS, R. SCHUMALENSEE, *The economics of interchange fees and their regulation: An overview*, MIT Sloan Working Paper, May 2005; Economides, *Competition policy in network industries: An introduction*, June 2004; J. C. ROCHET, J. TIROLE, *Two-sided markets: An overview*, March, 2004; K. HEMPPAINEN, *Competition and regulation in European retail payment systems*, cit., 24 ss.; S. EVANS, *The Antitrust economics of two-sided markets*, Joint Center, September 2002; J. C. ROCHET, J. TIROLE, *Platform competition in two-sided markets*, November 2001; A. BAGLIONI, *La tutela della concorrenza nel settore dei pagamenti: principi teorici e decisioni delle Autorità*, in *Banca impr. Soc.*, 1999, I, 413 ss.; J. MCANDREWS, *Network issues and payment systems*, in *Business Review*, Nov. - Dec. 1997; N. ECONOMIDES, *The economics of networks*, September 1995; *Ibidem*, *Features of credit cards networks*, *Business Review*, Nov./Dec. 1995; J. ECONOMIDES, E. WHITE,

cosicché gli effetti positivi di rete divengono esternalità corrispondenti quando l'ennesimo utilizzatore non è "compensato" dell'aumento di valore apportato alla rete ed ai suoi potenziali utilizzatori¹²⁵.

I servizi di pagamento esibiscono anche esternalità di rete di tipo indiretto (*one-way network*), come altri *virtual network*. Costano esternalità indirette quando il servizio di pagamento si rivela un bene composito, che risulta dalla combinazione di due tipi di elementi, che non sono rappresentati dagli utilizzatori (a differenza delle reti telefoniche). Esse possono essere espresse all'atto dello scambio ovvero manifestarsi nel ventaglio dei servizi collegati. Nel secondo dei due casi, le esternalità indirette imprimono ai *two-sided markets*¹²⁶ un profilo molto simile ai mercati verticalmente integrati nei quali, supposto che l'*input* sia essenziale all'erogazione del servizio, sono acquistate *x* unità di un *input* ad un livello sovraordinato del mercato (c.d. *upstream market*) per fornire *n* unità di prodotto omogeneo agli utenti finali o, comunque, ad utilizzatori collocati nel mercato *downstream*.

Sono elementi essenziali dei *two-sided market* la rete ed il *matchmaker* (il c.d. gestore della rete). La rete combina le componenti

One-way networks, two-way networks, compatibility, and public policy, Revised December 1994.

¹²⁵ Sulla distinzione tra *network effects* e *network externalities* cfr. S. J. LIEBOWITZ, E. MARGOLIS, *Network externalities (effects)*, *The New Palgrave's Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, 1998, www.utdallas.edu ove si precisa che i «network effects should not properly be called network externalities unless the participants in the market fail to internalise these effects». Cfr. J. ECONOMIDES, *Public policy in network industries*, New York Center for Law and Economics, November 2006, 12 («there are "externalities", i.e., benefits non fully intermediated by the market»).

¹²⁶ Secondo Stiglitz e Walsh, *Principi di microeconomia*, Milano, 2002, 257: «Le esternalità sorgono quando un individuo o un'impresa agiscono in modo tale da influire direttamente sugli altri, senza pagarne di danni o riceverne i benefici. Quando esistono esternalità gli individui o le imprese non si curano delle conseguenze delle loro azioni». Si rinvia anche a: N. ECONOMIDES, *Commentary*, in *Federal Reserve Bank of St. Louis Review*, Nov. - Dec., 1995, 61 che scrive: "The existence of network externalities implies that an extra sale has positive benefits to other buyers which the last buyer does not receive". *Amplius*, M. SAVIOLI, *Le esternalità di rete*, in *Quaderni di ricerca del Dipartimento di economia politica*, Università degli studi di Siena, 2006, 2 s.; J. KOLANSKY, *Network effects: a contrarian view*, in *George Mason Law Review*, Spring 1999, 578 s.

del bene e, realizzando la compatibilità, rende attuale la complementarità *in pectore* (esternalità indirette); nei sistemi di pagamento essa consta di un accordo di cooperazione sugli standard tecnici ed operativi, sulle infrastrutture materiali, sulla ripartizione dei rischi connessi al trasferimento, infine sulle condizioni di adesione e di utilizzazione della piattaforma medesima¹²⁷. A sua volta spetta al *matchmaker* fissare il prezzo del servizio di coordinamento offerto dalla piattaforma agli intermediari aderenti e agli utenti finali¹²⁸. Il prezzo sarà stabilito in modo tale da *incrociare* le funzioni di domanda dei due lati del mercato, che perseguono utilità differenti, e perfezionare la transazione. Non soltanto, però, gli utilizzatori finali dovranno essere motivati ad aderire al sistema, ma anche ad utilizzare concretamente i servizi offerti proprio da quella rete. A tal fine, gli incentivi giusti sono bilanciati nella definizione del livello e della struttura del prezzo (del coordinamento offerto), che si articola di regola in due componenti essenziali: le commissioni fisse o di adesione (*membership charges*) e le commissioni variabili o di utilizzazione (*usage charges*), che rispettivamente corrispondono alle condizioni di ingresso alla rete ed alle commissioni interbancarie multilaterali. Pertanto, nel mercato *two-sided*, secondo la dottrina economica prevalente¹²⁹, il volume delle transazioni eseguite attraverso la piattaforma – e quindi il profitto conseguito dal gestore della medesima – è influenzato non soltanto dal livello del prezzo aggregato praticato dalla piattaforma (o rete) ai

¹²⁷ Non che i servizi di pagamento non potrebbero essere prestati in difetto di una piattaforma. I trasferimenti transfrontalieri di fondi sono stati da sempre eseguiti attraverso accordi di corrispondenza tra le banche, ma è una soluzione poco efficiente perché le esternalità si producono proprio quando mancano accordi di cooperazione in grado di internalizzare gli effetti di rete.

¹²⁸ I prezzi praticati su ogni lato del mercato (all'utente finale del servizio) non hanno alcuna relazione né con il costo specifico del singolo segmento di attività né con il costo marginale del coordinamento, poiché – si sostiene – il prodotto complesso presenta vantaggi per entrambe le categorie di utenti e non giustifica la separazione dei costi sostenuti ovvero dei benefici conseguiti da ciascun lato (D. EVANS, *The antitrust economics of two-sided markets*, cit., 7).

¹²⁹ Fanno chiara sintesi Rochet e Tirole: «The starting point for the theory of two-sided market (...) is that an end-user does not internalize the welfare impact of his use of the platform on the other end-users», cfr.: J.S. ROCHET, J. TIROLE, *Two-sided markets: a progress report*, November 2005, 5. Cfr. D. EVANS, *The economics of interchange fees and their regulation: An overview*, cit., 8.

medesimi, ma altresì dal modo in cui è “scomposto” sui due lati del mercato, cioè dalla sua struttura.

In un quadro così delineato, ben si comprende che i servizi di pagamento al dettaglio si configurano come sistemi o reti e si caratterizzano per i seguenti requisiti: *i*) l'essenzialità di due categorie di utenti, collocati sui lati opposti del mercato (es.: ordinante e ricevente il bonifico; detentore della carta ed esercente convenzionato); *ii*) la reciproca dipendenza delle domande di ciascuna categoria di utenti, cosicché l'utilità e il valore che il servizio presenta per una categoria di utilizzatori sono influenzati dalle scelte degli utenti posti sull'altro lato della domanda¹³⁰; *iii*) l'omogeneità dei servizi offerti, che operano secondo un unico standard (o piattaforma) ovvero secondo standard diversi ma compatibili.

Il gestore del sistema stabilisce il prezzo del servizio di coordinamento che, sostenuto in maniera diretta dagli intermediari aderenti, influenza le condizioni economiche del servizio di pagamento applicate agli utilizzatori finali, sia in termini di importo che di allocazione dei costi sull'uno ovvero sull'altro lato del mercato (ordinante e beneficiario del bonifico; ordinante e debitore dell'addebito; detentore della carta ed esercente convenzionato)¹³¹.

La configurazione del mercato dei servizi di pagamento come mercato *two-sided* ma unitario postula così la necessità della determinazione collettiva della commissione interbancaria multilaterale, ma anche delle condizioni normative ed economiche di accesso alla rete di nuovi prodotti ed intermediari. Viene in esame il difficile equilibrio tra concorrenza tra sistemi, nella quale vengono in

¹³⁰ Solo in presenza delle summenzionate condizioni il prodotto può venire ad esistenza. *Amplius*, D. EVANS, *The antitrust economics of two-sided markets*, cit., 2 ss.

¹³¹ Spetterà alle singole banche aderenti, che possono essere presenti su uno o entrambi i lati del mercato, stabilire il prezzo corrispondente al proprio segmento di attività, pur osservando la struttura di prezzo stabilita dalla piattaforma (ampi chiarimenti in D. EVANS, *The antitrust economics of two-sided markets*, cit., 29 ss. Ivi è chiarito che la *interchange fee*, «the relative price of card service to individuals versus merchants», sarà allocata sui due lati del mercato secondo la struttura individuata dalla piattaforma). Copiosa anche la letteratura giuridica sul punto. Per tutti, R. PARDOLESI, *La concorrenza nell'industria delle carte di credito*, in *Riv. banc. merc. fin.*, 2006, 3–22.

gioco i *tipping* ed i *size effect*¹³², e concorrenza intra-sistemica, ove si pone un problema di equilibrio tra i limiti all'accesso, diretti a contenere il rischio di *free riding*, con le ricadute a valle in termini di efficienza del servizio di pagamento. Queste premesse molto spesso orientano il ragionamento e le conclusioni degli economisti ma anche dei giuristi che si occupano di concorrenza sul mercato dei servizi di pagamento. Così, si ripropone la domanda iniziale: fino a che punto l'assetto giuridico della concorrenza ha fatto proprie queste premesse?

4.3. *L'esperienza antitrust europea*

Considerando la complessità degli effetti di rete che i servizi di pagamento esibiscono ed i rischi di disgregazione che mettono alla prova l'impresa-sistema (di pagamento), si potrebbe sostenere che sono tutti accordi strumentali alla creazione ed al funzionamento di una piattaforma sono essenziali per la prestazione del servizio. Pertanto, ammessa l'indispensabilità dell'una o dell'altra regola statutaria, consegue la disapplicazione della disciplina sulla concorrenza. Infatti, i gestori delle reti hanno sostenuto che la commissione interbancaria

¹³² Nella locuzione *size effects*, della quale ogni eventuale traduzione può tradire il significato originale, sono comprese tutte le situazioni nelle quali le preferenze degli utenti sono influenzate dalla dimensione attuale e potenziale della rete e le scelte di consumo si orientano verso sistemi già presenti e consolidati sul mercato, a discapito delle reti emergenti che mancano di una sufficiente massa critica per esercitare una adeguata capacità attrattiva, nonostante possano accrescere più delle altre il benessere sociale per i miglioramenti tecnologici e qualitativi realizzati. I c.d. *tipping effects* indicano che il nesso di complementarità impresso dalle esternalità di tipo indiretto crea una sproporzione tra il potere di mercato ed i profitti conseguiti dalla rete già presente sul mercato ed il potere di mercato ed i profitti delle piattaforme successivamente entrate; la letteratura economica giustifica questa conseguenza nel c.d. effetto-leva (più noto come il *winner-takes-all*), secondo il quale il potere di mercato dell'impresa più grande può essere facilmente un multiplo del potere di mercato della seconda in ordine di dimensione, così la seconda rispetto alla terza e la terza rispetto alla successiva. Si verifica, pertanto, che nei mercati caratterizzati da esternalità di rete anche un leggero vantaggio competitivo della piattaforma è in grado di innalzare le barriere all'ingresso, disincentivando ogni nuovo prestatore ad accettare il rischio di non riuscire a ribaltare l'effetto-leva. K. KEMPPAINEN, *Competition and regulation in European retail payment systems*, Bank of Finland: Discussion Paper, 2003, 1-69; M. BOURREAU, M. VERDIER, *Cooperation for innovation in payment systems: the case of mobile payments*, February 2010, 1-24.

multilaterale¹³³ fosse uno strumento di riequilibrio dei costi tra enti emittenti ed enti convenzionatori, alla stregua di quanto avviene in un'impresa comune, o, ancora, un'imposizione indiretta che non opera discriminazioni tra l'uno e l'altro ente convenzionatore¹³⁴. Nella vicenda Visa del 2002 o Mastercard del 2007, le reti coinvolte si sono difese argomentando che «Qualora mancasse un'iniziativa comune, le banche non terrebbero conto, o ne terrebbero conto solo in misura marginale, delle esternalità positive generate dalle loro decisioni»¹³⁵. In quest'ottica, la commissione rappresentava «il necessario aggiustamento finanziario degli squilibri tra i costi inerenti all'emissione e all'affiliazione e gli introiti provenienti dai titolari della carta e dagli esercenti»¹³⁶. Discorso analogo può svolgersi per la vicenda *Cartes Bancaires* (CB)¹³⁷, che ha coinvolto un sistema di pagamento su carta quadripartito. Il caso, al vaglio prima della Commissione e poi della Corte Generale e della Corte di giustizia, ha contemplato l'esame delle modifiche apportate alle condizioni, economiche e non economiche, di partecipazione alla rete *Cartes Bancaires*, quali il MERFA (*mechanism for regulating the acquisition function*), la quota associativa supplementare e la tariffa “risveglio membri dormienti”. Al riguardo, il Raggruppamento CB ha considerato le modifiche apportate come necessarie allo sviluppo bilanciato delle diverse componenti interbancarie, attivando un meccanismo di compensazione tra i due lati del mercato – l'emissione ed il convenzionamento –.

Diversamente dalla posizione dei *matchmaker*, le scelte operate dalla Commissione e, in sede di impugnazione, dalla Corte di giustizia, sono state poco concilianti. Tendenzialmente hanno configurato un'intesa restrittiva della concorrenza ex art. art. 101 (1) TFUE, ora per oggetto ora per effetto¹³⁸. Ad uno sguardo d'insieme, l'esperienza

¹³³ La commissione interbancaria è un prezzo pagato dall'emittente agli affiliati per determinati servizi forniti.

¹³⁴ Decisione Commissione del 19/12/2007 su Mastercard (in seguito Mastercard).

¹³⁵ *Visa II*, § 56.

¹³⁶ *Visa II*, §14.

¹³⁷ Commissione CE, Decisione del 17 Ottobre 2007, Causa n. AT38606.

¹³⁸ Sulla dimensione storica della disciplina della concorrenza, M. LIBERTINI, *Brevi note sulla concorrenza e servizi di pagamento*, cit., 181 ss., ha ricordato come l'evoluzione dei mercati possa mettere in dubbio soluzioni (interpretative) di

antitrust maturata presenta altri tre profili qualificanti: *i)* un'inclinazione all'intervento regolatorio ed una sensibilità agli orientamenti dell'antitrust nordamericano¹³⁹, secondo un fenomeno di circolazione dei modelli giuridici, comprensibile nel diritto della concorrenza; *ii)* la progressiva valorizzazione della natura di rete del mercato dei servizi di pagamento, indipendentemente dallo strumento con il quale era impartito l'ordine di pagamento; *iii)* la consapevolezza che gli accordi di rete presentano profonde ricadute a valle, sul debitore e sul creditore del rapporto obbligatorio, quale che sia lo strumento di pagamento impiegato.

4.3.1. *La rilevanza giuridica del sistema-organizzazione*

Nel valutare se l'organizzazione-sistema assume, nel contesto del diritto antitrust, una fisionomia più precisa, il punto di partenza del discorso può essere considerato la decisione *Visa 2002* con la quale la Commissione ha considerato come disposizione necessaria dei sistemi di pagamento quadripartiti la clausola con la quale la banca creditrice assume l'obbligo di «accettare tutti i pagamenti correttamente introdotti nel sistema da una banca debitrice» e l'altra che prescrive il divieto di «fissare il prezzo (ex post) da parte di una banca nei confronti dell'altra»¹⁴⁰.

Il caso particolare richiamato ha interessato un sistema di carta di pagamento, quando l'ordine di pagamento è impartito con la collaborazione del creditore ma queste considerazioni valgono anche quando l'ordine di pagamento è impartito direttamente dal debitore,

principio, proposte dalla dottrina o elaborate dalla giurisprudenza, che potrebbero dirsi valide in un certo momento storico ma non in un altro.

¹³⁹ Della giurisprudenza statunitense si segnalano per un confronto: *National Bancard Corporation, v. VISA U.S.A., Inc.*, 779 F.2d 592 U.S. App., Southern District of Florida, 1986; *SCFC ILC., Inc., Mountain Financial, v. Visa USA Inc. v. SEARS, ROEBUCK and Co.*, 784 F. Suppl. 822 (D. C. Utah, 1992); *MasterCard International Inc., v. DeanWitter, Discover & Co.*; and *SCFC ILC Inc. Mountain West Financial*, 1993 U.S. Dist. (S. D. New York, 1993); *SCFC ILC, Inc. v. Visa USA, Inc.*, 36 F.3d 958 (U.S. App. 1994); *U.S. A. v. Visa USA, Visa International. Corp., and MasterCard International*, 344 F.3d 229 (U.S. App., 2003); *In Re Visa Check/Mastermoney antitrust litigation*, 297, F. Supp. 2d 503 (U.S. District, 2003); *Wal-Mart Stores, Inc. v. Visa USA INC. and MasterCard International, Inc.*, 396 F.3d 96 (U.S. App. 2005).

¹⁴⁰ Cfm.: *Visa 2002*, § 59.

come nel caso del bonifico. Infatti, nella decisione *Banche Olandesi* del 1999, è stata sostenuta la necessità che gli intermediari interessati¹⁴¹ raggiungano un accordo, prima che il sistema diventi operativo, sull'accettazione dell'ordine immesso nel sistema e sull'applicazione di una tariffa interbancaria diretta a coprire i costi sostenuti dall'istituto addebitante, anche nell'interesse dell'istituto accreditante, nel trattamento dei bollettini di bonifico. Questa negoziazione non può essere svolta *ex post* – una volta inserito l'ordine nel sistema – per l'assorbente motivazione che debitore e creditore della somma di denaro devono avere certezza che l'ordine sarà eseguito¹⁴², ma anche perché l'«assenza di regole di riferimento sulle condizioni di regolamento potrebbe favorire abusi da parte della banca emittente che si trova in una posizione di monopsonio nei confronti della banca affiliante per quanto riguarda il regolamento di una singola operazione di pagamento»¹⁴³. Dunque, per quanto detto, l'assetto giuridico della concorrenza riconosce come essenziale al contenuto dell'accordo di sistema che l'ente accreditante, quindi l'intermediario del creditore, si obblighi *ex ante* verso l'ente addebitante ad accettare ed eseguire tutti gli ordini di pagamento immessi nel sistema, quale che sia l'ente addebitante, purché aderente al sistema stesso o ad un sistema con il quale è stato raggiunto un accordo di interoperabilità.

L'essenzialità dell'organizzazione-sistema è confermata nella vicenda *Cartes Bancaires*¹⁴⁴, ove la Corte generale aveva qualificato come restrizioni della concorrenza per oggetto le regole del sistema introdotte. In sede di impugnazione, la Corte di giustizia ha rilevato, in sintonia con l'Avvocato generale, un errore di diritto nel *modus procedendi* della Corte generale per non aver valutato le clausole nel contesto economico e giuridico nel quale erano destinate ad operare; questa omissione aveva condizionato – o, meglio, indebolito – la valutazione di anti-giuridicità. Se, in via generale, il contesto economico attiene alla natura dei servizi prestati, alle reali condizioni di funzionamento del mercato o alla struttura del mercato stesso, nel caso di specie, il contesto di riferimento è quello dei *two-sided market* nel

¹⁴¹ Intermediario addebitante è l'intermediario del pagatore, mentre l'intermediario accreditante è l'intermediario del beneficiario.

¹⁴² Decisione *Banche Olandesi*, § 46 ss.

¹⁴³ Decisione *Visa 2002*, § 79.

¹⁴⁴ *Supra*, § 4.3.

quale l'attività di emissione e l'attività di convenzionamento sono essenziali l'una all'altra nonché al funzionamento dell'intero sistema di pagamento¹⁴⁵. Infatti, la Corte di giustizia ha considerato che gli esercenti non accetterebbero di aderire al sistema se il numero dei detentori di carta fosse insufficiente e, analogamente, i consumatori non vorrebbero detenere una carta se essa non potesse essere usata presso un numero sufficiente di esercenti. Si è giunti alla conclusione che, «Having therefore found that there were 'interactions' between the issuing and acquisition activities of a payment system and that those activities produced 'indirect network effects', since the extent of merchants' acceptance of cards and the number of cards in circulation each affects the other, the General Court could not, without erring in law, conclude that the measures at issue had as their object the restriction of competition within the meaning of Article 81(1) EC»¹⁴⁶. Pertanto, le clausole in esame, dirette a bilanciare i due lati del mercato, non potevano essere considerate delle restrizioni della concorrenza per oggetto solo in forza di una valutazione astratta, stralciando la valutazione del contesto, come al contrario aveva fatto la Corte generale decidendo sull'annullamento della decisione della Commissione¹⁴⁷.

Si collocano nel solco della vicenda *Cartes Bancaires* le tante decisioni *Visa* sulla commissione multilaterale (massima) di rimborso (MIF), del 2002 nonché, con toni diversi, del 2010 e del 2019¹⁴⁸. La valutazione della Commissione europea si è snodata su due piani: ha ammesso che la MIF non è indispensabile all'esistenza del sistema e può restringere la concorrenza degli enti partecipanti perché rappresenta un'assorbente voce-base rispetto alla tariffa applicata dagli enti affilianti ai soggetti convenzionati¹⁴⁹, ma ha anche riconosciuto che la MIF può consentire di prestare un servizio più efficiente. Non soltanto si ammette che la MIF consenta alle banche più piccole (e ai loro clienti) di fruire dei vantaggi collegati ad una rete globale che, con le proprie sole forze, non sarebbero in grado di realizzare, ma anche che possa ottimizzare le esternalità positive di rete che quei servizi esibiscono. Manca, di regola, una relazione contrattuale diretta tra

¹⁴⁵ *Cartes Bancaires* 2014, § 73.

¹⁴⁶ *Cartes Bancaires* 2014, § 74.

¹⁴⁷ Opinione dell'Avv. Gen., 27 Marzo 2014.

¹⁴⁸ I riferimenti dettagliati sulle decisioni richiamati in nota 107.

¹⁴⁹ *Visa* 2002; *Visa* 2014; *Mastercard* 2007.

emittenti ed esercenti¹⁵⁰ cosicché, in difetto di un accordo multilaterale sulla tariffa di rimborso, non sarebbe possibile per gli enti emittenti recuperare dai beneficiari il costo dei servizi che essi svolgono in ultima analisi anche a loro vantaggio, frustrando ogni incentivo a prestare il servizio in sé¹⁵¹. Queste argomentazioni hanno giustificato, in forza dell'attuale Art. 101 (3) TFUE, l'autorizzazione in deroga della decisione Visa sul valore massimo della commissione multilaterale di rimborso, sia pure con due *caveat*: è stata prescritta la definizione della MIF tenendo conto dei costi effettivamente sopportati dalle emittenti e, poi, è stata ordinata maggiore trasparenza sulle voci di costo considerate¹⁵². Nel 2014 la validità delle commissioni interbancarie Visa è confermata, pur con la prescrizione di un tetto¹⁵³.

Considerando i casi richiamati, sembra ragionevole concludere che, nella giurisprudenza antitrust europea, l'organizzazione di rete come organizzazione di impresa è elemento fisiologico della prestazione dei servizi di pagamento, cosicché le intese sulle condizioni economiche e non economiche di partecipazione al sistema quadripartito non sono considerate come restrizioni della concorrenza per oggetto, bensì per effetto.

4.3.2. *La sinergia tra azione antitrust ed intervento legislativo*

La domanda che a questo punto può porsi è se il sistema di pagamento come organizzazione di impresa che esibisce esternalità su

¹⁵⁰ L'esercente o beneficiario del pagamento.

¹⁵¹ Visa 2002§ 84-89.

¹⁵² Visa 2002, §74 ss.

¹⁵³ In virtù di queste considerazioni, nonché degli effetti sugli scambi intracomunitari, la Commissione si esprime per l'illiceità della commissione interbancaria Visa, per violazione dell'art. 101, § 1, TFUE, ma – nel quadro del reg. n. 1/2003 – è disponibile ad accogliere gli eventuali impegni che il sistema interessato voglia proporre. La soluzione negoziata si conclude con la fissazione di un tetto alla commissione interbancaria la cui appropriatezza spetta alla Commissione valutare applicando obiettivi criteri di costo. In particolare, è assunto come criterio-guida il costo sopportato dagli esercenti per accettare pagamenti in contanti rispetto al costo sostenuto per il pagamento su carta. La conclusione è stata che il costo medio ponderato (massimo) della commissione multilaterale può ragionevolmente attestarsi tra lo 0.2-0.3%, il che potrebbe rendere indifferente per gli esercenti l'accettazione di pagamenti nell'una o nell'altra forma (§ 42).

due lati, come delineata nell'esperienza antitrust europea, sia limitata a quel contesto. La disciplina moneta-servizio di pagamento non opera una scelta chiara, ma implicitamente ne mutua l'approccio accogliendo l'uno o l'altro tratto caratterizzante. Spesso l'iniziativa legislativa ha provato a fare chiarezza su aspetti per i quali le autorità antitrust tardavano a prendere posizione ovvero avevano preso una posizione che destava più di una perplessità.

In primo luogo, è stato già evidenziato come la natura *two-sided* del mercato dei pagamenti interessa tutti i servizi di pagamento e non soltanto i servizi su carta. Coerentemente, la PSD2 ha adottato una definizione tecnicamente neutra delle attività di emissione e di convenzionamento¹⁵⁴. Al riguardo, il considerando (10) si esprime nei seguenti termini: «La presente direttiva introduce una definizione neutra di convenzionamento delle operazioni di pagamento al fine di ricomprendervi non solo i modelli di convenzionamento tradizionali strutturati attorno all'uso delle carte di pagamento, ma anche modelli commerciali diversi, compresi quelli che comportano la presenza di più di un convenzionatore. Si dovrebbe in tal modo assicurare che i commercianti godano della medesima protezione, indipendentemente dallo strumento di pagamento usato, allorché l'attività è identica al convenzionamento delle operazioni tramite carta».

Inoltre, il legislatore europeo ha avallato l'esistenza delle clausole di integrazione verticale che presidiano la tenuta della rete rispetto ai rischi di disintegrazione¹⁵⁵. Il riferimento è alla *honour all cards rule* (HACR) e alla *non-discrimination-rule* (NDR). Con la prima si prescrive agli esercenti l'obbligo di accettare tutte le carte che sono veicolate dal sistema, senza poter operare differenze tra l'uno e l'altro

¹⁵⁴ Corrispondentemente, nell'Art. 4, n. 45, PSD2, la definizione di emissione di strumenti di pagamento è neutra. Infatti, ivi, si legge, che è «un servizio di pagamento fornito da un prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto per fornire al pagatore uno strumento di pagamento per disporre e trattare le operazioni di pagamento del pagatore». Sia l'emissione di strumenti di pagamento sia il convenzionamento delle operazioni di pagamento sono considerate come servizi di pagamento, secondo l'Allegato I alla PSD2. Per convenzionamento di operazioni di pagamento, la PSD2 intende «un servizio di pagamento fornito da un prestatore di servizi di pagamento che stipula un contratto con il beneficiario per l'accettazione e il trattamento delle operazioni di pagamento, che si traduce in un trasferimento di fondi al beneficiario».

¹⁵⁵ C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, op. cit.

intermediario addebitante ovvero tra l'uno e l'altro pagatore, al momento della conclusione del contratto da cui si origina l'obbligazione pecuniaria, a condizione che il debitore impartisca l'ordine di pagamento con uno degli strumenti veicolati dalla medesima rete ovvero da una collegata; con l'altra (NDR) si proibisce al beneficiario di praticare sconti, accordare vantaggi, ovvero applicare oneri aggiuntivi al cliente finale¹⁵⁶.

Queste clausole sono regole convenzionali rivolte agli intermediari ma, nonostante ciò, hanno effetti anche a valle, sugli utenti, precisamente il pagatore ed il beneficiario del pagamento. Infatti, come ha ribadito a più riprese la Commissione europea nelle decisioni Visa (dal 2002 al 2019), queste clausole non integrano una restrizione *per se* della concorrenza, perché sono dirette a contenere comportamenti opportunistici del beneficiario e salvaguardare la coesione del sistema, ma accentuano gli effetti restrittivi della MIF perché privano i beneficiari di un minimo di effetto leva.

Il legislatore europeo ha temperato l'effetto restrittivo della *honour all card rule* intervenendo sulla seconda (NDR). Infatti, l'art. 62 (3), PSD2, dispone che l'intermediario (e quindi il sistema al quale l'intermediario partecipa) non può impedire al beneficiario di concedere al pagatore sconti o imporre al medesimo spese per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, purché le spese imposte non siano superiori ai costi diretti sostenuti per l'utilizzo di quel determinato strumento di pagamento¹⁵⁷.

Il punto è che al co. 4, l'art. 63 PSD2 ha consentito agli Stati membri di escludere questa facoltà del beneficiario quando vogliano promuovere la concorrenza o la diffusione e l'uso di strumenti di pagamento più efficienti. Accade così che la HACR imperversa nei sistemi di pagamento quadripartiti su carta, quanto meno per l'idea che matura leggendo le decisioni Visa.

Da ultimo, il caso della commissione interbancaria multilaterale, che non è una clausola di integrazione verticale in senso proprio. Piuttosto

¹⁵⁶ Considerata la duplice valenza della *no-discrimination rule*, può dirsi che comprenda anche la c.d. *no-surcharge rule*.

¹⁵⁷ A conforto di quanto sostenuto, l'Art. 60 (1), PSD2, ha disposto che «Il beneficiario, qualora imponga una spesa o proponga una riduzione per l'utilizzo di un determinato strumento di pagamento, informa in proposito il pagatore prima di disporre l'operazione di pagamento».

è funzionale a migliorare efficienza della rete-sistema e presenta effetti sugli utilizzatori finali, come riconosciuto dalla Commissione e dallo stesso legislatore europeo. Questa clausola è stata disciplinata nel reg. 2015/751/UE¹⁵⁸, con il quale ne è fissata una soglia massima nelle operazioni con carte di debito o di credito, ma anche nel reg. 2012/260/UE, secondo il quale la commissione interbancaria sarà applicata nelle operazioni per gli addebiti diretti limitatamente alle c.d. operazioni R, precisamente, agli ordini rifiutati, revocati, stornati o per i quali è stata presentata una richiesta di cancellazione.

In conclusione, in un modo o nell'altro, in sede giurisprudenziale o legislativa, è stato riconosciuto che gli effetti delle clausole statutarie dell'accordo di sistema, strumentali all'esistenza, alla coesione o al più efficiente funzionamento del medesimo, si ripercuotono sulle scelte economiche del pagatore e del beneficiario. Questa consapevolezza giuridica rappresenta il punto di partenza per ogni riflessione sugli effetti a valle.

5. *La dinamica del sistema-organizzazione e le plausibili ricadute a valle*

Orbene, l'assetto giuridico della concorrenza ha delineato con maggior chiarezza la fisionomia del sistema-organizzazione, in continuità con le suggestioni delle autorità internazionali di regolazione. La rilevanza giuridica degli accordi interbancari a valle, sugli utilizzatori finali, consente di sostenere che l'ordine di pagamento - di regola configurato come lo *jussum* di una delegazione di pagamento¹⁵⁹ - non rappresenta soltanto una forma di movimentazione

¹⁵⁸ È da segnalare all'interno del fenomeno della circolazione dei modelli, che un precedente di questo secondo regolamento si ritrova nell'ordinamento nordamericano. Con l'emendamento *Durbin*, il legislatore federale statunitense è intervenuto appunto ad ancorare la determinazione della commissione interbancaria nei pagamenti elettronici con carta di debito a parametri di ragionevolezza e di proporzionalità dei costi sostenuti dall'emittente rispetto alla transazione. Agli emittenti ed ai sistemi di carte di pagamento è prescritto un obbligo di informazione sulle commissioni applicate e sui costi aggregati sostenuti per consentire all'autorità di regolazione competente sia di elaborare gli standard sia di svolgere le necessarie verifiche sulla corretta applicazione delle disposizioni legislative (Sect. 1075, Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act, 2010).

¹⁵⁹ W. BIGIAMI, *La delegazione*, Padova, 1940.

della disponibilità in conto ma anche un atto negoziale con il quale il titolare del conto¹⁶⁰ partecipa delle regole del sistema di pagamento, attraverso l'intermediario con il quale ha stipulato un contratto di conto di pagamento, elemento privilegiato e fisiologico di accesso al sistema finanziario¹⁶¹. Detto questo, sembra opportuno considerare le ricadute dell'armonizzazione europea nel rapporto pagatore – beneficiario e nel rapporto utente-prestatore del servizio di pagamento.

5.1. Rapporto pagatore-beneficiario

Nella costruzione del mercato interno dei pagamenti, il legislatore europeo non si è proposto di armonizzare il rapporto obbligatorio tra pagatore e beneficiario¹⁶², al punto che si è parlato al riguardo di un'armonizzazione indiretta¹⁶³. Tuttavia, proprio la fisionomia assunta dal sistema-organizzazione, potrebbe consentire di coglierne un'armonizzazione diretta ma poco apparente, con la conseguenza di equiparare non solo di fatto ma anche di diritto la moneta scritturale¹⁶⁴ alle banconote e al contante nel pagamento dei debiti di valuta¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Che assume ora la qualità di debitore ora di creditore nell'operazione di pagamento.

¹⁶¹ *Supra*, § 3.4.

¹⁶² Escludere la disciplina dell'obbligazione monetaria dal processo di armonizzazione dei pagamenti potrebbe essere considerata una scelta di policy coerente con la base giuridica delle iniziative assunte, tutte giustificate dall'Art. 114 TFUE, che quindi rimandano, implicitamente, alla competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri nella realizzazione del mercato interno (Art. 4, lett. a), TFUE).

¹⁶³ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'adempimento dell'obbligazione pecuniaria tra diritto vivente e portata regolatoria indiretta della Payment Service Directive 2007/64/CE*, in Mancini-Perassi (a cura di), *Il nuovo quadro giuridico comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale, n. 63, Banca d'Italia: Roma, 2008, 61-73.

¹⁶⁴ Tuttavia, si adotta, in questa sede, un concetto ampio di moneta scritturale, che non comprende soltanto la disponibilità movimentabile a vista dei depositi bancari, ma anche la disponibilità monetaria a vista, movimentabile tramite conti di pagamento offerti da prestatori di servizi di pagamento non bancari, quali gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica.

¹⁶⁵ Secondo V. SANTORO, *L'euro quale moneta scritturale*, in *Banca e Borsa*, 2001, 439, l'equiparazione tra moneta legale ed euro scritturale è un risultato acquisito con l'Art. 8, Reg. 974/98/CE. A questa norma si deve, come evidenzia l'Autore, l'equiparazione accreditato in conto e consegna di banconote e contante, in euro.

Vengono così in esame l'universalità della moneta scritturale e la sua attitudine ad eseguire un pagamento definitivo. Come insegnano gli studi economici, il pagamento è un "atto finale"¹⁶⁶.

a) *Universalità e moneta scritturale*

Sarà contraddistinto da universalità quello strumento che «una volta accettato in pagamento possa essere riutilizzato con la stessa finalità presso uno qualsiasi degli altri operatori presenti nel circuito economico»¹⁶⁷. Orbene, nel contesto dell'analisi svolta, l'universalità della moneta scritturale si radica nell'interoperabilità dei sistemi di pagamento, con particolare efficacia rispetto ai pagamenti in euro. Assumendo come punto di riferimento i principi di indifferenza del paese d'origine dell'ordine di pagamento e di piena raggiungibilità dei conti di pagamento, la Commissione ha promosso l'adozione degli standard SEPA presso gli operatori del settore affidandosi dapprima alla *moral suasion* e, poi, all'effetto vincolante di un meccanismo di *governance* pubblico-privata. Infatti, sono stati approvati, tra il 2001 ed il 2014¹⁶⁸, una serie di regolamenti sui pagamenti elettronici in euro che

L'interpretazione proposta, però, mi sembra soffra dell'eccezionalità della fase – appunto il periodo transitorio prima dell'emissione di banconote e contante in euro – , fase che spiega la soluzione adottata come strumentale a salvaguardare la continuità dei rapporti contrattuali, espressamente riconosciuta tra gli obiettivi prioritari del Regolamento. Cfr: considerando (1). Del resto, se questa conclusione fosse generalizzabile oltre il periodo transitorio, non soltanto il creditore potrebbe imporre al debitore il pagamento in moneta scritturale, ma anche gli Stati membri potrebbero escludere le banconote ed il contante dai rispettivi sistemi senza dover mantenere un equilibrio con la circolazione delle banconote e del contante, così come senza dover addurre una ragione di interesse pubblico. Tutto ciò avrebbe ricadute sulla politica monetaria e sull'equilibrio tra moneta privata e moneta pubblica. Del resto, la sentenza della Corte di giustizia del 26 gennaio 2021, Cause riunite C-422 e 423/19 non depone nel senso di una piena alternatività tra moneta scritturale e banconota.

¹⁶⁶ Mezzo di scambio-moneta inteso come «un bene di natura reale o finanziaria che, pur non essendo direttamente produttivo di utilità per il venditore che lo accetta in pagamento, ha purtuttavia potere liberatorio nei riguardi dell'obbligato, cioè del compratore». Cfr.: C. GIANNINI, *L'evoluzione dei sistemi di pagamento: una sintesi teorica*, in *Moneta e Credito*, 1988 (vol. 41), 187 – 214.

¹⁶⁷ C. GIANNINI, *L'evoluzione dei sistemi di pagamento: una sintesi teorica*, cit., 189.

¹⁶⁸ Reg. 2560/2001/CE del 19 Dicembre 2001, pubblicato in GUCE 28.12.2001 L 344; Reg. 924/2009/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre

hanno assegnato agli intermediari tempi ben precisi per ridurre la distanza tra pagamenti domestici e transfrontalieri, nella forma del bonifico e dell'addebito diretto¹⁶⁹. In sostanza, il legislatore, assumendo che l'operazione consta di un trasferimento elettronico ed interamente automatizzato di fondi, escludeva che vi fossero ragioni per continuare ad operare differenze in termini di tariffe e tempi di esecuzione tra pagamenti domestici e transfrontalieri. Vi era a monte la consapevolezza che gli operatori del settore non sarebbero stati in grado di osservare le prescrizioni regolamentari se non adottando standard tecnici ed operativi identici o compatibili. A quel punto si aprivano loro due possibilità: o dare avvio ad un processo di standardizzazione *ex novo*, rispetto al quale guadagnare ampio consenso, o adottare le regole SEPA già ampiamente condivise. Così il progetto SEPA (*governance* privata) ed il processo di armonizzazione positiva (*governance* pubblica) hanno alimentato un circolo virtuoso che ha favorito l'interoperabilità dei modelli di business, dei linguaggi e delle soluzioni tecniche, semplificando i pagamenti "transfrontalieri". Se è vero che i *rule book* SEPA hanno interessato finora i bonifici e gli addebiti diretti, l'interoperabilità per i pagamenti su carta è indirettamente dettata dall'Art. 35 PSD2 che non consente l'esclusione di un partecipante perché appartiene ad un sistema concorrente¹⁷⁰.

b) Efficacia liberatoria e moneta scritturale

Un mezzo di scambio si può considerare moneta se, per effetto della sua consegna o del suo trasferimento, «il soggetto acquirente è sollevato da qualsiasi obbligazione riveniente dall'atto di acquisto cui il

2009, pubblicato in GUCE L266/11 del 9.10.2009; Reg. 260/2012/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 marzo 2012, pubblicato in GUCE L94/22 del 30.3.2012; Reg. 248/2014/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014, pubblicato in GUCE L84/1 del 20.3.2014.

¹⁶⁹ Art. 3, reg. 2012/260/UE, rubricato Raggiungibilità, declinata per il pagatore ed il beneficiario, nel senso che «Il PSP di un beneficiario che è raggiungibile per un bonifico nazionale a norma di uno schema di pagamento è raggiungibile, conformemente alle norme di uno schema di pagamento a livello di Unione, per i bonifici iniziati da un pagatore mediante un PSP situato in qualsiasi Stato membro». Speculare il discorso per il pagatore e l'addebito diretto domestico e transfrontaliero.

¹⁷⁰ Supra § 3.1.

pagamento si riferisce»¹⁷¹. In ciò consta la c.d. definitività che, nella letteratura giuridica, è colta come efficacia liberatoria della moneta. Come ha scritto Bruno Inzitari, essa rappresenta una qualità estrinseca al denaro ma allo stesso tempo anche un «presupposto per la stessa esistenza e sviluppo del fenomeno monetario»; questa qualità è individuata nel «l'attribuzione, da parte dello Stato, della efficacia liberatoria, cioè il riconoscimento statutale della capacità della moneta scelta ed indicata come moneta legale di estinguere le obbligazioni»¹⁷². Dunque, il creditore non può rifiutare l'offerta di banconote e contante (e di assegno circolare, secondo la giurisprudenza della Cassazione). Allora, la domanda sembra essere la seguente: l'assetto giuridico europeo della moneta-servizio di pagamento, così come ricostruito in questa analisi, ha creato nei quattro segmenti dell'operazione di pagamento una situazione analoga (di non-rifiutabilità)?

Provo a ripercorrere i passaggi che, a mio avviso, consentono di dare una risposta affermativa alla domanda posta, ricordando che il processo di *elettronificazione*¹⁷³ dei pagamenti ha trasformato l'obbligazione pecuniaria tra debitore e creditore in un rapporto quadripartito che coinvolge i rispettivi intermediari e poi ha collocato questo rapporto quadripartito in un'organizzazione di impresa, verticalmente integrata, detta appunto sistema di pagamento. Per poter concludere nel senso dell'efficacia liberatoria della moneta scritturale, quale che sia la forma tecnica utilizzata per impartire l'ordine di pagamento¹⁷⁴, sarà necessario verificare: (1) se il beneficiario è tenuto ad accettare gli ordini di pagamento veicolati dal sistema; (2) se il prestatore di servizi di pagamento del pagatore è tenuto ad accettare gli ordini impartiti conformemente alla disciplina legislativa ed al regolamento contrattuale, infine, (3) se il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario è vincolato agli ordini introdotti nel sistema da una banca o intermediari accreditanti.

(1) Rapporto pagatore-beneficiario. Il beneficiario è tenuto ad accettare gli ordini di pagamento veicolati dal sistema: viene in esame la regola statutaria che prescrive al beneficiario l'accettazione di tutti gli strumenti di pagamento veicolati dal sistema di pagamento, della quale

¹⁷¹ C. GIANNINI, *L'età delle banche centrali*, cit., 100.

¹⁷² B. INZITARI, Voce "Moneta", in *Digesto*, Sez. civ., vol. XI, 1985, 395-429.

¹⁷³ *Supra* § 1.

¹⁷⁴ In altri termini, quale che sia lo strumento di pagamento utilizzato.

la Commissione ha rilevato l'attitudine anti-competitiva ma della quale non ha statuito l'antigiuridicità¹⁷⁵. Al più, il beneficiario può operare una discriminazione tra l'uno e l'altro strumento di pagamento veicolato dal sistema nella misura in cui si applicano le disposizioni pertinenti della PSD2¹⁷⁶.

(2) Rapporto pagatore-prestatore dei servizi di conto di pagamento del pagatore. Il prestatore di servizi di pagamento del pagatore è tenuto ad accettare gli ordini impartiti conformemente alla disciplina legislativa e al regolamento contrattuale. L'Art. 64 PSD2 ha disposto che ciascuna operazione di pagamento è autorizzata se assistita dal consenso del pagatore, impartito direttamente dal medesimo, impartito dal pagatore con la collaborazione del beneficiario, direttamente dal beneficiario, o infine dal prestatore di servizi di ordine di pagamento¹⁷⁷. E se l'ordine non è impartito direttamente dal pagatore?

Sull'ipotesi dell'ordine di pagamento impartito dal beneficiario, è interessante la vicenda *Mediterranean Shipping Company*¹⁷⁸, nella quale la Corte di giustizia è stata chiamata a stabilire se la nozione di servizio di pagamento comprende anche «l'esecuzione di ordini di addebito disposti dal beneficiario su un conto di pagamento di cui non è titolare e ai quali il titolare del conto in tal modo addebitato non abbia consentito»¹⁷⁹. La Corte, nel considerare il contesto della nozione di servizio di pagamento, prende in esame il diritto di rettifica del pagatore sostenendo che «(...) se l'assenza di consenso del titolare del conto addebitato quanto all'esecuzione di un prelievo su questo conto consentisse di escludere siffatta operazione di pagamento dalle nozioni di 'servizio di pagamento', di cui all'articolo 2, paragrafo 1, della

¹⁷⁵ Questa regola è stata esaminata nei casi Visa e Mastercard come *honour-all-cards rule*, ma è generalizzabile a tutti i sistemi di pagamento per i suoi effetti di integrazione verticale.

¹⁷⁶ Supra § 4.3.2.

¹⁷⁷ Secondo l'Art. 79 (2) PSD2, «Nei casi in cui tutte le condizioni stabilite nel contratto quadro del pagatore sono soddisfatte, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto del pagatore non può rifiutare di dare esecuzione a un ordine di pagamento autorizzato, indipendentemente dal fatto che l'ordine di pagamento sia disposto dal pagatore, incluso tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento o da un beneficiario o per il suo tramite, salvo se vietato da altre pertinenti disposizioni di diritto dell'Unione o nazionale».

¹⁷⁸ Causa C-295/18.

¹⁷⁹ Causa C-295/18, § 35.

direttiva 2007/64, e quindi dal suo ambito di applicazione, tali disposizioni, ove vertessero su operazioni non autorizzate, sarebbero prive di qualsivoglia senso e non avrebbero alcun effetto utile»¹⁸⁰. Quindi, l'ordine impartito dal beneficiario è vincolante per il prestatore di servizi di pagamento del pagatore e non occorre una conferma da parte del medesimo.

Infine, se l'ordine di pagamento è stato impartito tramite il prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento, l'Art. 68 (5) PSD2, dispone che l'accesso al conto di pagamento può essere rifiutato solo per motivi obiettivamente giustificati e comprovati, con ciò delineando il rifiuto di accesso come l'eccezione e non la regola¹⁸¹.

L'Art. 64 PSD2 ammette la revocabilità del consenso in ogni momento, *ex Art. 80 PSD2*, prima della ricezione da parte del destinatario che avviene quando l'ordine è ricevuto dal prestatore di servizi di cui si avvale il pagatore. Ricevuto l'ordine dal prestatore dei servizi del pagatore (ovvero, decorso il termine per la revoca da parte del pagatore), l'intermediario può, ai sensi dell'Art. 78 PSD2, addebitare il conto di pagamento del debitore¹⁸². La disposizione sul punto non è molto chiara: non esclude, infatti, che l'efficacia

¹⁸⁰ Causa C-295/18, § 43. Pertanto, proprio considerando il trasferimento dei fondi come un processo di trattamento dati interamente automatizzato, che privilegia la speditezza, sul rilievo che è più semplice ripristinare lo *status quo ante* del conto (nel caso di disconoscimento dell'operazione) che verificare ogni volta, *ex ante*, la sussistenza dell'autorizzazione del pagatore, quando il consenso è stato dato indirettamente.

¹⁸¹ Si dispone che «Un prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto può rifiutare l'accesso a un conto di pagamento a un prestatore di servizi di informazione sui conti o a un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento per motivi obiettivamente giustificati e debitamente comprovati connessi all'accesso non autorizzato o fraudolento al conto di pagamento da parte di tale prestatore di servizi di informazione sui conti o del prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, compreso un ordine di pagamento non autorizzato o fraudolento. (...) Il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto consente l'accesso al conto di pagamento una volta cessati i motivi che hanno determinato il rifiuto».

¹⁸² Per addebitamenti, si intendono, «le variazioni contabili di segno negativo apportare nella sezione “dare” del conto; essi, al pari degli accreditamenti, sono operazioni di per sé neutre sotto il profilo giuridico in quanto atti esecutivi che possono conseguire ad una pluralità di negozi e dai quali, pertanto, ricevono l'impronta» (SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., 57).

dell'addebitamento possa essere differito (ma non anticipato, appunto). Considerando la disciplina degli interessi e delle valute, e, provando a dare coerenza al quadro giuridico, sembra ragionevole fissare per l'addebitamento e l'accreditamento lo stesso momento di efficacia: si calibra quello del primo sul secondo, legislativamente individuato nel tempo in cui l'ordine è ricevuto dall'intermediario del pagatore¹⁸³. Dunque, un ordine irrevocabile produce l'effetto dell'addebitamento, con il quale riduce la disponibilità in conto, limitatamente al rapporto debitore-intermediario¹⁸⁴.

(3) Rapporto intermediario del pagatore – intermediario del beneficiario. In sede antitrust non è stato mai messo in dubbio l'obbligo dell'intermediario accreditante di accettare, ad un prezzo concordato ex ante, tutti gli ordini di pagamento correttamente inseriti nel sistema, dall'intermediario del pagatore¹⁸⁵.

Ai punti (1), (2), e (3), sono state riproposte delle valutazioni già svolte nelle sezioni precedenti: le regole statutarie richiamate sono, infatti, il portato del coordinamento raggiunto dai sistemi quadripartiti di pagamento ma di queste regole è stata ammessa l'indispensabilità per la prestazione del servizio *two-sided* ovvero un'attitudine restrittiva della concorrenza che reca più vantaggi che svantaggi. Il che è stato confermato – direttamente o indirettamente - nel processo di armonizzazione legislativa¹⁸⁶. Il diritto europeo dei pagamenti imprime questa qualità alla moneta scritturale ed alla sua circolazione in forma intermediata¹⁸⁷.

¹⁸³ Cfm: G. MUCCIARONE, "Data di valuta": direttiva 2007/64/CE ed ordinamento italiano, in Rispoli Farina - Santoro - Sciarrone Alibrandi - Troiano O. (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, 475-493. Già, V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., 57 s., propendeva per l'efficacia immediata degli addebitamenti, quando essi sono «funzionalmente collegati ai (...) negozi giuridici (...) volti a realizzare la causa di pagamento quali gli ordini a mezzo assegno o di giro».

¹⁸⁴ Cfm. V. SANTORO, *L'efficacia solutoria dei pagamenti tramite intermediari*, in Carriero - Santoro (a cura di), *Il diritto del sistema dei pagamenti*, Milano, 2005, 65-107.

¹⁸⁵ Supra, § 4.3.1.

¹⁸⁶ Supra, § 4.

¹⁸⁷ Questa conclusione appare in sintonia con quanto scriveva Bruno Inzitari nella voce del Digesto richiamata all'inizio di questo paragrafo.

Proprio in virtù delle regole richiamate, l'irrevocabilità e, con essa, l'addebitamento, sono vincolanti anche per l'intermediario accreditante e per il beneficiario e rendono opponibile questa riduzione alla rete. Il cerchio così si è chiuso e può ragionevolmente concludersi che questo meccanismo giuridico ha anticipato al momento dell'addebitamento sul conto del pagatore il verificarsi dell'efficacia liberatoria per il debitore dell'obbligazione pecuniaria¹⁸⁸.

La dissociazione tra efficacia liberatoria ed acquisto della disponibilità da parte del creditore non è una novità in dottrina¹⁸⁹. Inoltre, la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della dir. 2000/35/CE, ha statuito che il ritardo che fa sorgere il diritto agli interessi moratori si calcola dal momento dell'accREDITAMENTO, tuttavia, continua la Corte, «sarebbe irragionevole porre gli eventuali ritardi dovuti ai lassi di tempo necessari per il

¹⁸⁸ Si dà atto che l'interpretazione proposta non è in linea con le costruzioni invalse nella letteratura giuridica. Avendo riguardo alle tesi di Antonella Sciarrone e Gustavo Olivieri rispetto alle operazioni di bonifico, si registra che entrambe valorizzano l'organizzazione interbancaria nella forma dell'accordo di compensazione multilaterale, ma non concordano sul momento in cui si può considerare eseguito l'ordine impartito. Se Antonella Sciarrone ha collegato la formazione del saldo bilaterale tra banca dell'ordinante e banca del beneficiario al momento dell'esecuzione dell'accordo di riscontro, con la conseguenza di considerare eseguito l'incarico impartito dal pagatore alla data dell'accREDITO della somma di denaro sul conto dell'intermediario del beneficiario, Gustavo Olivieri considera compiuta l'operazione di bonifico solo nel momento in cui l'ente del beneficiario, nei modi e nei tempi convenuti con il proprio cliente, rende disponibile la somma al beneficiario stesso, dal momento che l'estinzione reciproca delle obbligazioni degli aderenti alla procedura di compensazione multilaterale dei recapiti si verifica solo con l'immissione del saldo definito in sede bilaterale nel sistema "Dettaglio". Infatti, lo stesso concorre con i saldi delle altre procedure, alla formazione del saldo su base multilaterale. Coerentemente va individuato il momento in cui il pagatore-debitore di una somma di denaro è liberato dall'obbligazione pecuniaria. Cfr.: A. SCIARRONE ALIBRANDI, *I bonifici transfrontalieri dalla direttiva 97/5/CE al d.lgs. 28 luglio 2000, n.253*, in *Banca e borsa* 2001, 143 ss.; G. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002, 223 s.

Con toni un po' diversi, V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, Milano, 1992, 57) che si è espresso in favore dell'efficacia liberatoria immediata degli addebitamenti quando essi sono «funzionalmente collegati ai (...) negozi giuridici (...) volti a realizzare la causa di pagamento quali gli ordini a mezzo assegno o di giro».

¹⁸⁹ A. SCIARRONE ALIBRANDI, *L'interposizione della banca nell'adempimento dell'obbligazione pecuniaria*, op. cit.

trattamento delle transazioni bancarie a carico del debitore che ha agito in buona fede effettuando il suo bonifico tempestivamente, cioè prima della scadenza del termine di pagamento»¹⁹⁰.

5.2. *Rapporto utente-prestatore del servizio*

Il ruolo del sistema-organizzazione non è mai menzionato nella disciplina degli obblighi e delle responsabilità nella prestazione dei servizi di pagamento. Tuttavia, la letteratura giuridica ha valorizzato questo aspetto, sia pure raggiungendo conclusioni differenti. Antonella Sciarrone e Gustavo Olivieri hanno considerato l'organizzazione interbancaria nella forma dell'accordo di compensazione multilaterale per inquadrare la relazione utente-prestatore del servizio di pagamento nel rapporto di mandato; al contrario, Vittorio Santoro ha ricondotto il conto corrente bancario all'appalto di servizi prestati in via continuativa ed il pagamento ad un atto esecutivo; questo servizio – ha sostenuto – poteva essere prestato perché la banca è «componente di un sistema di relazioni commerciali complesso finalizzato alla facilitazione dei pagamenti», individuato nelle stanze di compensazione gestite dalla Banca d'Italia e nel sistema dei corrispondenti¹⁹¹.

Dei due filoni dottrinali, il secondo si rivela più coerente con l'idea di fondo di questo lavoro perché richiama il sistema dei pagamenti come «sistema di relazioni commerciali complesso finalizzato alla facilitazione dei pagamenti» ed il conto corrente bancario come «(...) quel negozio con il quale la banca mette stabilmente la propria organizzazione a disposizione del cliente per l'espletamento di servizi di pagamento con mezzi già disponibili del cliente stesso e senza garantirne il risultato»¹⁹². Nel quadro del conto corrente bancario – ha sostenuto l'Autore - la banca è obbligata ad eseguire gli ordini di pagamento impartiti dal cliente, ma ne risponde della corretta esecuzione come obbligazione di mezzi e non di risultato perché «mette a disposizione del cliente la propria organizzazione affinché questi possa conseguire il risultato utile al trasferimento del denaro da un luogo ad altro e/o da un soggetto ad altro, ma tale risultato non

¹⁹⁰ Corte di giustizia, sentenza 3 aprile 2008, causa C-306/06, § 20.

¹⁹¹ V. SANTORO, *Il conto corrente bancario*, cit., 41 ss.

¹⁹² V. SANTORO, *Il conto corrente*, *Ibidem*, 20 ss.

assicura»¹⁹³. Le ultime evoluzioni del quadro giuridico possono sollevare qualche dubbio sulla configurazione come obbligazione di mezzo, ma la centralità riconosciuta al conto corrente bancario è coerente con il ruolo che, sul piano europeo, è riconosciuto al conto di pagamento come strumento di inclusione finanziaria.

Negli studi menzionati, che si collocano nel decennio che va dal 1992 al 2002, il processo di armonizzazione europea (dei pagamenti al dettaglio) non aveva ancora assunto la fisionomia attuale, né era maturata quella sensibilità delle autorità e della dottrina antitrust alla dimensione microeconomica del mercato dei servizi di pagamento, in termini di rilevanza giuridica assunta dalle esternalità di rete *two-sided*. Al contrario, nell'attuale quadro giuridico dei pagamenti, gli equilibri appaiono diversi: il sistema di pagamento come organizzazione di impresa svolge un ruolo economicamente e giuridicamente prevalente rispetto al singolo intermediario coinvolto, bancario o non bancario. In fondo, il cliente sceglie ed utilizza uno strumento di pagamento valutando la sua spendibilità e la sicurezza dei dati veicolati, a parità di tempi e costi di esecuzione dell'ordine di pagamento. Ma la spendibilità e la sicurezza dipendono più dal sistema che dal singolo partecipante. Come mai non viene considerato in alcun modo il sistema-organizzazione nella disciplina degli obblighi e delle responsabilità per la prestazione dei servizi di pagamento? Il riferimento è all'efficienza e alla sicurezza delle infrastrutture di protezione e trasmissione di informazioni, monetarie e non monetarie, veicolate nell'esecuzione di ordini di pagamento, mentre la PSD2, infatti, tratteggia una responsabilità tendenzialmente oggettiva del prestatore del servizio. Probabilmente, questo dipende anche dalla mancanza di chiarezza sulla relazione rete-partecipante, come si intuisce anche dalla vicenda Mastercard¹⁹⁴, laddove si è posto il problema se Mastercard fosse l'organizzazione apicale degli intermediari partecipanti ovvero un semplice prestatore di servizi delle banche-utenti. La Corte di giustizia ha concluso nel primo senso rilevando una comunione di interessi ed una partecipazione, diretta o delegata, degli aderenti alle decisioni della rete; se così è, allora sembra ragionevole riflettere questo ruolo attivo dell'organizzazione di rete a valle, rispetto a quei servizi che le sue

¹⁹³ V. SANTORO, *Ibidem*.

¹⁹⁴ *Supra*, § 4.1.

scelte collegiali concorrono a delineare. Il sistema di pagamento diviene così una variabile sulla quale riflettere anche per delineare l'assetto giuridico dei rapporti a valle, debitore-creditore della somma di denaro così come utente-prestatore del contratto di servizio di pagamento.