



# VNiVERSIDAD D SALAMANCA

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

FACULTAD DE DERECHO

TESIS DOCTORAL

LA TUTELA DEL USUARIO DE SERVICIOS DE PAGO  
EN LA PAYMENT SERVICES DIRECTIVE 2

PRESENTADA POR:

**FEDERICO FRATINI**

DIRECTORES:

**Dr. D. EUGENIO LLAMAS POMBO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eugenio Llamas Pombo'.

**Dr. D. VINCENZO TROIANO**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vincenzo Troiano'.

SALAMANCA, 2019

## INDICE

INTRODUZIONE.....	5
-------------------	---

### CAPITOLO I

#### EVOLUZIONE TECNOLOGICA E NORMATIVA NEI SERVIZI DI PAGAMENTO TRA ESIGENZE DI ARMONIZZAZIONE E DI TUTELA DEI CONSUMATORI

1. Sistemi di pagamento e evoluzione della moneta nell'economia contemporanea .....	9
2. Evoluzione tecnologica dei servizi e delle reti di pagamento .....	16
3. Dalla <i>self-regulation</i> ai primi interventi legislativi statunitensi a cavallo degli anni Ottanta .....	19
4. La libera circolazione dei pagamenti nel Trattato di Roma e la fase dell'integrazione negativa .....	22
5. Il primo intervento della Comunità Europea a tutela degli utenti di servizi di pagamento: la direttiva 97/5/CE in materia di bonifici transfrontalieri .....	31
6. La raccomandazione della Commissione del 30 luglio 1997 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici .....	35
7. La direttiva 98/26 sul carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli. Brevi cenni .....	39
8. Il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro e la nascita del progetto <i>SEPA</i> .	

.....	42
9. L'avvento della <i>Payment Services Directive (PSD)</i> e l'armonizzazione europea del diritto dei pagamenti	
.....	47

## CAPITOLO II

### NOVITÀ SUL MERCATO DEI SERVIZI DI PAGAMENTO: LA PAYMENT SERVICES DIRECTIVE 2

1. PSD2: l'avvento della <i>FinTech</i> e il nuovo <i>level playing field</i>	
.....	53
2. L'estensione dell'ambito di applicazione ( <i>positive scope</i> )	
.....	61
2.1. La regolamentazione dei <i>Third Party Providers (TPP)</i>	
.....	63
2.1.1. I servizi di iniziazione di pagamento ( <i>Payment Initiation Service</i> )	
.....	66
2.1.2. I servizi di informazione relativi ai conti di pagamento ( <i>Account Information Service</i> )	
.....	72
2.2. – L'attività di <i>fund checking</i> e le nuove definizioni di <i>issuing</i> e <i>acquiring</i>	
.....	78
3. La rimodulazione delle esenzioni esistenti ( <i>negative scope</i> )	
.....	81
4. I nuovi requisiti in materia di sicurezza e autenticazione delle operazioni di pagamento: la <i>Strong Customer Authentication</i>	
.....	90

### **CAPITOLO III**

#### **CONTRATTO DI SERVIZI DI PAGAMENTO E PROTEZIONE DEL CONSUMATORE. TRASPARENZA CONTRATTUALE E OBBLIGHI DI INFORMAZIONE**

1. Introduzione	107
2. I principi ispiratori della disciplina nei <i>consideranda</i> della direttiva	111
3. Definizione del contratto quadro. Contenuti e funzione	115
4. L'ambito di applicazione soggettivo e la «divaricazione disciplinare» tra contratti B2B e B2C	120
5. Gli obblighi informativi precontrattuali ed in corso di rapporto	130
5.1. Le modalità con cui le informazioni devono essere fornite. La definizione di supporto durevole alla luce della recente giurisprudenza europea	135
6. Le modifiche unilaterali al contratto quadro alla luce della PSD2	138
6.1. Le modifiche riguardanti i tassi di interesse e di cambio	147
6.2. Le modifiche dei contratti stipulati con consumatori	149
7. Il diritto del recesso del consumatore e del prestatore di servizi di pagamento nel contratto quadro	152

## **CAPITOLO IV**

### **OPERAZIONI NON AUTORIZZATE E IL REGIME DI RESPONSABILITÀ A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLA DIRETTIVA 2015/2366/UE**

1. L’allocazione del rischio nella nuova disciplina dei pagamenti non autorizzati alla luce delle recenti evoluzioni tecnologiche .....	160
2. La responsabilità dell’utente di servizi di pagamento tra <i>zero liability rule</i> e necessità di controllo dell’azzardo morale .....	172
3. L’obbligo del pagatore di notificare senza indugio le operazioni di pagamento non autorizzate e l’obbligo di rimborso del PSP .....	173
4. La responsabilità illimitata del PSP in caso di mancata adozione di misure di autenticazione forte del cliente .....	181
5. La definizione di colpa grave nelle pronunce dell’Arbitro Bancario e Finanziario e lo scenario delle nuove tecnologie. .....	184
6. Il regime di responsabilità nelle operazioni di pagamento disposte attraverso un PISP. .....	193
<b>CONCLUSIONI</b> .....	206
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	224

## INTRODUCCIÓN

En el ámbito del mercado bancario y financiero, los servicios de pago son probablemente aquellos en los que más se aprecian los efectos de las nuevas tecnologías de información y comunicación. En particular, la entrada en el mercado de servicios de pago de nuevos jugadores que no son bancarios, principalmente provenientes del sector ICT, ha influenciado profundamente la evolución de los instrumentos de pago, imponiendo al resto de los competidores un gran desafío en cuanto a la evolución tecnológica de los productos ofrecidos.

La innovación tecnológica que ha tenido lugar en los últimos años en este ámbito ha sido disruptiva. Basta pensar que en el 2015 el volumen de las transacciones efectuadas con medios de pago distintos al contante ha alcanzado los 433.1 billones de dólares con un aumento del 11,2% respecto al año precedente, mientras que el 60% de las empresas que operan en el sector declara haber introducido la FinTech como el eje de su estrategia empresarial para los próximos años.

En este contexto económico ha intervenido la Directiva PSD2, aprobada el 25 de noviembre de 2015 y transpuesta en el ordenamiento italiano a través del d.lg. 15 de diciembre de 2017, n.218, norma que ha modificado profundamente tanto el Testo Unico Bancario como el d.lg.n.11 del 2010.

La directiva, además de haber supuesto una oportuna remodelación del ámbito de aplicación (*positive scope*) destinada a agrupar a nuevos sujetos que anteriormente quedaban fuera de la disciplina (*Third Party Povidors*) y nuevas operaciones de servicios de pago, como las transacciones denominadas *one leg* o el *fund checking*, innova profundamente también las posibilidades de exención intentando hacer menos ambiguo el llamado *negative scope* de la directiva, que en vigencia de la PSD había llevado a cabo una implementación nada homogénea de la regulación en los Estados miembros.

Al mismo tiempo, el progreso del ITC en el ámbito de los servicios de pago, si por un lado ha permitido la evolución de sistemas de fraude más

sofisticados que exponen a los usuarios a nuevos peligros, por otro, ha consentido el desarrollo de nuevos instrumentos de seguridad particularmente eficaces. También bajo este aspecto, la PSD2 se ocupa de actualizar las reglas conforme al mutado contexto tecnológico, solicitando en todas las transacciones, ya sea en los casos de *card not present* o *face to face*, un nivel máximo de seguridad es posible. En este sentido tienen que leerse las disposiciones en materia de autenticación reforzada de las operaciones (*Strong Customer Authentication* o *SCA*) como herramienta para asegurar la efectiva remisión de la operación al titular de la cuenta de pago.

El objetivo de la tesis es, por lo tanto, analizar las principales innovaciones aportadas al cuadro jurídico de la PSD2 con el fin de ubicar las disposiciones específicas destinadas a tutelar al usuario/consumidor de servicios de pago en el nuevo contexto normativo y tecnológico.

Con tal finalidad, el trabajo se ha dividido en cuatro capítulos. El primer capítulo tratará la fuerte innovación tecnológica y normativa que ha afectado al sector de los servicios de pago en los últimos años. El fin es contextualizar la nueva directiva. Por un lado, dentro del largo proceso normativo llevado a cabo por la Unión Europea en materia de servicios de pago, y por otro, en el mutado panorama tecnológico en el que hoy en día vienen prestados los servicios de pago. De hecho, nos parece que la PSD2 mira, en primer lugar, a crear un enlace entre normas e innovación, intentado adecuar las categorías jurídicas al nuevo esquema tecnológico que caracteriza, ya no sólo el medio a través del cual los servicios de pago vienen prestados, sino también la naturaleza de los mismos.

En el segundo capítulo se analizarán las principales novedades introducidas por la PSD2. Esta última centra su acción en la voluntad de contribuir al desarrollo del comercio electrónico dentro de la Unión europea y de ampliar el espacio competitivo (el denominado *level playing field*) en el que sujetos bancarios y no bancarios (en particular los nuevos prestatarios de servicios de pago electrónico) puedan operar en condiciones de equidad.

En este sentido, se analizarán los nuevos servicios de pago sometidos al *framework* jurídico y a los nuevos sujetos disciplinados en la PSD2, con especial referencia a los sujetos disciplinados en la PSD2, en concreto los *Payment Initiation Services Provider*, los *Account Information Services Provider*, el nuevo servicio de *fund checking e issuing y acquiring*.

Se estudiarán además las modificaciones que han incidido en el *negative scope* de la directiva, resaltando la ratio y los principales efectos para los consumidores.

Por último, se prestará particular atención a los nuevos requisitos en materia de seguridad y autenticación de las operaciones de pago introducidos por la PSD2. El análisis tendrá por objeto, en concreto, las normas relativas a la llamada *Strong Customer Authentication* en la PSD2 y en los recientes *Regulatory Technical Standards* erogados por el EBA.

El tercer capítulo estará dedicado al estudio del contrato (marco) de pago y al examen detallado de los aspectos relativos a la transparencia contractual y a los deberes de información que recaen sobre el prestatario de servicios de pago.

Dentro del mercado de los servicios de pago, en efecto, la transparencia representa uno de los aspectos principales, que involucra a todos los actores que operan en él: los usuarios, los intermediarios y los productores. La investigación se centrará, en particular, en los deberes de información que el PSP está llamado a realizar ya sea *ex ante* que *in executivis*, sobre las modificaciones unilaterales del contrato marco y sobre la necesidad de que sean aceptadas por el usuario en el ejercicio del derecho de desistimiento acordado entre el consumidor y el PSP.

En el último capítulo se afrontará, para concluir, el tema de la responsabilidad por las operaciones no autorizadas.

A pesar de que la PSD2 se ocupe principalmente de aclarar la disciplina previgente, ha introducido al mismo tiempo algunas innovaciones relevantes hasta ahora desconocidas en la estructura de la directiva: la obligación general de *Strong Customer Authentication* y un nuevo régimen de



responsabilidad aplicable a todos los casos en los que la orden de pago se realice a través de un prestatario de servicios de disposición de órdenes de pago (PISP).

## CAPITOLO I

### **EVOLUZIONE TECNOLOGICA E NORMATIVA NEI SERVIZI DI PAGAMENTO TRA ESIGENZE DI ARMONIZZAZIONE E DI TUTELA DEI CONSUMATORI**

**Sommario:** 1. Servizi di pagamento e evoluzione della moneta nell'economia contemporanea. - 2. Evoluzione tecnologica dei servizi e delle reti di pagamento - 3. Dalla *self-regulation* ai primi interventi legislativi statunitensi degli anni Ottanta. - 4. La libera circolazione dei pagamenti nel Trattato di Roma e la fase dell'integrazione negativa. - 5. Il primo intervento della Comunità Europea a tutela degli utenti di servizi di pagamento: la direttiva 97/5/CE in materia di bonifici transfrontalieri. - 6. La raccomandazione della Commissione n. 489 del 30 luglio 1997 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici. - 7. La direttiva 98/26/CE sul carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli. Brevi cenni. - 8. Il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro e la nascita del progetto *SEPA*. - 9. L'avvento della *Payment Services Directive (PSD)* e l'armonizzazione europea del diritto dei pagamenti.

#### **1. - Servizi di pagamento e evoluzione della moneta nell'economia contemporanea.**

Sin dai tempi antichi le società hanno sviluppato sistemi che consentissero lo scambio di beni e servizi e che fossero in grado di misurarne il valore.

Il primo metodo utilizzato dall'uomo per ottenere quello che voleva o di cui aveva bisogno è il baratto<sup>1</sup>. Tale metodo risultò efficace fino a che i bisogni della società rimasero limitati. Non appena la società divenne più complessa e gli scambi commerciali si intensificarono, il baratto mostrò tutta la propria inadeguatezza e l'uomo dovette trovare altri strumenti che spezzassero l'atto bilaterale dello scambio di beni in un insieme multilaterale

---

<sup>1</sup> In particolare, d'accordo con la ricostruzione classica offerta da A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, Torino, 1851, p. 22, sin dai tempi di Odisseo la ricchezza ed il valore delle cose venivano espresse in capi di bestiame. Così, ad esempio, l'armatura di Diomede veniva valutata da Omero in «nove buoi» ed un buono schiavo in «cento». Cfr. OMERO, *Iliade*, VI, 145 ss. Dai capi di bestiame discende, d'altronde, la stessa parola «pecuniario» relativa alla moneta (dal lat. *pecus*, *-udis*, «bestiame»). Per una breve ricostruzione dell'evoluzione dei mezzi di pagamento nel corso della storia dell'uomo v. J. PALAO-UCEDA, *Algunas breves notas sobre la evolución, medios de pago en la contractación y su impacto en la misma*, in E. LLAMAS POMBO, *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2018, p. 277 ss.

e intertemporale di compravendite<sup>2</sup>. Fu in quel momento che nacque il concetto di moneta<sup>3</sup>.

Secondo l'opinione più diffusa, le funzioni della moneta sono tre: unità di conto, mezzo di pagamento e mezzo di scambio, riserva di valore<sup>4</sup>.

La prima funzione si riferisce alla possibilità di esprimere il valore di qualsiasi bene o servizio, oggetto di scambio in unità monetarie (euro, dollari, ecc.).

---

<sup>2</sup> La nascita della moneta dal baratto, come strumento per facilitare gli scambi, è sempre stato al centro dell'attenzione degli studiosi, a cominciare dal famoso passo del giurista romano PAOLO, D. 18.1, ove si afferma che «*quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur*». Per un commento del passo di Paolo si veda V. MAROTTA, *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale tenutosi a Montepulciano dal 14 al 17 giugno 2011*, Trento, 2012, p. 161 ss. L'idea della moneta come forma di semplificazione del baratto è stata successivamente ripresa e sviluppata da A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, Torino, 1851, p. 15-20 che ha sottolineato la connessione tra divisione del lavoro e impiego di determinati beni, soprattutto metalli preziosi, come strumenti di valore e scambio.

<sup>3</sup> Sul concetto di moneta cfr., *ex plurimis*, F. GALLIANI, *Della moneta*, Napoli, 1751, riedizione a cura di A. MEROLA, Milano, 1963. Per un'analisi giuridica della moneta con riferimento alle problematiche di diritto interno e europeo v. F. CAPRIGLIONE, voce *Moneta*, in *Enciclopedia giuridica*, agg. III, 1999.

<sup>4</sup> Cfr. voce *Moneta*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012. A tale proposito si segnala come negli ultimi decenni la funzione di riserva di valore sia stata oggetto di una forte problematizzazione, seppure in modi diversi, da parte di numerosi studiosi. Si rimanda sul punto agli studi di JOHN MAYNARD KEYNES, IRVING FISCHER, LUIGI EINAUDI E KARL PAUL POLANYI.

La seconda indica che la moneta è comunemente accettata come mezzo di pagamento finale dagli operatori del mercato.

La terza rammenta che la ricchezza degli agenti economici può essere detenuta in forma monetaria, in alternativa o congiuntamente a strumenti d'investimento meno liquidi, siano essi titoli finanziari o beni reali (immobili, metalli preziosi, etc.)<sup>5</sup>.

La prima forma di moneta a comparire fu la cd. moneta-merce, ovvero un bene di consumo (sale, spezie, riso, etc.) utilizzato e accettato in una determinata formazione sociale come mezzo di pagamento. Tale prima soluzione, pur avendo il pregio di aver introdotto nei commerci un bene intermedio, utilizzabile negli scambi commerciali in cui una parte non era interessata ai beni posseduti dall'altra, presentava tuttavia importanti problematiche connesse alla deperibilità e alla trasportabilità dei beni.

Nel periodo storico successivo alla moneta-merce si affermò pertanto la moneta forgiata in metalli preziosi. Il valore della moneta come mezzo di pagamento e come unità di conto, corrispondeva al valore fisico che esso incorporava (oro, argento o altri metalli nobili): era l'effigie del sovrano, inteso come autorità politica riconosciuta, a conferire «fiducia» al segno monetario e a fornire la certezza giuridica che esso venisse accettato.

Con il passare del tempo, il concetto di moneta evolve in maggiori livelli di astrazione: la moneta diviene sempre meno fisica e sempre più segno.

Dapprima compaiono le banconote e gli ordini di pagamento, privi di valore intrinseco ma convertibili in oro o altri metalli preziosi, poi nel 1944,

---

<sup>5</sup> Cfr. voce *Moneta*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012. Secondo J. TÉLLEZ, S. ZEADALLY, *Mobile Payment Systems*, Cham, 2017, p. 13 tali funzioni possono esplicarsi soltanto se la moneta soddisfa i seguenti requisiti: deve essere facilmente e largamente riconosciuta in un determinato gruppo sociale, avere un valore mediamente stabile, essere facilmente utilizzabile nella quotidianità e avere un valore non manipolabile da singoli soggetti.

in seguito agli Accordi di *Bretton Woods*<sup>6</sup>, il principio della convertibilità della moneta in oro venne abbandonato, rimanendo riconosciuto a livello delle sole banche centrali. Il valore di tutte le monete dei paesi aderenti agli Accordi venne fissato in dollari statunitensi e da quel momento il dollaro divenne l'ancora dell'intero sistema monetario internazionale<sup>7</sup>.

Il nuovo assetto monetario e finanziario che ne scaturì rese la moneta sempre meno legata al valore del metallo prezioso e diede vita ai moderni sistemi monetari fiduciari, dove il valore della moneta prescinde dal valore del metallo in essa eventualmente contenuto (moneta legale).

Nel pubblico si diffuse l'idea che il valore delle banconote emesse dalle Banche Centrali fosse relativo e dipendesse più dal potere di acquisto di beni e servizi che dal valore intrinseco della moneta stessa<sup>8</sup>.

Tale convinzione è stata rafforzata, nei paesi con un'alta presenza di banche commerciali, dal crescente utilizzo della moneta depositata che sta

---

<sup>6</sup> Mentre il secondo conflitto mondiale volgeva al termine, 730 delegati provenienti da 44 nazioni si riunirono a *Bretton Woods* (*New Hampshire*, USA) per partecipare alla conferenza monetaria e finanziaria delle Nazioni Unite (*United Nations Monetary and Financial Conference*). La conferenza vide confrontarsi due distinte proposte. La prima, sostenuta dal rappresentante dell'Inghilterra JOHN MAYNARD KEYNES, prevedeva la creazione di una moneta di conto mondiale: il *bancor*. La seconda, sostenuta dal rappresentante degli Stati Uniti HARRY DEXER WHITE, vedeva nel dollaro la moneta alla quale legare i valori di tutte le altre. Prevalse il progetto di WHITE. Sul punto cfr. B. EICHENGREEN, *Globalizing Capital. A History of the International Monetary System*, Princeton, 2008.

<sup>7</sup> Per un'analisi della fase storica che sta vivendo l'economia mondiale dalla prospettiva dell'evoluzione della moneta v. M. BAGELLA, *Note sulla evoluzione della moneta nell'economia contemporanea*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2015, p. 7 ss il quale ripercorre l'evoluzione storica della moneta nel secondo dopoguerra per arrivare alle cc.dd. monete virtuali prodotte dalla *net-economy*.

<sup>8</sup> Cfr. sul punto il Premio Nobel P. SAMUELSON, *Economia*, Bologna, 1983, p. 255 secondo il quale «la moneta, in quanto moneta e non in quanto merce, è voluta non per il suo valore intrinseco, ma per le cose che consente di acquistare».

progressivamente sostituendo, nella regolazione delle situazioni debitorie, la moneta fisica con altri mezzi di pagamento<sup>9</sup>.

In un tale contesto, la fiducia nella moneta legale e la fiducia nella moneta bancaria sono divenuti due aspetti caratterizzanti la moderna economia dei Paesi avanzati. Ciò ha consentito alla moneta bancaria di crescere quantitativamente e qualitativamente, approfittando delle nuove opportunità offerte dalle tecnologie dell'informazione e della comunicazione.

La conseguenza del progressivo slittamento verso la moneta depositata si accompagna di pari passo con la sua progressiva dematerializzazione.

Il fenomeno, come visto in precedenza, non nasce in tempi recenti<sup>10</sup> ma il fattore decisivo è stato senza dubbio l'entrata in una nuova fase del fenomeno della globalizzazione, che oggi si manifesta soprattutto in termini di agevolazione degli scambi economici tra consumatori ed imprese<sup>11</sup>.

La moneta fisica sta oramai progressivamente scomparendo, cedendo il passo a mezzi di pagamento elettronici che permettono il trasferimento della moneta in tempo reale in un contesto nel quale, grazie alla forte crescita che sta sperimentando il commercio elettronico, gli acquisti a distanza di beni e servizi stanno diventando la regola, anziché l'eccezione<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> M. BAGELLA, *u.o.c.*, p. 8.

<sup>10</sup> La stessa moneta scritturale è, d'altra parte, moneta dematerializzata, in quanto l'annotazione ha preso il posto delle monete metalliche e delle banconote.

<sup>11</sup> L'ingresso nella nuova fase a cui si fa riferimento è stato senz'altro determinato dalla diffusione di strumenti che consentono e facilitano le operazioni di pagamento a distanza. Sulla nozione di «operazione di pagamento a distanza» anche alla luce del recepimento della direttiva PSD2 v. G. MARINO, *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018, pp. 85 ss.

<sup>12</sup> Cfr. G. LEMME, S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Rivista di Diritto bancario*, 11, 2016, p. 1. Il tasso di crescita della moneta elettronica all'interno della zona euro, dopo un'esplosione iniziale in cui ha raggiunto picchi del 70%, si è stabilizzato negli ultimi anni intorno al 20% annuo. Si tratta di una percentuale elevata che testimonia il crescente sviluppo di questa moneta, M. BAGELLA, *u.o.c.*, p. 9.

Ai classici strumenti di regolazione dei contratti, denaro contante e moneta bancaria, si sono affiancati così nuovi strumenti, come le carte di pagamento, i bonifici elettronici, i borsellini digitali, i pagamenti NFC e la moneta elettronica, che hanno innovato il sistema dei pagamenti in maniera dirompente.

Dal punto di vista del *corpus* della moneta, la carta ha ceduto prima il passo alla plastica, poi al *microchip*, infine al codice binario. Dell'oro non sembra esserci più traccia, sostituito da una fonte di garanzia impalpabile ma sempre più accettata: la reputazione degli emittenti<sup>13</sup>.

Il valore della moneta è divenuto fiducia di ciascun operatore che questa verrà comunemente accettata<sup>14</sup> e in quanto tale la fiducia nella moneta e nei sistemi di pagamento è divenuta uno dei beni pubblici più importanti da tutelare per la stabilità sociale e monetaria.

---

<sup>13</sup> Senza voler ripercorrere il dibattito sul punto, il che esula del tutto dagli scopi di questo lavoro, mi sia consentito segnalare come negli ultimi anni si sia assistito ad un'esplosione di forme monetarie alternative, in particolare nel campo delle criptovalute, che pur non avendo valore di moneta legale riescono a sostenersi esclusivamente grazie fiducia nutrita dagli operatori nel sistema. Cfr. fra tutti G. HILEMAN, *A history of alternative currencies*, London, 2014, p. 8. Sulla natura giuridica di tali criptovalute, in particolare del *bitcoin*, si rinvia a G. LEMME, S. PELUSO, *Criptomoneta e distacco della moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, p. 149 ss. e alla bibliografia *ivi* contenuta.

<sup>14</sup> A tale conclusione giunge la cd. teoria istituzionalistica della moneta, secondo la quale la moneta non può essere considerata soltanto come un'attività finanziaria o uno strumento di politica economica ma consiste in primo luogo in un'istituzione sociale. Cfr. D. GALE, *The core of monetary economy without trust*, in *Journal of Economic Theory*, 18, 1978 e ID, *Money: in equilibrium*, Cambridge, 1982.



## 2. - Evoluzione tecnologia dei servizi e delle reti di pagamento.

Nonostante non sia possibile indicare delle date precise, l'inizio del processo di automazione che sta permanentemente interessando il sistema dei pagamenti, può essere fatto risalire all'introduzione nel sistema bancario statunitense della tecnologia MICr (*Magnetic Ink Character Recognition*) per facilitare il trattamento degli assegni. Negli anni '50 del secolo scorso, il traffico documentale dei pagamenti aveva infatti raggiunto dimensioni impressionanti<sup>15</sup>, richiedendo l'impiego di ingenti risorse economiche e logistiche da parte dell'industria bancaria per permettere la gestione manuale dei titoli<sup>16</sup>.

L'adozione della tecnologia MICr, permettendo la lettura ottica dei dati contenuti nel titolo, ha consentito lo sviluppo della procedura di *cheque truncation* attraverso la quale la banca negoziatrice poteva richiedere il pagamento alla banca (emittente o trattaria) mediante l'invio di un messaggio elettronico contenente le informazioni contabili relative al titolo, senza la necessità che l'assegno venisse presentato in forma cartacea.

A partire da tale momento l'industria bancaria e postale, che al tempo operavano nel mercato dei pagamenti in regime di monopolio, iniziò una lenta ma progressiva operazione di dismissione dei mezzi e del personale necessari allo spostamento fisico dei titoli.

---

<sup>15</sup> In circa dieci anni il volume di assegni processati dalla *Federal Reserve* era infatti passato da 14 miliardi all'anno nel 1955 a circa 22 miliardi (circa 60 milioni di assegni al giorno) e le proiezioni statistiche per la decade successiva indicavano una crescita ancora maggiore. Cfr. N. LEE, *Tomorrow's Checkless, Cashless Society: the Problems, the Solutions, the Benefits*, in *Management Review*, Settembre 1967, pp. 58-62.

<sup>16</sup> I costi di gestione e trasporto relativi al trattamento fisico degli assegni sono stati stimati in 3,5 miliardi di dollari l'anno. Cfr. B. BATIZ-LAZO e L. EFTHYMIU (a cura di), *The Book of Payments*, London, 2016, p. 99.

Dall'introduzione della MICr ad oggi l'industria dei pagamenti è stata interessata da una fortissima evoluzione tecnologica che ne ha cambiato completamente la fisionomia. Tra gli anni ottanta e novanta, in particolare, si assiste ad un passaggio dei servizi di pagamento a modalità interamente elettroniche. Scompare ogni traccia documentale, diminuiscono i costi e aumenta, sino a diventare immediata, la velocità del servizio che, almeno dal punto di vista tecnologico, diventa anche capace di trasferire fondi dal debitore al creditore istantaneamente e senza limiti territoriali.

Parallelamente a tale processo di automatizzazione e digitalizzazione dei mezzi di pagamento vengono costruite importanti infrastrutture, consistenti in reti di pagamento, che sostituiscono le precedenti convenzioni di corrispondenza<sup>17</sup>, attraverso le quali per lungo tempo era stato gestito il traffico interbancario. Si afferma l'idea della dimensione sistemica dei pagamenti e si inizia a prestare riguardo al profilo, precedentemente trascurato, delle relazioni interbancarie.

Vengono a costituirsi una serie di strutture ad ogni livello, nazionale e internazionale, che consentono attraverso il collegamento telematico di tutti i fornitori di servizi di pagamento una relazione fra banche che supera l'impostazione bilaterale che aveva caratterizzato il precedente periodo, per entrare in una prospettiva multilaterale<sup>18</sup>. Esse rappresentano il vero cuore

---

<sup>17</sup> Per ulteriori approfondimenti riguardo le convenzioni di corrispondenza, contratti «normativi» stipulati fra banche al fine di regolare i loro rapporti interni di dare e avere, si rinvia a G. MOLLE, *Le "convenzioni di corrispondenza"*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 18, 1955, pp. 22-32. Sulla ricostruzione delle convenzioni di corrispondenza come contratto normativo cfr. G.A. MICHELI, *Il patto di reciproca negoziazione*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2, 1952, p. 1 ss.

<sup>18</sup> Su tali osservazioni cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, in A. BROZZETTI (a cura di) *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*. Atti del convegno «Banche e attività bancaria nel TUB: qualche riflessione su un ventennio di regolamentazione, immaginando il "futuribile" (per dirla con Franco Belli)» tenutosi a Siena il 19-20 settembre 2014, Milano, 2015.

dei sistemi di pagamento<sup>19</sup> e per tale ragione il loro sviluppo è stato supportato direttamente o indirettamente dalle autorità bancarie<sup>20</sup>.

Viene, in poche parole, costruito il sistema dei pagamenti come «insieme di strumenti e procedure volte ad agevolare, cioè a rendere meno costoso, lo scambio di risorse»<sup>21</sup> ovvero, in termini giuridici, «insieme dei rapporti giuridici facenti capo a soggetti che, a vario titolo e servendosi di strumenti diversi, intervengono nella circolazione della moneta»<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Per un'analisi critica dei sistemi di pagamento nell'ambito dell'Unione europea cfr. J. GÓRKA, *Transforming Payment Systems in Europe*, London, 2016. Per una disamina tecnica del funzionamento e dell'architettura dei sistemi di pagamento elettronici, con particolare riferimento all'ambito *mobile* v. J. TÉLLEZ, S. ZEADALLY, *Mobile Payment Systems. Secure Network Architectures and Protocols*, Cham, 2017.

<sup>20</sup> Il fronte dei pagamenti *wholesale*, ovvero di importo rilevante, è stato il primo a beneficiare del mutato contesto tecnologico. Si segnalano a tale proposito gli sforzi profusi in quel periodo dalla Banca Centrale Europea per la costituzione della rete *TARGET (Trans-European Automated Real-time Gross Settlement Express Transfer)*, gestita direttamente da questa e dedicata ai pagamenti di carattere sensibile. Cfr. M. MANCINI, *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, in E. GALANTI (a cura di) *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008, p. 1171; B. GEVA, *Target2 Transfer of Funds and Harmonization of EU Payment Law*, in *41 Uniform Commercial Code Law Journal*, 2008, p. 113 ss.

<sup>21</sup> Cfr. BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia: Progetti di intervento*, Roma, 1988.

<sup>22</sup> Cfr. G. OLIVIERI, *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002. Sul punto v. anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, cit. La scienza economica propone una definizione di sistema dei pagamenti piuttosto univoca come «insieme degli strumenti, delle procedure e dei circuiti di collegamento volti a realizzare il passaggio della moneta da un operatore all'altro», cfr. T. PADOA SCHIOPPA, *La moneta e il sistema dei pagamenti*, Bologna, 1992. Più discussa appare invece la definizione giuridica di sistemi di pagamento. Oltre alla definizione proposta cfr. G. OLIVIERI, voce *Sistemi di pagamento*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma, 1995, p. 1 ss., cfr. anche G. CARRIERO, *La vigilanza della Banca d'Italia sul sistema dei pagamenti: obiettivi e strumenti*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1999, p. 93 ss..

L'avvento dei *personal computer*, e più recentemente degli *smartphone* ha permesso infine di «automatizzare l'ultimo miglio»<sup>23</sup> dell'operazione di pagamento: quello del rapporto fra prestatore del servizio di pagamento e il proprio cliente.

La creazione di sistemi di *home banking* o di *corporate banking*, a seconda che siano rivolte a consumatori o professionisti, da parte della quasi totalità degli istituti bancari, nonché l'avvento nel mercato dei pagamenti di nuovi *player* del settore *ICT*, ha permesso di dematerializzare ogni passaggio dell'operazione di pagamento se non dell'intera operazione economica<sup>24</sup>.

### **3. Dalla *self-regulation* ai primi interventi legislativi statunitensi degli anni Ottanta.**

La forte innovazione tecnologica che ha interessato il mondo dei pagamenti negli ultimi cinquanta anni, ha avuto come conseguenza giuridica immediata la riformulazione delle regole che disciplinavano sia i rapporti interni all'industria dei pagamenti, sia i rapporti con gli utenti di tali servizi (consumatori e professionisti)<sup>25</sup>.

Le nuove forme di pagamento, la creazione di grandi reti nonché la dematerializzazione della contrattazione hanno infatti generato nuovi rischi da allocare tra le parti coinvolte nell'operazione di pagamento<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> L'espressione è di O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 393.

<sup>24</sup> Nei casi di commercio elettronico diretto infatti la dematerializzazione potrebbe arrivare a caratterizzare, oltre che l'intera operazione di pagamento, anche la forma e l'oggetto della relazione contrattuale per la quale viene disposto l'ordine di pagamento (si pensi ad esempio all'ipotesi di acquisto di un *software* o di un file multimediale *on-line*).

<sup>25</sup> O. TROIANO, *u.o.c.*, p. 393.

<sup>26</sup> Fra tali nuovi «rischi» particolarmente significativo appare quello relativo alla perdita conseguente ad un ordine di pagamento non autorizzato del quale si tratterà diffusamente

A tale compito ha risposto, in un primo momento, l'autoregolamentazione.

Durante gli anni ottanta infatti, si è assistito ad un forte mutamento delle regole di intermediazione bancaria, provvedendosi a disciplinare contrattualmente, oltre agli aspetti prettamente tecnici dei singoli servizi di pagamento, anche la ripartizione della responsabilità civile nel caso di malfunzionamenti informatici, guasti alle reti, insolvenza, etc.

Ruolo centrale in tale periodo hanno rivestito le banche centrali dei singoli stati, come testimoniato per l'Italia dalla costruzione del Sistema Interbancario di Trasmissione Dati (SITRAD), oggi sostituito dalla Rete Nazionale Interbancaria (RNI), al quale aderivano direttamente la Banca d'Italia e le principali banche italiane al fine di gestire operazioni relative a bonifici, incassi, giroconti e le operazioni documentate.

Oltre alla gestione diretta di sistemi di pagamento sia al dettaglio che all'ingrosso, la Banca d'Italia svolgeva in tale periodo un'importante attività di regolamentazione e coordinamento del traffico gestito da tale sistema<sup>27</sup>.

Alla semplificazione tecnica e amministrativa dei sistemi di pagamento corrispose in quegli anni anche una semplificazione normativa; le reti di pagamento diventarono infatti dei luoghi «chiusi» di «produzione normativa standardizzata»<sup>28</sup>.

Le «vecchie» convenzioni di corrispondenza, con le quali i rapporti fra banche venivano regolamentati in maniera bilaterale, vennero sostituite da

---

nell'ultimo capitolo del presente lavoro. Sul punto v. la recente ricostruzione proposta da U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Milano, 2018, p. 45 secondo la quale tale rischio, lungi da conseguire a fattori estranei al rapporto contrattuale banca-cliente, rappresenta un elemento naturale dell'attività dei pagamenti.

<sup>27</sup> Tra le numerose pubblicazioni curate dalla Banca d'Italia in quel periodo si segnala BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia*, cit.

<sup>28</sup> Cfr. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 393.

regolamenti multilaterali, obbligatori per tutti gli aderenti alla rete, che acquisirono man mano maggiore importanza con la trasformazione delle reti da infrastrutture deputate al solo invio di ordini di pagamento a vere e proprie stanze di compensazione automatizzate.

In questo primo periodo dello sviluppo dei nuovi servizi di pagamento il legislatore, sia europeo che statunitense, scelse di non intervenire direttamente in un settore attraversato da un tale mutamento tecnologico, lasciando ai *player* del settore la possibilità di autoregolamentarsi e sperimentare così le norme più adeguate al nuovo contesto.

Fu a metà dei primi anni settanta che il legislatore statunitense decise di intervenire a regolamentare il mercato dei servizi di pagamento, con lo scopo principale di innalzare la tutela accordata ai consumatori.

In pochi anni il legislatore federale intervenne ripetutamente nell'ambito dei pagamenti, dapprima con la riforma del *Truth in Lending Act* nel 1974 e successivamente con il *Electronic Fund Transfer Act* del 1978.

Successivamente, si è passati a una massiccia riscrittura delle regole contenute nello *Uniform Commercial Code* (art. 3 e 4, sul traffico dei *negotiable instruments*, tra cui spicca, per rilevanza assoluta, quello degli assegni) e all'inserimento in esso dell'art. 4A, che riguarda il traffico di pagamenti per importi elevati (quello tra *businesses or financial institutions*), noti come (*wholesale*) *wire transfers*<sup>29</sup>.

Questo primo intervento del legislatore statunitense — che verrà successivamente utilizzato come base per la redazione del modello di legge uniforme della *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL), del 15 maggio 1992, sui bancogiri internazionali — era caratterizzato per un approccio «frammentato», con discipline distinte a seconda del tipo di servizi di pagamento<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> O. TROIANO, *u.o.c.*

<sup>30</sup> Tale modello di legge rappresentò poi la base sulla quale venne costruita la direttiva europea sui bonifici transfrontalieri 97/5: primo atto legislativo vincolante della Comunità

#### **4. - La libera circolazione dei pagamenti nel Trattato di Roma e la fase dell'integrazione negativa.**

Inizialmente anche il legislatore europeo decise di tenere un approccio «prudenziale», astenendosi dall'intervenire direttamente e lasciando all'autoregolamentazione, almeno in un primo momento, un ruolo pressoché esclusivo.

In tale prima fase, che è stata definita dell'«integrazione negativa», in quanto caratterizzata dall'assenza di interventi positivi del legislatore europeo, l'opera di armonizzazione venne operata dalla Corte di Giustizia, attraverso alcune pronunce volte alla rimozione degli ostacoli che esistevano per consumatori e imprese ai pagamenti transfrontalieri<sup>31</sup>.

D'altra parte, già il Trattato di Roma del 1957<sup>32</sup>, istitutivo della Comunità economica europea, riconosceva come la possibilità di poter disporre di

---

europea in materia di servizi di pagamento. Sul punto v. *infra*. Il testo definitivo della legge modello è pubblicato in *Banca borsa e titoli di credito*, 1994, I, p. 869. Per un commento alla legge-modello UNCITRAL cfr. L. CERENZA, *La legge-tipo sui trasferimenti internazionali di fondi predisposta dall'UNCITRAL*, in *Atti del Convegno su «Il sistema dei pagamenti»*, Perugia 23-24 ottobre 1992 e pubblicati in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 29, 1993, p. 165 ss.; M. VASSEUR, *Les principaux articles de la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2, 1993, p. 155; F. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla Direttiva 97/5/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 1999, p. 547 ss.

<sup>31</sup> Cfr. A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU retail payments law*, in *European Law Review*, 2015, 40 (6), p. 858 dal quale è stato mutuato il termine.

<sup>32</sup> Trattato che istituisce la Comunità economica europea (Trattato CEE) del 25 marzo 1957.

pagamenti transfrontalieri all'interno della Comunità europea fosse funzionale alle altre libertà economiche<sup>33</sup>.

La Corte di Giustizia confermò che la libertà di movimento dei pagamenti realizzava tale funzione nella sentenza 31 gennaio 1984 (cause riunite 286/82 e 26/83) Luisi e Carbone c. Ministero del Tesoro Italiano<sup>34</sup>.

Il caso concerneva due cittadini e residenti italiani che avevano acquistato in Italia e utilizzato all'estero mezzi di pagamento per un controvalore in lire, rispettivamente di oltre trenta milioni la Luisi, per soggiorni turistici e cure mediche in Francia e Germania, e di circa tredici milioni il Carbone, per un soggiorno turistico in Germania.

Poiché il limite per l'esportazione di valuta per turismo, affari, cure mediche e studio era all'epoca fissato in lire cinquecentomila ad anno, erano

---

<sup>33</sup> I redattori del Trattato di Roma erano consapevoli del ruolo centrale svolto dai servizi di pagamento nella creazione del mercato unico. La libertà dei pagamenti veniva infatti vista come funzionale alle altre libertà economiche previste dal trattato. Cfr. art. 106, comma 1, Trattato CEE ai sensi del quale ciascuno Stato membro assumeva l'obbligo «ad autorizzare che vengano effettuati, nella valuta dello Stato membro nel quale risiede il creditore o il beneficiario, i pagamenti relativi agli scambi di merci, di servizi e di capitali, come anche i trasferimenti di capitali e di salari, nella misura in cui la circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone è liberalizzata tra gli Stati membri in applicazione del presente Trattato». Gli Stati membri si dichiaravano inoltre disposti a «procedere alla liberalizzazione dei loro pagamenti oltre quanto previsto dal comma precedente, nella misura in cui ciò sia ad essi consentito dalla loro situazione economica generale e, in particolare, dalla situazione della loro bilancia dei pagamenti»

<sup>34</sup> Per un commento della sentenza cfr. G. TESAURO, *Esportazione di valuta per turismo e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, vol. 107, 4, 1984, pp. 101-118. La decisione si colloca sulla scia di una precedente pronuncia della Corte sulla compatibilità delle norme italiane con le disposizioni del trattato CEE in materia di circolazione dei capitali e di pagamenti relativi a scambi di merci, servizi e capitali o alla libertà di stabilimento cfr. Corte di Giustizia, 11 novembre 1982, causa 203/80, Casati, in *Il Foro Italiano*, 1982, IV, 73 con commenti di A. TIZZIANO e nota di DE GUTTRY.



state loro inflitte pene pecuniarie per importi pari alle differenze tra la quota consentita e la valuta esportata.

Il Tribunale di Genova, dinnanzi al quale furono impugnati i provvedimenti sanzionatori, sottopose alla Corte di Giustizia il quesito se l'esportazione di valuta per turismo, affari, cure mediche e studio dovessero essere considerate pagamenti correnti a fronte di servizi liberalizzati ovvero ricomprese fra i movimenti di capitali.

In tale occasione la Corte di Giustizia assunse una forte posizione a favore della libera circolazione dei pagamenti e della moneta quando questi fossero connessi a finalità turistiche, di cure mediche, di studio o di lavoro, e confermò la natura funzionale dei pagamenti posto che questi «non possono qualificarsi movimenti di capitali anche ove siano effettuati mediante il trasferimento materiale di biglietti di banca», «dal sistema generale del trattato si desume infatti , come conferma un raffronto fra gli artt . 67 e 106, che i pagamenti correnti sono trasferimenti di valuta che costituiscono una controprestazione nell'ambito di un negozio sottostante mentre i movimenti di capitali sono operazioni finanziarie che riguardano essenzialmente la collocazione o l'investimento dell'importo di cui trattasi e non il corrispettivo di una prestazione, per questo motivo i movimenti di capitali possono costituire essi stessi la causa di pagamenti correnti».

Tale posizione venne confermata dalla Corte in successive pronunce in cui venne ribadito il principio secondo il quale la restrizione ai pagamenti correnti rappresentano restrizioni alla libera circolazione di beni e servizi e come tali sono censurabili dai giudici europei e nazionali.

In questa prima fase, che abbiamo definito dell'integrazione negativa, la protezione dell'utente di servizi di pagamento appare dunque strumentale e funzionale ad altri diritti affermati dalla Comunità economica europea e volta a stimolare, in primo luogo, la libera circolazione dei pagamenti transfrontalieri.

Tale forma di integrazione negativa si rivelò presto insufficiente.

Il passaggio, in particolare all'interno del mercato dei pagamenti basati su carta, da un consumo di *élite*<sup>35</sup> ad uno di massa affermò infatti la necessità di una regolamentazione che definisse in maniera chiara diritti e obblighi delle parti coinvolte nell'operazione di pagamento e allocasse le responsabilità derivanti dai nuovi processi di pagamento automatizzati.

Già nel Libro bianco sul completamento del mercato interno del 1985<sup>36</sup>, la Commissione sottolineava come permettere agli utenti di utilizzare le proprie carte di pagamento in tutti gli Stati Membri e nei confronti di ogni professionista avrebbe facilitato il commercio transfrontaliero di beni e servizi all'interno della Comunità europea e poneva due fondamentali temi

---

<sup>35</sup> Cfr. R. FERRARI, *L'era del FinTech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, p. 17. secondo il quale, fino alla metà degli anni ottanta le carte di credito veniva utilizzate «da una ristrettissima fascia di italiani, che la usavano perlopiù come *status symbol*». Per un approfondimento dell'evoluzione dei sistemi di pagamento, anche in altri ordinamenti, cfr. D. S. EVANS e R. SCHMALENSSEE, *Paying with Plastic. The digital revolution in buying and borrowing*, Cambridge, 2005.

<sup>36</sup> Cfr. A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU retail payments law*, in *European Law Review*, 2015, 40 (6), p. 858 secondo la quale la pubblicazione del Libro bianco segna l'inizio della seconda fase del diritto europeo dei pagamenti, caratterizzata da un approccio di tipo *soft law*.

nell'agenda politica: l'interoperabilità tecnica<sup>37</sup> e la protezione degli utenti dei servizi di pagamento<sup>38</sup>.

Coerente con l'approccio prudente che ha caratterizzato la regolamentazione internazionale in tale ambito, il legislatore europeo scelse di rivolgersi in prima istanza alla *lex mercatoria*, attraverso forme di regolamentazione guidata, nel convincimento dell'autosufficienza di regole non formali e fondate su principi condivisi con gli operatori del mercato<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Da notare come la tematica dell'interoperabilità tecnica, recentemente affrontata con la direttiva PSD2, sia stata, sin dai primi interventi comunitari sul tema, al centro dell'attenzione del legislatore comunitario, rappresentando «la maggiore sfida della digitalizzazione nell'industria dei pagamenti». Il rischio è infatti che lo sviluppo di soluzioni innovative di pagamento crei frammentazione nel mercato, «attraverso schemi e piattaforme di pagamento non interoperabili tra loro, che potrebbero agire come una barriera all'ingresso o contribuire alla frammentazione dei servizi di pagamento offerti». Cfr. E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, p. 42.

<sup>38</sup> Cfr. il *Libro bianco per il completamento del mercato* (COM (85) 310), documento presentato dalla Commissione il 14 giugno 1985, con il quale è stata proposta la progressiva abolizione, entro il 1992 delle residue barriere regolamentari, fiscali e di altra natura alla libera circolazione delle persone, dei beni, dei servizi e dei capitali all'interno della Comunità europea. Si vedano, in particolare, i parr. 122 e 123.

<sup>39</sup> Cfr. V. FALCE, *Dalla self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2015, p. 55 la quale osserva come spesso gli atti di autoregolamentazione vengano innescati da atti di *soft law*, che ne orientano i contenuti verso la definizione di regole e procedure idonee a garantire affidabilità e sicurezza dei sistemi. Sul punto cfr. anche F. MOLITERNI, *Autoregolamentazione e sorveglianza nei sistemi di pagamento*, Bari, 2001, pp.17-18 il quale si riferisce alla regolamentazione guidata come strumento di mediazione fra i differenti interessi presenti nel mercato. Per un approfondimento F. MARRELLA, *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p. 249; N. BOSCHIERO, *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p. 83.

In particolare, la necessità di garantire ampia libertà all'evoluzione tecnologica degli strumenti elettronici di pagamento spinse la Commissione verso una forma di regolamentazione «dolce»<sup>40</sup>, nella convinzione che la formulazione di principi generali che tutelino gli interessi dei soggetti coinvolti, potesse promuoverne efficacemente la diffusione e il perfezionamento tecnologico<sup>41</sup>.

Sono espressione di tale indirizzo numerose raccomandazioni emanate in quel periodo: la raccomandazione n. 90/109 del 14 febbraio 1990 (in *GUCE*, 15 marzo 1990, n. L 67/39) sulla trasparenza delle condizioni bancarie applicabili alle transazioni transfrontaliere, concernente sia gli ordini di pagamento emessi con modalità cartacee che elettroniche; la raccomandazione 87/598 dell'8 dicembre 1987 (in *GUCE*, 24 dicembre 1987, n. L 365/72) su un codice di europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico<sup>42</sup>; la raccomandazione 88/590 del 17 novembre 1988 (in *GUCE* 24 novembre 1988, L. 317/55) con la quale il legislatore europeo

---

<sup>40</sup> Si riferisce in questi termini a tali primi interventi regolamentari A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 97/5 in materia di bonifici transfrontalieri*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, parte 1, p. 787. Sulle ragioni che hanno condotto il legislatore comunitario a preferire, in questa prima fase di intervento nella materia di strumenti di pagamento, un *soft approach* piuttosto che la strada della direttiva cfr. O. TROIANO, *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, p. 92 ss; R. D'ORAZIO, *L'azione comunitaria in tema di carte di pagamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 767.

<sup>41</sup> V. sul punto M. C. HELOIRE, *Politique communautaire à l'égard des consommateurs: les conditions d'une impulsion nouvelle*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 1987, p. 3 ss.

<sup>42</sup> Sul codice di buona condotta e sulle ragioni che hanno portato la Commissione alla sua adozione cfr. R. D'ORAZIO, *L'azione comunitaria in tema di carte di pagamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1988, p. 958;

si è dedicato al settore percepito come più delicato in quel periodo: la tutela degli utenti di carte di pagamento<sup>43</sup>.

La Commissione realizzò rapidamente che, al fine di una compiuta realizzazione del mercato interno, era necessario occuparsi non solo delle carte di pagamento ma anche di altri strumenti di pagamento. Così, nei primi anni novanta, iniziò a pubblicare numerosi *policy documents* nei quali veniva ribadita la necessità di potenziare l'utilizzo transfrontaliero della moneta contante e degli assegni nonché migliorare gli strumenti di trasferimento elettronico di fondi e le stanze di compensazione automatizzata (*Automated Clearing House - ACH*)<sup>44</sup>.

---

<sup>43</sup> In un primo momento la Commissione aveva previsto di delegare a forme di *soft law* la promozione della cooperazione tra privati in ambito tecnico e l'interoperabilità dei sistemi di pagamento a livello transfrontaliero, riservando invece alle norme a tutela dell'utente una regolamentazione di tipo legislativo. Alla fine, tuttavia si optò per includere anche le regole in materia di protezione dell'utente all'interno della raccomandazione, rimandando le iniziative legislative ad un momento successivo. Cfr. la risposta scritta all'interrogazione n. 1492/88 dell'on. Luc Beyer de Ryke alla Commissione delle Comunità Europee, in *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee*, C 157, 1989, p. 22 nella quale si legge come «conformemente alla politica indicata nella comunicazione al Consiglio “Una prospettiva per l'Europa: le carte elettroniche di pagamento”, in particolare al paragrafo 21, i servizi della Commissione avevano elaborato un progetto di proposta di direttiva volta alla tutela dei consumatori in questo campo. La Commissione ha deciso di dare a questo progetto la forma di una raccomandazione». Per un'analisi della Raccomandazione cfr. R. D'ORAZIO, *Aspetti evolutivi della disciplina CEE delle carte di pagamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 765. Secondo la Commissione infatti «le banche affermano che non si deve limitare l'evoluzione costante delle nuove tecnologie in questo campo e che l'attuazione di una regolamentazione quale contemplata al paragrafo 21 del succitato documento nuocerebbe a tale evoluzione».

<sup>44</sup> Cfr. ad esempio *Making payments in the Internal Market*, COM(1990) 447; *Commission Working Document on Easier Cross-border Payments: Breaking Down the Barriers* SEC(92) 621 final.

In tali documenti è possibile riscontrare come l'interesse della commissione iniziò ad allargarsi, ricomprendendo un più ampio numero di questioni connesse all'industria dei pagamenti *retail*.

In primo luogo, la Commissione sottolineava la necessità di garantire la trasparenza delle condizioni contrattuali nei pagamenti transfrontalieri.

In secondo luogo, si riscontrava la necessità di sviluppare le infrastrutture tecniche e le regole che governavano le relazioni interbancarie al fine di aumentare l'efficienza e diminuire i costi connessi ai pagamenti transfrontalieri.

Per raggiungere tali obiettivi la Commissione scelse, ancora una volta, di affidarsi alla cooperazione interbancaria, evitando di intervenire con atti legislativi vincolanti.

Con i *policy documents* emessi in tale periodo si chiedeva all'industria bancaria degli stati membri, che assieme a quella postale versava in una posizione di sostanziale mono (*recte*: duo-) polio, di assumere «azioni volontarie» per incrementare la *performance* dei pagamenti transfrontalieri all'interno dell'Unione, con l'espresso ammonimento che la Commissione avrebbe monitorato la situazione e se gli sforzi di autoregolamentazione intrapresi dalle banche non si fossero dimostrati soddisfacenti, la Commissione avrebbe assunto delle iniziative legislative.

La pressione della Commissione europea sull'industria bancaria portò, nel 1992, alla creazione dell'*European Committee for Banking Standards (ECBS)*, un'associazione bancaria finalizzata allo sviluppo di *standard* tecnici per i pagamenti europei<sup>45</sup>.

L'ECBS raggiunse successi considerevoli nello sviluppo di due *technical standards* – l'*International Bank Account Number (IBAN)* e il *Bank Identifier Code (BIC)* – che permettono alle banche di disporre transazioni

---

<sup>45</sup> L'associazione rimase in attività fino al 2006 quando le sue funzioni furono assunte dall'*European Payments Council (EPC)*.

transfrontaliere automatiche e fornire un'interfaccia utilizzabile per i pagamenti domestici. Se implementati, tali standard avrebbero potuto contribuire significativamente al processo di automazione dei pagamenti, con conseguente diminuzione di tempi e costi per i pagamenti transfrontalieri.

Nonostante ciò, il livello di adozione da parte delle banche di tali *standard* rimase significativamente basso a causa dei costi elevati necessari per la loro implementazione e il numero, ancora relativamente basso, dei pagamenti transfrontalieri all'interno dell'Unione.

Sotto il profilo della protezione degli utenti le iniziative intraprese dalla Commissione furono più penetranti rispetto a quelle inerenti alla creazione di *standard* e infrastrutture necessarie alla creazione di un mercato unico dei pagamenti. Se in tale ultimo ambito la Commissione riteneva di dover delegare il più possibile la scelta agli istituti bancari, al fine di non ostacolare lo sviluppo tecnologico che interessava (e interessa) l'industria dei pagamenti, nell'ambito della protezione degli utenti s'imponeva, al contrario, la necessità di una regolamentazione più incisiva.

In tale periodo, nonostante la Commissione avesse rinunciato all'originale progetto di intervenire con una direttiva, furono adottate numerose raccomandazioni nelle quali veniva richiesto agli istituti bancari di conformare le proprie condizioni generali di contratto alle indicazioni contenute nella raccomandazione.

La necessità di tutelare l'utente dei servizi di pagamento, non solo quale parte debole del rapporto contrattuale ma anche, e soprattutto, come soggetto chiave per la creazione di un clima di fiducia nei confronti delle nuove forme di pagamento, ispirò dunque la Commissione sin dai suoi primi interventi.

La pressione esercitata dalla Commissione su questo aspetto, spinse tre importanti associazioni bancarie a livello europeo<sup>46</sup> a cooperare attivamente con quella, predisponendo dei codici di condotta in materia di relazioni banca-utente e impegnandosi nei confronti della Commissione a sostenere ogni sforzo affinché le banche da loro rappresentate incorporassero i principi enunciati in tali codici all'interno delle proprie condizioni generali di contratto<sup>47</sup>.

### **5. Il primo intervento della Comunità Europea a tutela degli utenti di servizi di pagamento: la direttiva 97/5/CE in materia di bonifici transfrontalieri**

La direttiva 97/5/CE sui cd. bonifici transfrontalieri<sup>48</sup> rappresenta il primo intervento normativo vincolante a livello europeo in materia di strumenti (e di servizi) di pagamento<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Si tratta della *European Banking Federation* (EBF), la *European Saving Banks Group* (ESBG) e la *European Association of Cooperative Banks* (EACB).

<sup>47</sup> Cfr. A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU retail payments law*, in *European Law Review*, 2015, 40 (6), p. 8.

<sup>48</sup> Per un'analisi della direttiva cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 97/5 in materia di bonifici transfrontalieri*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, parte 1, p. 786 ss.; G. OLIVIERI, *Prime riflessioni in margine alla Direttiva (97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, 1-2, p.143 ss.; F. MOLITERNI, *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla Direttiva 97/5/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3, p. 547 ss.

<sup>49</sup> Il percorso che ha portato all'adozione della direttiva è stato piuttosto lungo. Si conoscono, infatti, almeno tre precedenti proposte: una prima proposta del 18 novembre 1994 pubblicata in *Le Società*, 1995, p. 235 con commento di G. DI MARCO, *Trasparenza e qualità d'esecuzione dei pagamenti interni all'Unione Europea*; una seconda proposta del 7 giugno 1995 pubblicata in *Informazioni legali*, 1995, 11, p. 63 con commento di L. BONZANINI, *Bonifici UE: si avvicina sempre di più la direttiva* e una terza proposta del 4 dicembre 1995 pubblicata in *GUCE*, 30 dicembre 1995, n. C 353/52.



Nonostante le associazioni bancarie non fossero rimaste completamente inerti e si fossero anzi adoperate attivamente per elaborare codici di condotta a tutela degli utenti e *standard* tecnici che permettessero i bonifici transnazionali, la Commissione ritenne non sufficienti gli sforzi profusi e decise di portare avanti il procedimento normativo.

A ben vedere, la direttiva prende le mosse proprio dall'espressa e dichiarata constatazione dell'inefficacia dei meccanismi di *moral suasion* utilizzati fino a quel momento ed in particolare dal verificato presupposto che la Raccomandazione della Commissione del 14 febbraio 1990, n.90/109/CEE non aveva «conseguito i risultati sperati»<sup>50</sup>.

Nonostante si trattasse di una direttiva di armonizzazione «minima» e l'ambito di applicazione fosse dichiaratamente limitato alle sole transazioni transnazionali, la direttiva rappresenta il punto di svolta nell'evoluzione del diritto dei pagamenti, in particolare per le norme a tutela dell'utente.

Scopo principale del provvedimento era infatti quello di garantire che «i singoli cittadini e le imprese, in particolare quelle piccole e medie, possano effettuare bonifici rapidi, sicuri ed economici da un capo all'altro della Comunità», nel convincimento che «una più ampia concorrenza sul mercato dei bonifici transfrontalieri dovrebbe condurre al miglioramento dei servizi e alla riduzione dei prezzi»<sup>51</sup>.

Per il conseguimento di tale obiettivo, la direttiva – ricalcando le scelte operate dal «modello di legge uniforme sui trasferimenti internazionali di

---

<sup>50</sup> Cfr. l'8° e il 9° *considerando* della «prima» proposta di direttiva sui bonifici transfrontalieri del 18 novembre 1994 pubblicata in *Informazioni legali*, 1995,1, p. 73 ss. con commento di L. BONZANINI, *Un nuovo "fronte" per la protezione degli utenti bancari: la trasparenza sui bonifici transfrontalieri*, il quale, pur mostrando delle riserve rispetto all'utilizzo di strumenti giuridici vincolanti per regolamentare l'attività bancaria, pone in evidenza come in quell'occasione il sistema bancario abbia perso la sfida dell'autoregolamentazione.

<sup>51</sup> Cfr. secondo *considerando* della direttiva 97/5/CE.

fondi» (*International Credit Transfers*) adottato dall'*UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law)* il 15 maggio 1992<sup>52</sup>- indicava ai legislatori nazionali due principali linee di intervento.

La prima, basata sulla trasparenza, imponeva agli enti che prestavano il servizio di bonifico transfrontaliero di informare i propri clienti circa le condizioni applicate a tali operazioni nonché delle modalità di soluzione di eventuali controversie<sup>53</sup>. Nel dettaglio, gli artt. 3 e 4 includevano, tra le informazioni che devono essere messe a disposizione della clientela, il termine di esecuzione del bonifico, le modalità di calcolo delle spese e delle commissioni a carico del cliente, l'eventuale data di valuta applicata dall'ente nonché l'indicazione dei tassi di cambio di riferimento usati<sup>54</sup>.

La seconda linea di intervento definiva, invece, un contenuto minimo per il contratto stipulato fra banca e cliente, stabilendo le principali obbligazioni gravanti in capo al prestatore del servizio di bonifico transfrontaliero.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> È la stessa Commissione incaricata di predisporre il testo della direttiva a dichiarare espressamente, in un proprio documento di lavoro del 1992 che intende «ispirarsi ai lavori dell'*UNCITRAL*» e che, «le conclusioni raggiunte dalla legge-modello serviranno da base alla legislazione comunitaria in materia di trasferimenti internazionali di fondi, tenuto conto anche degli aspetti rilevanti concernenti la protezione del consumatore». Sulle evidenti connessioni e i nessi di derivazione sussistenti tra il modello *UNCITRAL* e la direttiva 97/5/CE si rinvia a W. HARRIS-BURLAND e A. DONÀ, *La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers l'établissement d'un cadre juridique*, in *Révue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 185. Su come la legge-modello *UNCITRAL* sia a sua volta fortemente influenzata dall'esperienza statunitense v. *infra*.

<sup>53</sup> Cfr. la Sezione II della direttiva 97/5/CE concernente la «Trasparenza delle condizioni applicabili ai bonifici transfrontalieri».

<sup>54</sup> Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La direttiva comunitaria n. 97/5 in materia di bonifici transfrontalieri*, op. cit..

<sup>55</sup> Cfr. la Sezione III della direttiva 97/5/CE concernente gli «Obblighi minimi degli enti in materia di bonifici transfrontalieri».

Tali misure si rivelarono tuttavia insufficienti, come risulta dalla relazione di valutazione della Commissione al Parlamento europeo del 29 novembre 2002<sup>56</sup>.

In tale relazione la Commissione mise in evidenza come, nonostante la direttiva 97/5/CE fosse stata recepita correttamente - salvo alcuni problemi puntuali - da tutti gli Stati membri le modalità concrete di esecuzione dei bonifici transfrontalieri continuassero a non essere ancora soddisfacenti. In particolare, si rilevavano numerosi problemi come il prelievo di doppie commissioni, la mancanza di informazioni al cliente e il rifiuto di taluni enti creditizi di indennizzare il cliente in caso di ritardo nel pagamento o di rimborsare le spese prelevate illegalmente o i bonifici non giunti a destinazione<sup>57</sup>.

In generale, nonostante l'attività di trasposizione degli Stati membri si rivelò essere in linea con i principi enunciati dalla direttiva, permanevano numerosi problemi dovuti alla mancata applicazione della nuova normativa da parte degli enti che operavano bonifici transfrontalieri. La direttiva fu inoltre criticata per non avere stabilito regole uniformi di diritto internazionale privato in caso di conflitti fra norme degli Stati membri, al

---

<sup>56</sup> Tale relazione era prevista dall'art. 12 della stessa direttiva ai sensi del quale «entro due anni dalla data di messa in applicazione della presente direttiva, la Commissione presenta al Parlamento europeo ed al Consiglio una relazione sull'applicazione della presente direttiva, corredandola, all'occorrenza, delle opportune proposte di revisione»

<sup>57</sup> Secondo gli studi condotti dalla Commissione, su un campione di quaranta banche, solamente tre di queste rispettavano gli obblighi in materia di trasparenza e informazione imposti dalla direttiva e anche in questi casi l'informazione fornita era spesso scarsa o non trasparente. Cfr. sul punto la Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio riguardante l'applicazione della direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri (COM/2002/663 def, p. 13.)

fine di favorire, in un contesto necessariamente transfrontaliero, la veloce individuazione del diritto applicabile al caso di specie<sup>58</sup>.

La direttiva 97/5/CE venne presto abrogata e sostituita nel 2007 dalla *Payment Services Directive* (PSD), inaugurando un processo di revisione decennale delle norme in materia di servizi di pagamento<sup>59</sup>.

Inoltre, come si vedrà meglio *infra*, l'ambito di applicazione della PSD venne notevolmente esteso, includendo non solamente i bonifici transfrontalieri ma qualsiasi pagamento operato all'interno dei singoli Stati membri, anche quelli non appartenenti alla zona euro, dando l'avvio ad un sistema unico per tutta la Comunità europea<sup>60</sup>.

## **6. La raccomandazione della Commissione n. 489 del 30 luglio 1997 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici.**

Pochi mesi dopo l'emanazione della direttiva 97/5/CE la Commissione europea emanò la raccomandazione 97/489 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, la quale si pone in diretta connessione con la prima e ne rappresenta in un certo senso un corollario logico<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Cfr. B. GEVA, *Bank collections and Payment Transactions, Comparative Study of Legal Aspects*, Oxford, 2011, p. 312.

<sup>59</sup> La direttiva 97/5/CE è stata infatti abrogata dalla *Payment Services Directive* (PSD) 2007/64/CE, a sua volta sostituita dalla direttiva *Payment Services Directive 2* (PSD 2) 2015/2366/UE.

<sup>60</sup> Cfr. D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008.

<sup>61</sup> La raccomandazione è pubblicata in *GUCE*, 2 agosto 1997, n. L. 208/52. Per un commento Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La Raccomandazione comunitaria n. 97/489 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 4, 1998, pp. 497-501;

La raccomandazione n. 97/489/CE aggiorna, ed in parte modifica sostanzialmente, la precedente raccomandazione 88/590/CEE del 17 novembre 1988<sup>62</sup> la quale, coerentemente con le *policy* adottate dalla Comunità europea in quel periodo nel settore dei pagamenti, introduceva un codice di condotta per i gli emittenti degli strumenti di pagamento e i fornitori di sistemi di pagamento.

La raccomandazione si poneva l'obiettivo di contribuire all'avvento della società dell'informazione ed in particolare del commercio elettronico, promuovendo la fiducia dei clienti e l'accettazione dei dettaglianti riguardo agli strumenti in questione, attraverso l'introduzione di norme «minime» da inserire all'interno delle condizioni generali dei contratti stipulati fra l'emittente e il titolare di strumenti di pagamento elettronico.

Si prevedeva, in particolare, che le condizioni generali dei contratti di pagamento rispettassero la nuova normativa in materia di clausole abusive di cui alla direttiva 93/13/CEE<sup>63</sup> e che fossero formulate in termini chiari e comprensibili.

L'obiettivo esplicito era quello di garantire al cliente un livello informativo soddisfacente, prevedendo a carico della società emittente una serie di obblighi informativi, distinguendo tra informazioni che dovevano

---

<sup>62</sup> Cfr. considerando 4 della Raccomandazione 97/489. La Raccomandazione n. 88/590 del 17 novembre 1988, è pubblicata in *GUCE*, 24 novembre 1988, n. L 317/55) concernente i sistemi di pagamento e, in particolare, il rapporto tra il titolare e l'emittente della carta.

<sup>63</sup> Sulla direttiva 93/13/CEE in materia di clausole abusive, *ex multis* cfr. V. RIZZO, *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 11; V. RIZZO, *Presentazione*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA E F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 46; P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 400 ss.; V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 769 ss.

essere fornite «a monte» - ovvero prima della firma del contratto – e informazioni successive all’esecuzione dell’operazione di bonifico e relative alla stessa.

Sotto il profilo oggettivo la raccomandazione in oggetto riguardava a) il trasferimento di fondi mediante strumenti di pagamento elettronici; b) ritiro di denaro contante mediante strumenti di pagamento elettronici e caricamento o scaricamento di tali strumenti presso attrezzature come le casse automatiche e gli sportelli automatici (ATM), nonché presso l'emittente o presso un ente obbligato contrattualmente ad accettare detti strumenti di pagamento.

La raccomandazione riguardava anche le carte di debito e di credito, le *single purpose cards* e le piattaforme di *home banking*. Erano invece espressamente esclusi dal campo di applicazione, secondo quanto disposto dall’art. 1, par. 3, il pagamento per assegno e la funzione di garanzia svolta da talune carte in relazione al pagamento per assegno.

Sotto il profilo soggettivo, la raccomandazione escludeva espressamente dal proprio ambito di applicazione i trasferimenti dei fondi «conferiti su istruzione ed eseguiti da istituzioni finanziarie», ovvero operazioni non solamente eseguite ma anche ordinate dalle istituzioni stesse. Inoltre, contrariamente a quanto previsto dalla precedente raccomandazione 88/590/, la raccomandazione non contiene alcun riferimento diretto alla figura del consumatore<sup>64</sup>.

Gli ultimi articoli della Raccomandazione disciplinavano le obbligazioni e le responsabilità delle parti coinvolte nell’operazione di pagamento.

Veniva introdotta, in particolare, l’obbligazione del titolare di impiegare lo strumento di pagamento elettronico in conformità delle condizioni che ne disciplinavano l'emissione e di notificare tempestivamente all'emittente o

---

<sup>64</sup> Riscontra in particolare tale mancanza A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le recenti iniziative dell’Unione europea in materia di strumenti di pagamento*, in *Europa e Diritto Privato*, 1999, I, p. 269.

all'ente precisato da quest'ultimo, la perdita, il furto dello strumento di pagamento elettronico o la registrazione sul suo conto di un'operazione non autorizzata<sup>65</sup>.

Veniva inoltre stabilita, all'art. 6, la responsabilità del titolare per le perdite subite in conseguenza dello smarrimento o del furto dello strumento di pagamento elettronico nei limiti di un massimale non superiore ai 150 ECU (successivamente euro)<sup>66</sup>. Detto massimale non si applicava ove il titolare avesse agito con dolo o colpa grave.

Nonostante il progetto fosse stato particolarmente ambizioso e innovativo per quel tempo, non raggiunse la maggioranza dei suoi obiettivi.

Successivamente al 31 dicembre 1998, data entro la quale gli Stati membri erano chiamati a provvedere, la Commissione pubblicò una *Call for Tender* al fine di controllare lo stato di implementazione della Raccomandazione negli stati membri.

I risultati dello studio<sup>67</sup> evidenziarono importanti problematiche in ordine agli strumenti di tutela proposti dalla raccomandazione, sottolineando, in

---

<sup>65</sup> Cfr. art. 5, Raccomandazione 97/489/CE.

<sup>66</sup> La limitazione della responsabilità del titolare dello strumento per le perdite conseguenti all'utilizzo non autorizzato dello stesso è stata successivamente ribadita anche dall'art. 61 della direttiva 2007/64/CE (PSD) e dall'art. 74 della direttiva 2015/2366/UE (PSD 2) il quale ha abbassato l'importo massimo per il quale il pagatore, che non abbia agito con dolo o colpa grave, è chiamato a rispondere da 150 euro a 50 euro. Cfr. su questo punto il considerando 71 della direttiva 2015/2366/UE secondo cui «al fine di incentivare l'utente dei servizi di pagamento a notificare senza indugio al relativo prestatore l'eventuale furto o perdita di uno strumento di pagamento e di ridurre pertanto il rischio di operazioni di pagamento non autorizzate, è opportuno prevedere che l'utente debba rispondere solo per un importo molto limitato, a meno che non abbia agito in modo fraudolento o con grave negligenza».

<sup>67</sup> Cfr. *Study on the implementation of Recommendation 97/489/EC concerning transactions carried out by electronic payment instruments and in particular the relationship between holder and issuer, Call for Tender XV/99/01/C, final report*, 17 Aprile 2001.

particolare il fallimento dell'approccio adottato dalla raccomandazione in materia di trasparenza nei pagamenti elettronici, soprattutto a causa dell'insufficienza delle informazioni fornite dall'emittente e della generale mancanza di chiarezza e trasparenza delle stesse.

Un ulteriore problema, messo in rilievo dallo studio, fu la mancata adozione da parte degli emittenti delle procedure previste in caso di operazioni non autorizzate. In particolare, risultò che la maggior parte degli emittenti ostacolava la procedura di notificazione prevista dalla Raccomandazione incidendo, in tale maniera, sulla propria eventuale responsabilità per le operazioni effettuate dopo tale notificazione<sup>68</sup>.

#### **7. La direttiva 98/26/CE sul carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli. Brevi cenni.**

L'aumento dell'interesse della Comunità europea per il settore dei pagamenti portò ben presto il legislatore ad abbandonare gli strumenti di natura «esortativa» che avevano caratterizzato gli interventi degli anni ottanta e dei primi anni novanta, a favore di strumenti più incisivi di natura vincolante, quali le direttive e i regolamenti.

Ciò è accaduto dapprima con la direttiva 97/5/CE sui bonifici transfrontalieri, di cui si è parlato in precedenza, e successivamente con la

---

<sup>68</sup> V. *Study on the implementation of Recommendation 97/489/EC*, cit., p. 6 nel quale si segnala in particolare come «many issuers do not comply with the Recommendation in respect of the procedure for notification of loss or theft and the issuer's liability after notification: Some issuers do not explain the notification procedures; In many cases no special means are provided to prove that the notification has been made; Some issuers offer only limited access to notification systems, e.g. by restricting operating hours».



direttiva 98/26/CE concernente il carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento e nei sistemi di regolamento titoli<sup>69</sup>.

Nonostante la direttiva sul carattere definitivo nei sistemi di regolamento non interessi direttamente l'oggetto del presente studio, ovvero la relazione fra l'istituzione finanziaria e i suoi clienti, appare comunque utile una breve trattazione, soprattutto in riferimento alle disposizioni concernenti l'irrevocabilità dei trasferimenti.

La direttiva 97/3/CE sui bonifici transfrontalieri era finalizzata alla protezione degli utenti; la direttiva sul carattere definitivo del regolamento nei sistemi di pagamento mira invece a proteggere i sistemi di pagamento da rischi sistemici.

A bene vedere i due provvedimenti comunitari risultano connessi fra loro in quanto disciplinanti il medesimo fenomeno da due angolazioni differenti.

La direttiva sui bonifici transfrontalieri, regolamentando i pagamenti (bonifici transfrontalieri) dalla prospettiva dei singoli atti, si occupava delle relazioni negoziali fra gli operatori del mercato da una prospettiva «micro»; la direttiva sul carattere definitivo del regolamento, occupandosi dei trasferimenti di fondi intesi come sistema, metteva in rilievo la «macro-dimensione» della capacità dei sistemi di pagamento di «assicurare un

---

<sup>69</sup> La direttiva 98/26/CE, recepita nel nostro ordinamento a mezzo d.lg. 28 luglio 2000, n. 253, è stata successivamente modificata dalla Direttiva 2009/44/CE, dalla Direttiva 2010/78/UE, dal Regolamento (UE) n. 648/2012 e dal Regolamento (UE) n. 909/2014. Per un commento alla direttiva e al decreto di recepimento v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al D.lgs. 12 aprile 2001, n. 2010*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 3, p. 797 ss.; M. PERASSI, *L'attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, Banca, borsa e titoli di credito, 2001, 1, p. 816 ss.; S. BONFATTI, *Definitività delle operazioni compiute nell'ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 2001, p. 857; F. MAZZINI, *L'attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2001, p. 167 ss..

regolamento definitivo nei modi, nei tempi e nelle quantità previste, con conseguente attribuzione di certezza ed effettività alle negoziazioni degli operatori economici e finanziari»<sup>70</sup>.

Molti sistemi di pagamento sono infatti basati sulla tecnica del cd. *netting* o compensazione multilaterale che consente di ridurre le operazioni di regolamento necessarie per trattare un determinato numero di pagamenti. Invece di regolare ogni singolo pagamento nel momento esatto della giornata in cui questo viene effettuato, le banche partecipanti ad un sistema di *netting* effettuano un regolamento unico relativo a tutti i pagamenti disposti in un determinato lasso di tempo, versando così un unico saldo agli altri partecipanti del sistema ovvero, nel caso in cui dalla procedura di *netting* risulti una posizione a credito, ricevendo da questi.

Dal momento che non tutti gli ordinamenti europei riconoscevano efficacia giuridica al *netting*, si ponevano gravi problematiche nelle ipotesi di fallimento di un ente partecipante, in quanto il liquidatore di un tale ente poteva non riconoscere il debito risultante dalle operazioni di *netting*, con gli evidenti riflessi sulla stabilità dell'intero sistema.

La direttiva ha risolto tale inconveniente stabilendo, all'art. 3 par. 1, che il *netting* fosse vincolante per i terzi anche in caso di apertura di una procedura d'insolvenza a carico di uno dei partecipanti, a patto che il pagamento fosse stato registrato prima dell'apertura della stessa.

La direttiva affrontava inoltre il delicato problema della revoca dell'ordine di pagamento che, se avviene durante il processo che in un sistema di pagamento conduce al regolamento definitivo, potrebbe parimenti provocare l'insorgere di un rischio sistemico. In particolare, all'art. 5, veniva stabilita l'irrevocabilità, oltre i termini concordati contrattualmente, degli

---

<sup>70</sup> A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al D.lgs. 12 aprile 2001, n. 2010*, cit., 799.

ordini di pagamento non solo da parte dei partecipanti al sistema ma anche da parte di terzi (cd. *unwinding*).

Al fine di sostenere la fiducia dei consumatori nei sistemi di pagamento elettronico<sup>71</sup>, il principio di irrevocabilità degli ordini di pagamento è stato mantenuto e riaffermato all'interno della PSD 2, ai sensi della quale gli Stati membri devono provvedere «affinché l'utente di servizi di pagamento non possa revocare un ordine di pagamento una volta che questo è stato ricevuto dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore, salvo diversa disposizione del presente articolo»<sup>72</sup>.

#### **8. - Il regolamento 2560/2001 relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro e la nascita del progetto SEPA.**

L'introduzione della moneta unica nel 1999 e l'unificazione delle politiche monetarie fra gli stati membri dell'eurozona rappresentò una pietra miliare per l'Unione Europea e per il processo di integrazione finanziaria fra gli stati membri. Nonostante ciò, il pure affermato diritto alla libera circolazione dei pagamenti all'interno della Comunità Europea rischiava di rimanere sulla carta dal momento che i cittadini e le imprese non potevano contare su strumenti di pagamento tali da potersene avvantaggiare.

Per fare fronte a tale situazione paradossale, in cui i cittadini europei potevano utilizzare le stesse banconote e le stesse monete all'interno dell'area euro ma – di fatto - non disponevano di strumenti di pagamento transfrontalieri, la Commissione pubblicò una Comunicazione<sup>73</sup> con la quale veniva richiesto alle banche di presentare proposte entro il settembre 2000 al fine di migliorare l'efficienza dei bonifici transfrontalieri al dettaglio.

---

<sup>71</sup> D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU*, cit., 77.

<sup>72</sup> Art. 80, direttiva 2015/2366/UE

<sup>73</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo i pagamenti al dettaglio nel mercato interno COM (2000) 36 def.

Prima dello scadere di tale termine, tuttavia, l'urgenza di creare un'area unica dei pagamenti in zona euro spinse la Commissione a concretare la propria minaccia normativa ed a emanare il Regolamento 2560/2001/CE relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro<sup>74</sup>.

Tale mutamento nell'approccio regolamentare della Comunità europea nel settore dei pagamenti ha spinto parte della dottrina ad individuare nell'emanazione del Regolamento sui pagamenti transfrontalieri in euro l'inizio della «terza fase» del processo di evoluzione del diritto europeo dei pagamenti<sup>75</sup>.

Il Regolamento, primo vero intervento direttamente vincolante del legislatore comunitario in materia di strumenti di pagamento, si proponeva la ferma intenzione di allineare le commissioni bancarie per i pagamenti transfrontalieri a quelle applicate a livello nazionale di modo che ad uno stesso cliente venisse richiesta la medesima cifra<sup>76</sup>, per tutti i pagamenti che questi eseguiva entro il mercato unico, indipendentemente dal fatto che tali pagamenti valicassero i confini o restassero entro l'ambito nazionale<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> Per approfondimenti sul contenuto della proposta di regolamento si rinvia a N. MONTONESE, *Sul regolamento comunitario relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro*, in *Impresa*, 2001, 10, p. 1556 ss.

<sup>75</sup> Cfr. A. JANCZUK-GORYWODA, *Evolution of EU retail payments law*, cit., p. 865.

<sup>76</sup> Cfr. art. 3 del Regolamento 2560/2001/CE ai sensi del quale «le commissioni applicate da un ente sulle operazioni transfrontaliere di pagamento elettronico in euro fino a un massimo di 12.500 EUR sono uguali a quelle addebitate dallo stesso ente sui pagamenti corrispondenti in euro eseguiti nello Stato membro dove è stabilito detto ente».

<sup>77</sup> Come era facile immaginare, il Regolamento incontrò una forte opposizione da parte dell'industria bancaria secondo la quale l'affermato principio di non discriminazione avrebbe condotto le banche, a causa del ristretto numero di pagamenti transfrontalieri rispetto a quelli nazionali, ad aumentare le commissioni dei trasferimenti nazionali piuttosto che abbassare quelle relative alle transazioni transfrontaliere. Sul punto cfr. D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU*, cit., 79.

L'effetto indiretto del Regolamento fu quello di trasferire sul settore bancario i costi relativi all'inefficienza dei sistemi di pagamento e, di conseguenza, spingere le banche a migliorare le infrastrutture di pagamento a livello europeo al fine di diminuire i costi connessi con i pagamenti transfrontalieri.

Il Regolamento, nonostante le poche disposizioni in esso contenute, fu inoltre percepito come una dimostrazione del potere della Commissione.

Le precedenti minacce regolamentari non furono infatti molto credibili e l'inefficace direttiva 97/5/CE veniva considerata un segno della debolezza della Commissione a tale riguardo<sup>78</sup>. Al contrario, il regolamento 2560/2001, adottato entro meno di un anno, inviò un forte messaggio all'industria bancaria, dimostrando che nel caso di mancata collaborazione da parte degli operatori del settore nell'aumentare il grado di protezione degli utenti e di incentivare i pagamenti transfrontalieri, la Commissione avrebbe potuto assumere nuovi atti legislativi vincolanti.

D'altra parte, la Commissione non avrebbe potuto fare altrimenti al fine di raggiungere gli importanti obiettivi che si era prefissata e che avevano raggiunto carattere di urgenza a seguito all'introduzione della moneta unica.

Gli studi condotti successivamente all'entrata del Regolamento mostrarono significativi miglioramenti riguardo la situazione dei pagamenti transfrontalieri<sup>79</sup>.

Il Regolamento ebbe inoltre l'effetto indiretto di promuovere una maggiore cooperazione interbancaria nell'ambito del settore dei pagamenti in euro che si concretizzò, nel 2002, nella costituzione del Consiglio

---

<sup>78</sup> D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU*, cit., 79.

<sup>79</sup> Cfr. RETAIL BANKING RESEARCH LTD, *Study of the impact of regulation 2560/2001 on bank charges for national payments*, London, 2005 nel quale si sottolineava come nonostante la minaccia ventilata dall'industria bancaria, non risultarono aumenti sulle commissioni applicate alle transazioni nazionali dovuti all'entrata in vigore del nuovo Regolamento.

Europeo dei Pagamenti (*European Payments Council – EPC*)<sup>80</sup>, un'associazione interbancaria fondata al fine di realizzare il progetto SEPA per disciplinare il sistema dei pagamenti al dettaglio a condizioni omogenee<sup>81</sup>.

L'ambizioso obiettivo era quello di rimuovere ogni differenza, attraverso un assoggettamento a regole comuni di natura pattizia, tra pagamenti nazionali e transfrontalieri in euro all'interno dell'Unione.

Il progetto SEPA è mirato prevalentemente al mercato *retail*, ovvero ai pagamenti di importo non rilevante<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Al momento della sua costituzione (giugno 2002) lo EPC era costituito da 42 banche, dalla *Euro Banking Association* e dalle tre *European Credit Sector Association*. Oggi conta 76 membri appartenenti a 34 Stati. Alla costituzione dell'EPC seguì la pubblicazione di un Libro bianco, EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Euroland: our single payment area!*. *White Paper*, Brussels, 2002, e la seguente dichiarazione:

*“We, the European banks and credit sector associations,*  
*– Share the common vision that Euroland payments are domestic payments*  
*– Join forces to implement this vision for the benefit of European consumers, industry and banks*

*And accordingly,*

*– Launch the initiative ‘Euroland – Our Single Payment Area!’”.*

Il Consiglio Europeo dei Pagamenti sostituì il precedente *European Committee for Banking Standards* sul quale v. *retro*. Tutte le informazioni e i documenti relativi al progetto SEPA e all'EPC sono disponibili sul sito internet [www.europeanpaymentscouncil.eu](http://www.europeanpaymentscouncil.eu).

<sup>81</sup> L'iniziativa *SEPA* si rivolge, da un punto di vista geografico, a tutti gli Stati membri dell'Unione europea, nonché alla Norvegia, Svizzera, Lichtenstein e Islanda. Il progetto consente dunque la partecipazione anche a quelle nazioni che non rientrano nell'area euro, permettendo di partecipare a sistemi di pagamento in euro (mentre rimangono esclusi quelli in valuta locale) e di adottare *standards and practices* della *SEPA*. Cfr BANCA CENTRALE EUROPEA, *The Single Euro Payments Area (SEPA): an Integrated Retail Payments Market*, Frankfurt am Main, 2013.

<sup>82</sup> In dottrina, M. VAN EMPEL, *Retail Payments – The Lisbon Agenda and SEPA*, in *Euredia*, 2006, p. 51, rileva l'elusività del concetto di pagamenti *retail* che si può

Fra gli assi della sua azione infatti è possibile distinguere almeno tre mirati a disciplinare pagamenti di «importo modesto», quello dei pagamenti basati su carte di pagamento, gli addebiti diretti ed i *mobile payments*.

La divisione delle funzioni tra industria bancaria e Unione europea – che conferma il *self-regulatory approach* di cui si è parlato in precedenza – può essere descritta nel senso che lo EPC si occupa di predisporre e aggiornare la regolamentazione relativa al settore dell'intermediazione<sup>83</sup> mentre l'Unione europea quella relativa al rapporto tra utente e prestatore di servizi di pagamento<sup>84 85</sup>.

---

individuare solamente in contrapposizione a quello di *wholesale payments* (pagamenti di importo rilevante).

<sup>83</sup> L'EPC ha elaborato dalla data della sua costituzione numerosi *rulebook* al fine di disciplinare dettagliatamente i rapporti di intermediazione nei pagamenti: si tratta del *SEPA Instant Credit Transfer (SCT INST) rulebook, version 1.1* (18 ottobre 2017); *SEPA Credit Transfer rulebook, version 1.1* (18 ottobre 2017); *SEPA Direct Debit Core rulebook, version 1.1* (18 ottobre 2017); *SEPA Direct Debit Business-to-Business rulebook, version 1.1* (18 ottobre 2017); *EPC White paper on mobile payments, version 5.0* (7 marzo 2017); *SEPA Cards Standardisation Volume, version 7.5* (24 maggio 2016).

<sup>84</sup> Sottolinea tale ripartizione di compiti cfr. O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 11 e 12. Si riferisce a processi di «auto ed etero-regolamentazione» anche A. SCIARRONE ALIBRANDI, *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1, p. 437.

<sup>85</sup> Tale ripartizione trova conferma anche nelle nuove iniziative legislative del legislatore europeo. In effetti, l'art. 3, lett. h, direttiva 2366/2015/UE (PSD 2) esclude espressamente dall'ambito di applicazione della direttiva le «operazioni di pagamento effettuate 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».

## 9. L'avvento della *Payment Services Directive (PSD)* e l'armonizzazione europea del diritto dei pagamenti.

La Commissione europea ha emanato, nel dicembre 2005, una proposta di direttiva finalizzata a disciplinare attraverso regole armonizzate di diritto privato, i servizi di pagamento nel mercato interno<sup>86</sup>.

Dopo un *iter* piuttosto lungo e complesso si è arrivati, nel 2007, al testo definitivo della «storica» direttiva 2007/64/CE (PSD) relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno<sup>87</sup>.

La direttiva, che a differenza del progetto SEPA si applicava a qualsiasi transazione, in qualsiasi valuta, effettuata all'interno dell'Unione europea, nasce dalla constatazione da parte della Commissione dell'insufficienza delle misure intraprese fino a quel momento<sup>88</sup> e dal convincimento del legislatore

---

<sup>86</sup> Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e recante modifica della direttiva 97/5/CE, 2000/12/CE e 2002/65/CE, COM (2005) 603 def.

<sup>87</sup> 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. In letteratura, *ex multis* v. M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011; G. GIMIGLIANO, A. PIRONTI, *L'attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno: prime osservazioni sul d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2, pp. 701 ss.; M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009; M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009, D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008.

<sup>88</sup> Gli atti comunitari adottati fino a quel momento nell'ambito dei pagamenti, in particolare la direttiva 97/5/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (v. *retro*), del 27



europeo che «la coesistenza di disposizioni nazionali e di un quadro comunitario incompleto dà origine a confusione e incertezza giuridica»<sup>89</sup>.

Fin dalle prime fasi dell'elaborazione della direttiva, infatti, si era affermata l'esigenza di creare un quadro giuridico organico dei servizi di pagamento, che rimuovesse lo stato di incertezza creatosi in seguito alla «stratificazione» di provvedimenti con forza giuridica differente ma dal contenuto essenzialmente convergente, nel convincimento che riferimenti giuridici chiari in una fase di completamento dell'integrazione monetaria europea potessero sostenere la fiducia dei consumatori<sup>90</sup>.

La direttiva mirava pertanto a «istituire un quadro giuridico comunitario moderno e coerente per i servizi di pagamento, [...] che risulti neutrale in modo da garantire parità di condizioni per tutti i sistemi di pagamento,

---

gennaio 1997, sui bonifici transfrontalieri (v. *retro*) e il regolamento (CE) n. 2560/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 dicembre 2001, relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro (v. *retro*), non avevano infatti risolto la situazione più di quanto non avessero fatto in precedenza la raccomandazione 87/598/CEE della Commissione, dell'8 dicembre 1987, relativa ad un codice europeo di buona condotta in materia di pagamento elettronico (relazioni fra istituti finanziari, commercianti e prestatori di servizio e consumatori), la raccomandazione 88/590/CEE della Commissione, del 17 novembre 1988, concernente i sistemi di pagamento, in particolare il rapporto tra il proprietario della carta e l'emittente della carta o la raccomandazione 97/489/CE della Commissione, del 30 luglio 1997, relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti.

<sup>89</sup> *Considerando* 3, direttiva 2007/64/CE.

<sup>90</sup> Cfr. Documento di lavoro MARKT/208/2001 del 7 maggio 2002 e la Comunicazione al Consiglio ed al Parlamento europeo, COM (2003) 718 del 2 dicembre 2003 «Possibile quadro normativo per un'area dei pagamenti unica nel mercato interno». Parte della dottrina ritiene che lo «spirito» che ha animato il legislatore europeo sia stato tradito dalla scelta del legislatore interno di ricorrere alla «consuetudine tecnica della novellazione», suddividendo le disposizioni fra il Testo Unico Bancario e il d. lg. 27 gennaio 2010, n. 11. Cfr. G. GIMIGLIANO, A. PIRONTI, *L'attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno: prime osservazioni sul d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2, pp. 701;

mantenendo così la libertà di scelta dei consumatori, e che rappresenti un chiaro progresso in termini di costi per i consumatori, nonché di sicurezza e di efficacia rispetto ai sistemi attualmente esistenti a livello nazionale»<sup>91</sup>.

La seconda ragione che ha motivato l'intervento del legislatore europeo è rappresentata dalle importanti evoluzioni che avevano coinvolto l'industria dei pagamenti nel decennio precedente. L'esplosione di *internet* e della telefonia mobile avevano infatti aperto enormi possibilità applicative permettendo l'ingresso di nuovi *player* non bancari (provenienti soprattutto dal settore tecnologico) nel settore dei pagamenti<sup>92</sup>, spezzando in questo modo il duopolio degli enti bancari e postali<sup>93</sup>.

La terza ragione, di stampo più prettamente giuridico, attiene invece ai grandi sforzi che l'Unione europea aveva profuso negli anni precedenti sul piano normativo, nella creazione di un mercato unico europeo, con particolare riferimento alla tutela dei consumatori nei contratti a distanza<sup>94</sup>.

---

<sup>91</sup> *Considerando 4*, direttiva 2007/64/CE.

<sup>92</sup> Si pensi a servizi come PayPal, fondato nel 1999 a Palo Alto. Per un'evoluzione dei sistemi e dei servizi di pagamento dal baratto ai moderni sistemi di pagamento digitale si rinvia a B. BATIZ-LAZO e L. EFTHYMIU (a cura di), *The Book of Payments*, London, 2016;

<sup>93</sup> Principio guida della PSD è l'incremento della concorrenzialità nel mercato dei servizi di pagamento, oggetto di monopoli di fatto di natura bancaria e postale, attraverso l'introduzione nel mercato di altri operatori abilitati a svolgere tali servizi, gli Istituti di Pagamento (IP). Cfr. N. MANCINI, *Il nuovo assetto normativo dei servizi di pagamento*, in *Banca impresa società*, 1, 2013, p. 140; G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 14; G. FORESTIERI, *Concorrenza e innovazione dei sistemi di pagamento retail*, in *Banca impresa società*, 3, 2002, p. 445; M. GRANIERI, *Le liberalizzazioni dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009, p. 100.

<sup>94</sup> Il riferimento è alla Direttiva 97/7/CE relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, recepita nell'ordinamento italiano a mezzo del d.lg. 22

Nella costruzione di un mercato europeo del consumo lo sviluppo del traffico dei pagamenti *retail*, dedicato alle transazioni di importo contenuto ed espressione appunto di tale mercato<sup>95</sup>, si rivelava di massima importanza: oltre alle norme sullo scambio (contratto) anche quelle relative al versamento del corrispettivo costituiscono un fondamentale elemento per stimolare e facilitare tale crescita. Si trattava quindi di intervenire per disciplinare l'industria dei pagamenti con riferimento specifico al rapporto con l'utenza, al fine di dettare regole tendenzialmente unitarie<sup>96</sup>.

Sotto il profilo soggettivo un'importante differenza tra la proposta e il testo finale della direttiva è che la prima non conteneva alcun riferimento alla figura del consumatore e quindi si applicava indistintamente all'intera utenza di servizi di pagamento; mentre il secondo detta una disciplina essenzialmente contrattuale che, pur non essendo limitata quanto ad ambito soggettivo di applicazione, consente all'autonomia privata ampie deroghe quando l'utente non è un consumatore (art. 30, parr. 1 e 2 e art. 51, par. 1).

Tali rilievi hanno condotto parte della dottrina a parlare di unitarietà «soltanto apparente» della disciplina<sup>97</sup>, posto che la possibilità offerta dalla

---

maggio 1999, n. 185. Per un'analisi del testo comunitario, *ex plurimis*: G. ALPA, *Nuove garanzie a tutela del consumatore. Commento alla direttiva 97/77/CE*, in *Contratti*, 1999, p. 421 ss; ID., *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848 ss.; G. GRISI, *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 895; M.A. LIVI, *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1998, p. 1077; D. VALENTINO, *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 377 ss.

<sup>95</sup> M. MANCINI, *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009, p. 43.

<sup>96</sup> O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 395.

<sup>97</sup> O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, cit., p. 395.

direttiva PSD di poter apportare deroghe nel caso di contratti stipulati con la clientela professionale, ha condotto ad una disciplina sostanzialmente differente nei rapporti B2B.

La tutela apprestata all'utente dal legislatore europeo, fondata su regole di protezione del consumatore più adeguate e coerenti con il mutato contesto economico e tecnologico, si è mossa attraverso tre direttrici principali.

In primo luogo, in linea con la più ampia tendenza in ambito di diritto finanziario e dei consumatori, la direttiva ha eliminato ogni differenza fra regole nazionali e comunitarie, passando dall'approccio di armonizzazione minima che aveva caratterizzato i precedenti interventi, ad un approccio di armonizzazione massima: ai legislatori nazionali non era permesso di intervenire nelle materie regolate, neppure per concedere una tutela più ampia agli utenti (art. 86, comma 1, salvo le eccezioni ivi contemplate).

In secondo luogo, distanziandosi dall'approccio adottato dal legislatore statunitense, la direttiva ha introdotto regole unitarie con riferimento alle differenti tipologie di servizi di pagamento, con la conseguenza che le regole a protezione dell'utente avrebbero trovato applicazione a prescindere dallo strumento di pagamento concretamente utilizzato.

In terzo luogo, la PSD ha integrato in un unico atto giuridico, con forza vincolante, tutte le disposizioni di diritto privato in materia di obblighi di trasparenza e diritti e doveri delle parti di un'operazione di pagamento, precedentemente contenute in numerosi atti normativi sia di natura vincolante che non.



## CAPITOLO II

### LE PRINCIPALI NOVITÀ INTRODOTTE DALLA PSD2 TRA SVILUPPO TECNOLOGICO ED ESIGENZE DI TUTELA DEGLI UTENTI

**Sommario:** 1. PSD2: l'avvento della *FinTech* e il nuovo *level playing field*. - 2. L'estensione dell'ambito di applicazione (*positive scope*). – 2.1. La regolamentazione dei *Third Party Providers (TPP)*. – 2.1.1. I servizi di iniziazione di pagamento (*Payment Initiation Service*). – 2.1.2. I servizi di informazione relativi ai conti di pagamento (*Account Information Service*) – 2.2. – L'attività di *fund checking* e le nuove definizioni di *issuing* e *acquiring*. – 3. La rimodulazione delle esenzioni esistenti (*negative scope*). – 4. I nuovi requisiti in materia di sicurezza e autenticazione delle operazioni di pagamento: la *Strong Customer Authentication*.

#### **1. PSD2: l'avvento della *FinTech* e il nuovo *level playing field*.**

Nell'ambito del mercato bancario e finanziario, i servizi di pagamento sono probabilmente quelli in cui maggiormente sono visibili gli effetti delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. In particolare, l'ingresso nel mercato dei pagamenti di nuovi *player* non bancari, provenienti prevalentemente dal settore ICT, ha profondamente influenzato l'evoluzione degli strumenti di pagamento, imponendo a tutti gli altri concorrenti un'importante sfida sotto l'evoluzione tecnologica dei prodotti offerti<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Sull'impatto dirompente che ha avuto lo sviluppo tecnologico sull'industria bancaria e finanziaria v. S. ROSSI, *FinTech e regole*, considerazioni conclusive del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS all'inaugurazione del Corso di Alta formazione per gli Amministratori e gli Organi di controllo delle imprese bancarie, Roma, 10 maggio 2018, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir->

L'innovazione tecnologica avvenuta negli ultimi anni in questo ambito è stata dirompente. Basti pensare che nel 2015 il volume delle transazioni effettuate con mezzi di pagamento diversi dal contante ha raggiunto i 433.1 miliardi di dollari con una crescita dell'11.2% rispetto all'anno precedente<sup>99</sup> mentre il 60% delle imprese operanti nel settore dichiara di aver posto la *FinTech* al centro della propria strategia aziendale per i prossimi anni<sup>100</sup>.

Le innovazioni tecnologiche hanno riguardato sia i prodotti offerti, sia le modalità con cui l'utente si interfaccia con il servizio di pagamento, sia gli strumenti con cui viene gestito nei processi interni il trasferimento del denaro.

Come visto nel capitolo precedente, la prima risposta normativa armonizzata a livello europeo alle profonde mutazioni che hanno interessato il mercato dei pagamenti è rappresentata dalla direttiva 2007/64/CE (cd. PSD), recepita nell'ordinamento italiano a mezzo del d.lg. 27 gennaio 2011, n. 11. Tale direttiva, pur avendo avuto l'indubbio pregio di aver dato una disciplina uniforme a livello europeo all'industria dei pagamenti, ha tuttavia mostrato importanti limiti che ne hanno reso necessaria una pronta riforma. Le ragioni, se da un lato sono riconducibili alle ambiguità genetiche della PSD<sup>101</sup>, dall'altro dipendono prevalentemente dal mutato contesto economico e tecnologico in cui si propone di intervenire la nuova direttiva.

---

2018/rossi\_fintech\_20180510.pdf. Sullo stesso tema v. anche F. PANETTA, *L'innovazione digitale nell'industria finanziaria italiana*, intervento al convegno del Comune di Milano e del Ministero dell'Economia e delle finanze per l'inaugurazione del *Fintech District*, Milano, 26 settembre 2017, [http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2017/Panetta\\_26092017.pdf](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2017/Panetta_26092017.pdf).

<sup>99</sup> Cfr. CAPGEMINI e BNP PARIBAS, *World Payments Report*, 2017.

<sup>100</sup> PwC, *Global Fintech Report*, 2017, p. 22.

<sup>101</sup> Evidenzia tale dato G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 3, 2018, in corso di pubblicazione. Fra gli elementi maggiormente ambigui o eccessivamente generici il considerando 4 della direttiva PSD 2 sottolinea in

Lo scopo principale della PSD era creare un *legal framework* uniforme, applicabile a tutti i servizi di pagamento forniti all'interno dell'Unione europea e fornire una copertura legislativa al progetto SEPA<sup>102</sup>. Tuttavia, nonostante le norme contenute nella PSD fossero applicabili anche al settore dei pagamenti *on line*, la direttiva non dedicava particolare attenzione alla promozione del commercio elettronico e alla risoluzione delle specifiche problematiche che sollevavano i pagamenti *on line*, molti dei quali, d'altra parte, hanno iniziato ad affermarsi nel mercato in seguito all'approvazione della stessa<sup>103</sup>.

Dopo relativamente poco tempo dall'introduzione della PSD la Commissione ha iniziato ad occuparsi più attentamente del tema dei pagamenti *on line*, intraprendendo importanti passi per superare la limitazione del raggio d'azione che caratterizzava la PSD.

---

particolare l'ambito di esclusione delineato dall'art. 3 della PSD. Nello specifico, l'esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 2007/64/CE delle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale per conto del pagatore o del beneficiario aveva trovato nella fase di recepimento applicazioni significativamente differenti negli Stati membri. Alcuni Stati membri, infatti, consentivano di applicare tale esclusione alle piattaforme di commercio elettronico (*marketplace*) che agivano come intermediari per conto dei singoli acquirenti e dei singoli venditori senza un reale margine nella negoziazione o conclusione della vendita o dell'acquisto di beni o servizi. Tale applicazione dell'esclusione, consentiva di fatto a tali piattaforme, che pure entravano nella disponibilità dei fondi dei propri clienti, di non sottostare alle norme dettate dalla PSD, con il conseguente aumento dei rischi per i consumatori ed effetti distorsivi della concorrenza nel mercato dei pagamenti.

<sup>102</sup> Cfr. *considerando* 4 e 5 della direttiva 2007/64/UE.

<sup>103</sup> Senza pretesa di esaustività, si segnala come, ad eccezione di PayPal che come si è visto era già presente da tempo, i principali servizi di pagamento *on line* oggi disponibili nel mercato europeo sono stati tutti introdotti o si sono affermati in seguito all'approvazione della PSD. Così ad esempio, Google Pay (2016), Samsung Pay (2016), Apple Pay (2015), Satispay (2013), Stripe (2011), Ideal (2005), Sofort-Klarna (2005).



Coerentemente con la *Digital Single Market Strategy* che sarebbe stata annunciata pochi anni dopo<sup>104</sup>, il Libro Verde della Commissione «Verso un mercato europeo integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile»<sup>105</sup> pone lo sviluppo del commercio elettronico al centro delle politiche dell'Unione.

A riprova del mutato contesto in cui intende operare la Commissione, il Libro Verde inizia con la seguente affermazione «se si vuole che i consumatori, i commercianti e le imprese godano appieno dei benefici del mercato unico, è indispensabile che possano servirsi di pagamenti elettronici sicuri, efficienti e competitivi, a maggior ragione ora che il commercio elettronico sta poco a poco soppiantando gli scambi tradizionali. I modi di acquisto di beni e servizi in Europa stanno mutando radicalmente. Cittadini e imprese, sempre più attivi al di fuori del loro paese d'origine, sono molto agevolati nel quotidiano se possono effettuare pagamenti elettronici oltre confine in tutta comodità».

Un successivo studio promosso dalla Commissione europea, il «*London Economics Study*»<sup>106</sup>, finalizzato a valutare l'impatto della PSD e del Regolamento 924/2009/CE<sup>107</sup> sul mercato interno e ad identificare le relative problematiche eventualmente esistenti, mise in evidenza come nonostante la PSD avesse sostanzialmente raggiunto gli obiettivi generali

---

<sup>104</sup> V. il discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo del Presidente J-C. JUNKER, *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*, Strasburgo, 15 luglio 2014.

<sup>105</sup> COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, COM (2011) 941 definitivo.

<sup>106</sup> LONDON ECONOMICS and IFF in association with PAYSYS, *Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross border payments in the community*, Bruxelles, 2013.

<sup>107</sup> Regolamento (CE) n. 924/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 settembre 2009, relativo ai pagamenti transfrontalieri nella Comunità e che abroga il regolamento (CE) n. 2560/2001.

che si era fissata, non fosse possibile osservare alcun impatto sostanziale della PSD per quanto riguardava l'ingresso nel mercato da parte di nuovi fornitori, le innovazioni tecnologiche che stavano (e stanno) interessando l'industria e l'efficienza nella fornitura di servizi di pagamento<sup>108</sup>.

Dallo studio emersero inoltre alcune problematiche relativamente allo scopo e all'ambito di applicazione della PSD, in particolare rispetto all'ecosistema<sup>109</sup> relativo al *mobile commerce*, allo sviluppo di nuovi servizi di pagamento<sup>110</sup> e all'allocazione delle responsabilità derivanti da operazioni di pagamento fraudolente o non autorizzate.

Lo studio sottolineò inoltre come, nonostante il legislatore comunitario avesse scelto per la PSD un modello di armonizzazione massima, l'ambiguità nella formulazione di alcuni concetti avesse portato ad

---

<sup>108</sup> «No substantial impact of the PSD can so far be observed with regard to market entry of new providers, technical innovations, and efficiency of the provision of payment services. As a result of so far relatively limited entry by de novo payment service providers and so far relatively limited new cross-border provision of payment services, the effect of the PSD from this perspective is at the present time relatively weak». Cfr. LONDON ECONOMICS and IFF in association with PAYSYS, *Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross border payments in the community*, Bruxelles, 2013, p. ix.

<sup>109</sup> Il termine «ecosistema», mutuato dalla biologia, è stato introdotto nell'ambito dei sistemi di pagamento da R.M. MAY, R. M. LEVIN, G. SUGIHARA, *Complex systems: ecology for bankers*, in *Nature*, 451, 2008, pp. 893–895. Sulle specifiche problematiche che interessano la regolazione dei *mobile payments* e sulla necessità di creare un nuovo «ecosistema» contrattuale per il *mobile commerce* v. R. KEMP, *Mobile payments: current and emerging regulatory and contracting issues*, in *Computer Law & Security Review*, 29, p. 175.

<sup>110</sup> Per un'analisi della regolamentazione statunitense in materia di servizi di pagamento e nuove tecnologie, con particolare riferimento all'innovazione tecnologica e ai profili di protezione del consumatore v. M. E. BURGE, *Apple Pay, Bitcoin, and Consumers: The ABCs of Future Public Payments Law*, in *Hastings Law Journal*, 2017, 67.

un'applicazione essenzialmente disomogenea della PSD nei diversi Stati membri, fallendo in ultima analisi il proprio obiettivo di creare un quadro regolamentare per la prestazione di servizi di pagamento pienamente armonizzato.

Sulla scorta delle considerazioni emerse dallo studio, la Commissione ha adottato la proposta di direttiva relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, con la quale ha preso atto del mutato contesto economico e tecnologico ponendo al centro degli obiettivi perseguiti dalla direttiva quello di «contribuire a un ulteriore sviluppo del mercato UE per i pagamenti elettronici, in cui consumatori, dettaglianti e altri operatori di mercato potranno godere appieno dei vantaggi offerti dal mercato interno dell'UE, in linea con la strategia Europa 2020 e con l'agenda digitale»<sup>111</sup>.

Il cambio di prospettiva rispetto alla PSD appare significativo.

Mentre la PSD non si occupava, se non marginalmente, dei pagamenti elettronici effettuati in *internet* e delle specifiche problematiche che questi sollevano, la PSD2 pone al centro della propria azione la volontà di contribuire allo sviluppo del commercio elettronico all'interno dell'Unione europea e di ampliare lo spazio competitivo (il c.d. *level playing field*) in cui soggetti bancari e non bancari (in particolare, i nuovi prestatori di servizi di pagamento elettronico) possano operare in condizioni di parità<sup>112</sup>.

Sullo sfondo, la convinzione che l'introduzione di una maggiore dinamica competitiva fra soggetti che prestano servizi di pagamento possa

---

<sup>111</sup> Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 2002/65/CE, 2013/36/UE e 2009/110/CE e che abroga la direttiva 2007/64/CE /, COM/2013/0547 final.

<sup>112</sup> Sul punto v. diffusamente le considerazioni di M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 828 s, dove viene sottolineato come le ragioni alla base della decisione della Commissione di sostituire la PSD siano da ritrovare soprattutto nella volontà dell'Unione europea di contribuire alla crescita del commercio elettronico e delle nuove forme di pagamento digitale.

determinare un miglioramento qualitativo dell'offerta e la diminuzione dei costi per cittadini ed imprese<sup>113</sup>.

La direttiva PSD2<sup>114</sup> è stata approvata il 25 novembre 2015 ed è stata recepita nell'ordinamento italiano a mezzo del d.lg. 15 dicembre 2017, n.

---

<sup>113</sup> Sul punto cfr. *considerando* 52 e 67 della direttiva 2366/2015/UE.

<sup>114</sup> Direttiva 2366/2015/UE del Parlamento europeo e del Consiglio (Payment Services Directive 2 – PSD 2) 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. Fra i primi contributi che analizzano, seppur da diverse angolature, la direttiva PSD 2 si segnala I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2016, p. 459-510; E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 48 ss.; G. MARCOCCIO, E. CORSINI, *Servizi di pagamento via internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, 201, p. 271-294; M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 830; M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017; F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016; M. CATENACCI e C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi s'informazione sui conti (AISP)*, in *Dirittobancario*, 2018; E. ZEPPIERI, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Diritto bancario*, 2018; M. R. GUIMARÃES, *Los medio de pago en el derecho europeo y en los instrumentos de armonización del derecho privado*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 4, 2017, p. 555 ss.; S. VEZZOSO, *Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy*, in V. BAGNOLI, *Competition and Innovation*, San Paolo, 2018; R. STEENNOT, *Reduced payer's liability for unauthorized payment transactions under the second Payment Services Directive (PSD2)*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, p. 1-11; G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in *Diritto della Banca e del Mercato finanziario*, 3, 2018, in corso di pubblicazione.

218 che ha in tal senso profondamente innovato sia il testo unico bancario che il d.lg. n. 11 del 2010<sup>115</sup>.

La direttiva, oltre ad una opportuna rimodulazione dell'ambito di applicazione (cd. *positive scope*) volta a ricomprendere nuovi soggetti precedentemente non disciplinati (*Third Party Providers*) e nuove operazioni e servizi di pagamento, quali le transazioni cd. *one leg* e il cd. *fund checking*, innova profondamente anche le ipotesi di esenzione, cercando di rendere meno ambiguo il c.d. *negative scope* direttiva che aveva portato sotto la vigenza della PSD ad una implementazione disomogenea della regolamentazione negli Stati membri.

Allo stesso tempo, il progresso dell'ITC nell'ambito dei pagamenti se da un lato ha permesso l'evoluzione di sempre più sofisticati sistemi di frode, esponendo gli utenti a nuovi pericoli, dall'altro ha consentito lo sviluppo di nuove strumenti di sicurezza particolarmente efficaci. Anche sotto tale profilo, la PSD2 si occupa di aggiornare le regole al mutato contesto tecnologico, richiedendo in tutte le transazioni, sia *Card not present* che *Face to Face*, il massimo livello di sicurezza possibile.

In questo senso devono essere lette le disposizioni in materia di autenticazione sicura delle operazioni (c.d. *Strong Customer Authentication*

---

<sup>115</sup> La PSD2 fa parte del cd. *Payment Legislative Package* con il quale la Commissione europea si è posta l'obiettivo di influenzare lo sviluppo del mercato dei servizi di pagamento nei prossimi anni perseguendo il duplice scopo di aprire il mercato ad una maggiore dinamica competitiva, attraverso l'ingresso di nuovi *player* non bancari, e rafforzare la tutela dell'utente di servizi di pagamento. Oltre che della PSD2 il *Payment Legislative Package* si compone del Regolamento (UE) 2015/751 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta. Su tale ultimo atto legislativo v. S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di "pagamenti basati su carte"*, tra *regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, p. 455 ss.

o SCA) quale strumento per assicurare l'effettiva riferibilità dell'operazione al titolare del conto di pagamento.

Lo scopo del presente capitolo è, quindi, quello di introdurre le principali innovazioni apportate al quadro regolamentare dalla PSD2 al fine di collocare le specifiche disposizioni poste a tutela dell'utente/consumatore di servizi di pagamento, che saranno oggetto di specifica trattazione nei capitoli seguenti, nel nuovo contesto normativo e tecnologico.

## **2. L'estensione dell'ambito di applicazione (positive scope).**

La direttiva PSD2 amplia il campo di applicazione precedentemente tracciato dalla PSD attraverso la previsione di nuove operazioni e servizi di pagamento e di nuovi soggetti prestatori.

L'estensione del *positive scope* della direttiva interessa dunque sia l'attività, sia i soggetti autorizzati ad esercitarla, sviluppandosi lungo due livelli di estensione.

Il primo livello è rappresentato dall'estensione geografica del nuovo ambito di applicazione della PSD2.

Nonostante la PSD si applicasse a tutti i servizi di pagamento prestati nella Comunità<sup>116</sup>, le norme contenute nel Titolo III (Trasparenza delle condizioni e requisiti informativi) e nel Titolo IV (Diritti e obblighi) della direttiva trovavano applicazione solo qualora il prestatore di servizi di pagamento del pagatore e il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario fossero entrambi situati nella Comunità europea<sup>117</sup> ovvero

---

<sup>116</sup> Cfr. Art. 2, comma 1, direttiva 64/2007/CE.

<sup>117</sup> Sul punto v. M. C. MALAGUTI, *The Payment Services Directive. Pitfalls between the Acquis Communautaire and National Implementation*, in *ECRI Research Report*, 9, 2009, p. 21 la quale sottolinea come nella PSD non venisse data alcuna definizione di servizio di pagamento fornito all'interno della Comunità europea e come mancasse, conseguentemente, un criterio per determinare il luogo in cui veniva prestato tale servizio di pagamento.

qualora l'unico prestatore di servizi di pagamento coinvolto nell'operazione di pagamento fosse situato nella Comunità europea (cd. *two-leg transactions*).

Inoltre, la PSD si applicava ai soli pagamenti effettuati in euro o nella valuta ufficiale di uno Stato membro non appartenente all'area dell'euro<sup>118</sup>.

L'esenzione riguardava di fatto le norme poste a protezione dell'utente, lasciando fuori dalla normativa di tutela tutte le transazioni in cui il prestatore di servizi di pagamento del pagatore o del beneficiario non fossero situati all'interno della Comunità. L'unica eccezione era rappresentata dall'art. 73, disciplinante la data valuta dell'accredito e la disponibilità dei fondi.

La restrizione del campo di applicazione della PSD è stata oggetto di numerose critiche da parte della dottrina la quale ha notato come la tipologia di consumatori che maggiormente utilizzano transazioni «*one-leg*» sia costituita dagli immigrati che si avvalgono di servizi di rimessa di denaro per inviare denaro al proprio paese di origine e che pertanto la limitazione del campo di applicazione della direttiva andasse a incidere negativamente proprio su una delle categorie di consumatori maggiormente vulnerabili<sup>119</sup>.

In accoglimento dei rilievi provenienti dalla dottrina e coerentemente con il proprio obiettivo di garantire un alto livello di protezione degli utenti di servizi di pagamento all'interno dell'UE, il legislatore comunitario ha deciso di ricomprendere nell'ambito di applicazione della PSD2 qualsiasi operazione di pagamento, disposta in qualsiasi valuta, verso paesi terzi nella quale il prestatore di servizi di pagamento del pagatore o del beneficiario

---

<sup>118</sup> Art. 2, comma 2, direttiva 64/2007/CE.

<sup>119</sup> Cfr. LONDON ECONOMICS, *ult.op. cit.*, p. 274-275. Sul punto v. anche M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 830. Per uno studio del rapporto fra cliente vulnerabile e intermediario v. G. BERTI DE MARINIS, *La tutela del cliente «vulnerabile»*, in *Banca, borsa titoli di credito*, in corso di pubblicazione.

siano situati all'interno dell'Unione, seppur limitatamente alle parti dell'operazione di pagamento effettuate nella stessa<sup>120</sup>.

L'estensione deve essere salutata con favore in quanto rappresenta un significativo aumento del livello di protezione degli utenti europei, in particolar modo dei consumatori che dispongono operazioni di pagamento tramite internet o che utilizzano servizi di rimessa di denaro con operatori extra-UE, i quali, a partire dal recepimento della PSD2, saranno tutelati dalle norme poste a loro favore in materia di trasparenza contrattuale e di responsabilità in caso di operazioni fraudolente o non autorizzate.

### **2.1. La regolamentazione dei *Third Party Providers* (TPP).**

Il secondo livello di estensione dell'ambito di applicazione della PSD2 riguarda la previsione di nuovi servizi di pagamento e dei soggetti autorizzati ad esercitarla.

Così come la PSD, anche la PSD2 «si applica ai servizi di pagamento prestati all'interno dell'Unione»<sup>121</sup>. La PSD2, tuttavia, adotta una definizione più estesa di «servizi di pagamento» che include due «nuovi» servizi di pagamento precedentemente non disciplinati: il servizio di disposizione di ordine di pagamento (*Payment Initiation Service*) e il servizio di informazione sui conti (*Account Information Service*)<sup>122</sup>.

La regolamentazione di nuovi servizi che entrano a far parte del mercato dei pagamenti costituisce un segnale della maggiore apertura del mercato. Inserire, infatti, i servizi di *Payment Initiation* (PIS) e *Account Information* (AIS) forniti dai *Third Party Payments Providers* (TPP) all'interno del *positive scope* della direttiva ha permesso di colmare un pericoloso vuoto

---

<sup>120</sup> V. articolo 2, comma 4, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>121</sup> Art. 2, comma 1, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>122</sup> La disciplina delle attività e dei soggetti è stata introdotta nell'ordinamento nazionale dal d.lg. 15 dicembre 2017, n. 218, che segue la segmentazione normativa preesistente intervenendo in modifica del T.U.B. e del d.lg. 11/2010, di recepimento della PSD.



giuridico che riguardava tali attività, non disciplinate dalla PSD ma presenti in alcuni Stati membri da diversi anni.

La nuova normativa riconosce all'utente titolare di un conto di pagamento *on line*<sup>123</sup> il diritto di utilizzare *software* di pagamento predisposti da parti terze autorizzate e di poter disporre pagamenti attraverso gli stessi<sup>124</sup>.

Inoltre, al fine di poter garantire l'erogazione del suddetto servizio, la nuova direttiva non richiede che ricorrano vincoli di natura contrattuale fra terze parti autorizzate ed il PSP di radicamento del conto, obbligando quest'ultimo, qualora ricorra un valido consenso del pagatore, a consentire l'accesso del TPP al conto dell'utente<sup>125</sup>.

In tutti i nuovi servizi disciplinati, la PSD2 riconosce dunque al TPP il diritto di accedere ai conti di pagamento dell'utente detenuti presso un soggetto differente, il «prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto» (cd. ASPSP)<sup>126</sup>. Il TPP si interpone dunque fra pagatore e ASPSP, nelle operazioni di carattere dispositivo o informativo, esclusivamente in

---

<sup>123</sup> La direttiva, pur non richiedendo che fra il prestatore di servizi di radicamento di conto dell'utente (ASPSP) e il TPP debba ricorrere necessariamente un rapporto di tipo contrattuale, condiziona il diritto dell'utente ad utilizzare un servizio di pagamento prestato dal TPP al fatto che questo sia titolare di un conto accessibile *on line*. La *ratio* della norma deve essere ricercata nella natura intrinseca di tali servizi che, sostanzialmente, consistono in *software* in grado di comunicare con le piattaforme di *home banking* predisposte dai ASPSP e di disporre operazioni al loro interno.

<sup>124</sup> V. M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017, p. 29.

<sup>125</sup> Sul punto v. art. 35, direttiva 2366/2015 in materia di accesso ai sistemi di pagamento.

<sup>126</sup> Il «prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto» viene definito dall'art. 4, punto 17 della direttiva 2366/2015/UE come «un prestatore di servizi di pagamento che fornisce e amministra un conto di pagamento per un pagatore». La definizione è stata recepita fedelmente dal legislatore italiano all'art. 1, c. 1, lett. g-bis del d.lg. 11/2010.

forza del consenso espresso dal titolare del conto di pagamento, innestando lo scenario comunemente definito di *open banking*<sup>127</sup>.

Si tratta infatti di un'abilitazione all'accesso e all'utilizzo di dati che, «pur essendo relativi al rapporto contrattuale fra utente e prestatore di radicamento del conto di pagamento, sono però considerati nella piena ed esclusiva disponibilità dell'utente»<sup>128</sup>.

Come sottolineato dal London Economics Study, la mancanza di una specifica regolamentazione relativa ai nuovi *player* di mercato (TPP) e ai nuovi servizi di pagamento (*Overlay Payment Services* – OPS) all'interno della PSD ha sollevato numerose questioni giuridiche, ad esempio sul piano della tutela dei consumatori, derivante dalla mancata applicazione delle norme in materia di trasparenza e in materia di diritti e obblighi delle parti<sup>129</sup>, della sicurezza delle operazioni e della responsabilità derivante da operazioni non autorizzate nonché della concorrenza e della tutela dei dati

---

<sup>127</sup> Per un'analisi del nuovo scenario di *open banking* che si sta profilando nel mercato dei servizi di pagamento e dei principali rischi a cui può essere esposto l'utente, con particolare attenzione alle differenti tipologie di frodi e attacchi informatici v. S. MANSFIELD- DEVINE, *Open banking: opportunity and danger*, in *Computer Fraud & Security*, 10, 2016, pp. 8-13.

<sup>128</sup> Sul punto cfr. le considerazioni svolte da A. ANTONUCCI, *La regolamentazione dei nuovi player di mercato (TPP) e dei nuovi servizi di pagamento*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018, la quale sottolinea come tale impostazione si colloca in consonanza con il generale diritto alla portabilità dei dati recentemente affermato dall'art.20, Regolamento UE 679/2016 (cd. GDPR) al fine di agevolare il passaggio dell'utente da un prestatore di servizi di pagamento ad un altro, incentivando così lo sviluppo di nuovi servizi nell'ambito del mercato unico digitale.

<sup>129</sup> Dalla mancanza di una specifica regolamentazione dei TPP e dei nuovi servizi di pagamento derivava dunque un significativo *vulnus* di tutela per l'utente il quale, a causa della forma in cui spesso si presentano tali servizi nel contesto *on line*, non avrebbe potuto facilmente distinguere un servizio di pagamento previsto dalla direttiva (e quindi soggetto alle relative norme di protezione) da un altro invece non ricompreso.

personali degli utenti<sup>130</sup>. Tali questioni hanno indotto il legislatore europeo ad intervenire normativamente, ricomprendendo in maniera chiara all'ambito di applicazione della nuova direttiva la prestazione dei nuovi servizi di *overlay payments* e sottoponendo l'attività dei soggetti che li erogano al controllo delle autorità di vigilanza nazionali e alle specifiche norme previste per i prestatori di servizi di pagamento.

La regolamentazione degli *Overlay Payment Services* e dei *Third Party Providers* rappresenta sicuramente la maggiore e più importante novità introdotta dalla nuova Direttiva<sup>131</sup>.

### **2.1.1. Il servizio di disposizione di ordine di pagamento (*Payment Initiation Service*).**

Il servizio di disposizione di ordine di pagamento è definito quale «servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento, relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento»<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> Cfr. LONDON ECONOMICS, *ult. op. cit.*, pp. 105 ss.

<sup>131</sup> Della stessa opinione F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016, p. 4.

<sup>132</sup> Cfr. Art. 4, punto 15, direttiva 2366/2015/UE, la definizione è stata recepita dal legislatore italiano all'art. 1, comma 1, lett. b-bis, d.lg. 11/2010. L' EUROPEAN FORUM ON THE SECURITY OF RETAIL PAYMENTS (SecuRe Pay) descrive i servizi di disposizione di ordini di pagamento (o *overlay payment services* o OPS) nel modo seguente: «Payees offer OPS as a payment solution on their website and should the payer choose to pay using the OPS during the checkout process he/she will be required to indicate his/her payment account operator. This information is needed to start the redirection process, which goes via the third-party provider. This provider triggers an online banking session with the account operator through the same technical user interface typically used by the payer for traditional online banking. The payer is redirected from the web merchant website to the third-party provider website, where he/she is asked to provide his/her online banking login credentials to the third-party provider. Based on successful authentication with the account operator–

Si tratta di un servizio, sviluppatosi in seguito all'emanazione della PSD, che promette di rivoluzionare le modalità di pagamento nell'ambito del commercio elettronico<sup>133</sup>, in quanto consente «al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di assicurare al beneficiario che il pagamento è stato disposto così da incentivare il beneficiario a consegnare i beni o a prestare il servizio senza indebiti ritardi»<sup>134</sup>. Ciò grazie ad «un software che fa da ponte tra il sito web del commerciante e la piattaforma di online banking della banca del pagatore per disporre pagamenti via *internet* sulla base di bonifici»<sup>135</sup>, costituendo un'alternativa più economica rispetto ai pagamenti basati su carta<sup>136</sup>.

---

conducted by the third-party provider on behalf of the payer, the payer is presented by the third-party provider with a pre-filled payment form (subject to sufficient balance based on a check of the information layer (current status data and/or historic data)). Viene inoltre specificato come il pagatore normalmente non possa cambiare il modulo precompilato, ad eccezione dell'ipotesi in cui scelga di addebitare un altro conto di pagamento. Il testo segue descrivendo la successiva fase esecutiva: «Based on the authentication and authorisation details provided by the payer to the third-party provider, the latter authorises the transaction in the payer's online banking service with his/her account operator. The same authorisation codes as for traditional online banking transactions are used. Finally, the payer and the payee receive confirmation of the successful payment initiation from the third-party provider. Throughout the authentication and authorisation process, there is one (typically) secured session between the payer and the third-party provider and another one between the third-party provider and the account operator».

<sup>133</sup> Sul potenziale effetto rivoluzionario che tali servizi potrebbero avere sulla futura evoluzione del commercio elettronico e sui rischi ad essi collegati cfr. MANSFIELD-DEVINE S., *Open banking: opportunity and danger*, in *Computer Fraud & Security*, 2016, 10, pp. 8-13.

<sup>134</sup> Considerando 29, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>135</sup> Considerando 27, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>136</sup> Il servizio di disposizione di ordine di pagamento consente infatti, all'utente che possiede un conto di pagamento *on line*, di disporre facilmente pagamenti senza l'utilizzo di carte di pagamento, consentendo pertanto al *vendor* di risparmiare le commissioni legate all'utilizzo di tali strumenti. I principali prestatori di disposizione di ordini di pagamento al

La peculiarità di tale servizio, è rappresentata dal fatto che il PISP non entra mai nella disponibilità dei fondi dell'utente oggetto di pagamento<sup>137</sup> ma opera esclusivamente quale mezzo attraverso il quale l'ordine viene impartito<sup>138</sup>. Affinché il servizio di *payment initiation* possa essere prestato è necessario che l'utente disponga di un conto di pagamento accessibile *on line* e che il PISP abbia ricevuto l'autorizzazione ad effettuare l'*initiation* dell'operazione di pagamento dall'utente<sup>139</sup>.

I prestatori di servizi di iniziazione di pagamento devono essere considerati come PSP a tutti gli effetti e pertanto, oltre ad essere sottoposti ai medesimi doveri e alle stesse responsabilità, al fine di poter operare devono ottenere la relativa autorizzazione da parte della Banca d'Italia.

A tale proposito occorre segnalare come, in sede di recepimento, il legislatore italiano abbia lasciato inalterato l'art. 114 *sexies* t.u.b., che riserva la prestazione di servizi di pagamento alle banche<sup>140</sup>, agli istituti di

---

momento operanti nel mercato europeo sono iDEAL, Sofort e Trustly, cfr. A. VELLA, *I «digital payments» riscriveranno strategie e operatività delle banche*, in *Il Sole 24 Ore. Management*, <http://www.ilsole24ore.com/art/management/2017-03-09/i-digital-payments-riscriveranno-strategie-e-operativita-banche-121949.shtml?uuid=AEFcckpk>.

<sup>137</sup> V. l'art. 66, comma 3, lett. a), direttiva 2366/2015/UE recepito a mezzo dell'art. 5 *ter*, comma 2, lett. a) del d.lg. n. 11 del 2010.

<sup>138</sup> In questo senso, la dottrina ha distinto fra «negozio autorizzativo» posto in essere dal pagatore nei confronti del PISP e «ordine di pagamento» che tale ultimo soggetto inoltra al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto. Cfr., V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 156 ss.

<sup>139</sup> Cfr. artt. 64 e 66 direttiva 2366/2015/UE.

<sup>140</sup> La banca, nonostante possa svolgere le funzioni di prestatore di servizi di pagamento, a differenza degli istituti di pagamento (IP) e degli istituti di moneta elettronica (IMEL), può cumulare nella propria posizione soggettiva sia la funzione di pagamento vera e propria sia quella creditizia, essendo l'unico soggetto abilitato a utilizzare i fondi versati dal cliente sul proprio «conto di pagamento» (*rectius* conto corrente bancario di corrispondenza) per l'esercizio dell'attività creditizia. Sulla distinzione fra attività bancaria e prestazione di servizi di pagamento cfr. V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V.

moneta elettronica<sup>141</sup> ed agli istituti di pagamento<sup>142</sup>, scegliendo di ricomprendere all'interno di quest'ultima categoria la figura soggettiva dei «prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento» (i c.dd. PISP)<sup>143</sup>.

Al fine di ottenere la relativa autorizzazione della Banca d'Italia, gli istituti di pagamento che intendano prestare il servizio di disposizione di

---

SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI e O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 51 ss.

Parte della dottrina ha sottolineato come, nonostante per tradizione i servizi di pagamento siano stati da sempre considerati un *proprium* dell'attività bancaria, l'attività di intermediazione nei pagamenti sia del tutto distinta rispetto all'intermediazione creditizia e che, per essere svolta in modo «moderno», richiede l'esistenza di una dimensione di «sistema». Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le banche e il sistema dei pagamenti*, in A. BROZZETTI (a cura di) *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*. Atti del convegno «Banche e attività bancaria nel TUB: qualche riflessione su un ventennio di regolamentazione, immaginando il "futuribile" (per dirla con Franco Belli)» tenutosi a Siena il 19-20 settembre 2014, Milano, 2015, p. 177.

<sup>141</sup> Sui quali, v. V. TROIANO, *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 2001, p. 16 ss.

<sup>142</sup> La riserva di attività in materia di erogazione di servizi di pagamento è inoltre stabilita a favore di Poste Italiane, Banca Centrale Europea e banche centrali nazionali, Stati membri e autorità regionali o locali. Per un commento dell'art. 114 *sexies* t.u.b. v. I. MECATTI, *Sub art. 33. Articolo 114-sexies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 403 ss.. In materia di istituti di pagamento v. anche M. CONDEMI, *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI e O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 323 ss.; V. SANTORO, *Gli istituti di pagamento*, *ivi*, p. 49 ss.; ID., *Istituti di pagamento*, in *Enc. dir.*, Ann. V., Milano, 2012, p. 353 ss.

<sup>143</sup> La consacrazione normativa di tali soggetti si deve al combinato disposto delle attuali versioni dell'art. 1, comma 2, lett. h-*sexies* t.u.b. e dell'art. 1, comma 2, lett. h-*septies* 1), del t.u.b. che ai numeri 7 ed 8 include proprio l'attività di disposizione di ordini di pagamento fra quelle erogabili da un istituto di pagamento.

ordini di pagamento, oltre a dover rispettare le condizioni elencate dal primo comma dell'art. 114-*novies* t.u.b.<sup>144</sup>, saranno tenuti a stipulare una polizza di assicurazione della responsabilità civile o analogo forma di garanzia per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività derivanti da condotte proprie o di terzi, in conformità di quanto stabilito dall'INVASS. Gli estremi identificativi della polizza assicurativa o della analogo garanzia devono essere pubblicati nell'albo degli istituti di pagamento tenuto presso la Banca d'Italia congiuntamente con l'indicazione della tipologia di servizi che gli istituti sono autorizzati ad esercitare<sup>145</sup>.

---

<sup>144</sup> Ai sensi dell'art. 114-*novies*, comma 1, «la Banca d'Italia autorizza gli istituti di pagamento quando ricorrano le seguenti condizioni: a) sia adottata la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; b) la sede legale e la direzione generale siano situate nel territorio della Repubblica ove è svolta almeno una parte dell'attività avente a oggetto servizi di pagamento; c) il capitale versato sia di ammontare non inferiore a quello determinato dalla Banca d'Italia; d) venga presentato un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; e) sussistano i presupposti per il rilascio dell'autorizzazione prevista dall'articolo 19 per i titolari delle partecipazioni ivi indicate; e-*bis*) i soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo siano idonei, secondo quanto previsto ai sensi dell'articolo 114-*undecies*; f) non sussistano, tra gli istituti di pagamento o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolino l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza».

<sup>145</sup> Cfr. Art. 5, par. 2, direttiva 2366/2015/UE recepito nell'ordinamento italiano all'art. 114-*septies*, comma 1, t.u.b. La garanzia deve essere idonea a coprire i rischi derivanti dal compimento di operazioni di pagamento non autorizzate e dalla mancata o inesatta esecuzione di ordine di pagamento. In particolare, come prova dell'assicurazione per la responsabilità civile professionale o delle garanzie analoghe compatibili con gli orientamenti dell'EBA in materia di criteri sulle modalità di stipula dell'importo monetario minimo dell'assicurazione della responsabilità civile professionale o delle garanzie analoghe (EBA/GL/2017/08) e con l'articolo 5, PSD2, il richiedente, per la prestazione dei servizi di ordine di pagamento o di informazione sui conti, è tenuto a presentare a Banca d'Italia le seguenti informazioni: a) un contratto assicurativo o altro documento equivalente

Da ultimo, in assenza di disposizioni legislative contrarie, si ritiene che l'autorizzazione a prestare servizi di disposizione di ordini di pagamento possa essere ottenuta anche dai cd. istituti di pagamento ibridi, ovvero da soggetti che svolgono attività commerciali diverse dai servizi di pagamento<sup>146</sup>. In tale circostanza tuttavia, la necessità di tutelare i fondi degli utenti a fronte del rischio di utilizzo dei fondi ricevuti dall'IP per lo svolgimento di altre attività commerciali, potenzialmente più rischiose, ha condotto il legislatore a richiedere la costituzione - nelle forme indicate

---

che confermi l'esistenza di un'assicurazione della responsabilità civile professionale o di una garanzia analoga che sia compatibile con i sopra menzionati orientamenti dell'ABE, comprovante la copertura delle relative responsabilità; b) documentazione in merito alle modalità di calcolo da parte del richiedente dell'importo minimo conforme ai menzionati orientamenti dell'EBA, inclusi tutti i componenti della formula ivi specificata. Cfr. sul punto l'orientamento 18 dell'EBA, *Orientamenti sulle informazioni che devono essere fornite per ottenere l'autorizzazione degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica, nonché per la registrazione dei prestatori di servizi di informazione sui conti ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva (UE) 2015/2366*, EBA/GL/2017/09.

<sup>146</sup> In materia di istituti di pagamento cd. ibridi e patrimonio destinato v. E. PAPA, *Sub articolo 33. Articolo 114-terdecies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 477 ss.; V. SANTORO, *Artt. 114-terdecies*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA e V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, p. 934 ss.; V. SANTORO, *Istituti di pagamento*, cit., p. 357 ss.; N. MANCINI, *Il nuovo assetto normativo dei servizi di pagamento*, in *Banca impr. soc.*, 2013, p. 142 ss. Il riconoscimento a soggetti che prestano servizi di pagamento di operare anche in altri settori commerciali rappresenta la risposta del legislatore comunitario ad istanze di diversa natura provenienti dal mondo economico (in particolare dalle imprese telefoniche e dalle società che gestiscono una rete di distribuzione commerciale). Sul punto v. il documento di consultazione sulla PSD del luglio 2006 della *Financial Services Authority (FSA)* del Regno Unito.



dall'art. 114 *terdecies* t.u.b. – di un patrimonio destinato, riservato all'esercizio esclusivo dell'attività di prestazione di servizi di pagamento<sup>147</sup>.

### **2.1.2. I servizi di informazione sui conti di pagamento (*Account Information Service*).**

Il servizio di informazione sui conti è definito come «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»<sup>148</sup>.

Si tratta di un servizio che opera al di fuori della procedura dell'operazione di pagamento vera e propria, ricadendo nell'ambito dei servizi «accessori» a cui fa riferimento il considerando 28 della PSD2. Il servizio consente il monitoraggio di uno o più conti di pagamento con ampio spettro di configurabilità dell'offerta sia nei confronti delle imprese che dei consumatori: in ambito aziendale, i servizi di informazione sui conti possono aiutare le imprese che intrattengono rapporti con una pluralità di banche a monitorare e organizzare la gestione della liquidità; in ambito privato, divengono particolarmente rilevanti in funzione di automonitoraggio del rischio di sovraindebitamento e, in alcune declinazioni di offerta integrata,

---

<sup>147</sup> La separazione patrimoniale raggiunta attraverso la costituzione di un patrimonio destinato, ex art. 2447 *bis* c.c., viene equiparata dalla dottrina a quella connessa alla costituzione di una nuova società nel senso che tale patrimonio, sebbene non sia dotato di una personalità giuridica distinta, darà vita ad una entità separata rispetto al patrimonio finalizzato all'attività commerciale. Cfr. S. LOCARATOLO, *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 23 ss.; N. BACCETTI, *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009, 115 ss.

<sup>148</sup> Cfr. Art. 4, punto 16, direttiva 2366/2015/UE, la definizione è stata recepita dal legislatore italiano all'art. 1, comma 1, lett. b-ter, d.lg. 11/2010. Sul punto v. Su cui v., M. CATENACCI e C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISP)*, in *Dirittobancario*, 2018, p. 1 ss.

anche di supporto al risparmio<sup>149</sup>. Si pensi ai servizi che, oltre a fornire informazioni consolidate sulle proprie abitudini di spesa e di risparmio, abbinano opzioni di risparmio finalizzate o inviano suggerimenti su come gestire la propria liquidità, svolgendo un importante compito di educazione finanziaria<sup>150</sup>.

Così come i servizi di disposizione di ordini di pagamento, il primo elemento caratterizzante i servizi di informazione sui conti è rappresentato dal fatto che questi debbano essere prestati *online*, ovvero attraverso un dispositivo di telecomunicazione digitale gestito dall'*Account Information Services Provider (AISP)*<sup>151</sup>. Al fine di poter prestare il servizio l'AISP deve infatti accedere all'interfaccia predisposta dal prestatore del servizio di radicamento del conto per poter comunicare in maniera sicura.

Rispetto al requisito dell'operatività *on line* di tali servizi sono stati sollevati dalla dottrina dei dubbi rispetto ai cd. sistemi a quattro parti (cd. *four-party schemes*) in cui le diverse parti devono necessariamente dialogare al fine di poter fornire all'utente le informazioni relative al proprio conto di

---

<sup>149</sup> In tema di sovraindebitamento del consumatore, con specifico riferimento alla colpevolezza, v. fra molti L. MEZZASOMA, *La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento. Relazione al Convegno "Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri"*, Terni, 19 maggio 2017, in *Rassegna di diritto civile*, 2017, 4, pp. 1378-1393.

<sup>150</sup> Si pensi, ad esempio, l'app «Oval Money» che, oltre a fornire il servizio di monitoraggio dei propri conti di pagamento, propone all'utente la creazione di un «salvadanaio» virtuale, alimentato automaticamente, arrotondando all'unità decimale superiore le spese effettuate durante il mese con carte di pagamento o con altri mezzi di pagamento in *internet*.

<sup>151</sup> Un servizio è qualificabile come digitale se non è utilizzabile per l'ottenimento di beni o servizi nel mondo fisico. Cfr. BANCA D'ITALIA, *Provvedimento 5 luglio 2011 per l'attuazione del Titolo II del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti e obblighi delle parti)*.

pagamento<sup>152</sup>. In particolare, ci si è chiesti se un operatore che agisca solamente nella veste di fornitore di dati, senza tuttavia entrare in contatto con l'utente, possa ricadere all'interno della definizione di AISP ed essere soggetto alla relativa disciplina<sup>153</sup>.

La soluzione, adottata dalla *Financial Conduct Authority* del Regno Unito e condivisa in questa sede, appare essere negativa<sup>154</sup>. Nonostante l'attività delle imprese che assistono i fornitori di servizi di pagamento nell'attività di raccolta e consolidamento delle informazioni operino *online* e svolgano servizi in parte accumulabili a quelli svolti dagli AISP, il fatto che questa attività sia svolta in favore esclusivamente di soggetti diversi dagli utenti escluderebbe la finalità di tutela sottesa alla nuova disciplina e conseguentemente tali soggetti dovrebbero essere esclusi dall'ambito di applicazione della PSD2.

Il secondo elemento caratterizzante il servizio di AIS è la fornitura di informazioni consolidate all'utente.

Sul punto, tuttavia, è stato rilevato<sup>155</sup> che il legislatore italiano ha omesso, in sede di attuazione della seconda direttiva sui servizi di pagamento, il riferimento alla forma «consolidata» di tali informazioni.

Il servizio di informazione sui conti viene infatti definito dall'art. 1, comma 1, lett. b-ter come «un servizio *online* che fornisce informazioni relativamente a uno o più conti di pagamento detenuti dall'utente di servizi

---

<sup>152</sup> V. M. CATENACCI e C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISP)*, in *Dirittobancario*, 2018, p. 2.

<sup>153</sup> Cfr. *FCA moves to clarify scope of regulation of account information services under PSD II*, Outlaws, Pinsent Masons.

<sup>154</sup> FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Implementation of the revised Payment Services Directive (PSD II): Approach Document and final Handbook changes*, Policy Statement PS17/19, 2017, p. 20.

<sup>155</sup> V. M. CATENACCI e C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi s'informazione sui conti (AISP)*, in *Dirittobancario*, 2018, p. 3.

di pagamento presso un altro prestatore di servizi di pagamento o presso più prestatori di servizi di pagamento».

Tale omissione potrebbe condurre l'interprete a ritenere che il legislatore dell'attuazione abbia voluto estendere l'ambito di applicazione della nuova normativa a tutti i servizi *online* che forniscono informazioni relative a uno o più conti di pagamento, a prescindere dal fatto che tali informazioni vengano fornite in maniera consolidata o aggregata.

Tale interpretazione non appare, tuttavia, condivisibile per un duplice ordine di ragioni. Il primo, di tipo formale, attiene al fatto che una tale modifica della definizione di «servizio di informazioni sui conti» rappresenterebbe, nel concreto, un'estensione dell'ambito di applicazione della direttiva non conciliabile con la natura di piena armonizzazione della stessa<sup>156</sup>.

Il secondo, di tipo sostanziale, concerne la natura stessa del nuovo servizio oggetto di disciplina. I servizi di AIS, infatti, nascono con la precipua finalità di fornire informazioni aggregate o, qualora fossero riferite ad un singolo conto di pagamento, comunque elaborate (*rectius* consolidate) con lo scopo di fornire all'utente degli strumenti di automonitoraggio sintetici della propria situazione finanziaria.

D'altra parte, nella stessa relazione illustrativa allo schema del decreto legislativo d.lg. 15 dicembre 2017, n. 218<sup>157</sup> si evidenzia come le nuove definizioni siano state introdotte all'interno del d.lg. 27 gennaio 2010, n. 11

---

<sup>156</sup> Cfr. art. 107, comma 1, direttiva 2366/2015/UE, ai sensi del quale, fatti salvi l'articolo 2, l'articolo 8, paragrafo 3, l'articolo 32, l'articolo 38, paragrafo 2, l'articolo 42, paragrafo 2, l'articolo 55, paragrafo 6, l'articolo 57 paragrafo 3, l'articolo 58, paragrafo 3, l'articolo 61, paragrafi 2 e 3, l'articolo 62, paragrafo 5, l'articolo 63, paragrafi 2 e 3, l'articolo 74, paragrafo 1, secondo comma, e l'articolo 86, nella misura in cui la direttiva contiene disposizioni armonizzate, gli Stati membri non possono mantenere né introdurre disposizioni diverse da quelle stabilite nella PSD2.

<sup>157</sup> Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 458, XVII legislatura, Relazione illustrativa, p. 12.

«al fine di garantire coerenza con il testo della Direttiva» e che «il provvedimento non introduce livelli di regolamentazione superiori a quelli minimi previsti dalla direttiva 2015/2366/UE»<sup>158</sup>.

Per le suddette ragioni ed in assenza di specifiche indicazioni da parte della Banca d'Italia, si ritiene che il «consolidamento» o l'«aggregazione» delle informazioni debba essere considerato come elemento caratterizzante il servizio di informazione sui conti, con la conseguenza che solo in tale caso l'autorizzazione o registrazione dell'AISP è necessaria<sup>159</sup>.

L'ultimo elemento che contribuisce a definire il servizio di informazione sui conti è rappresentato dalla necessità che le informazioni oggetto di aggregazione da parte dell'AISP siano riferite a conti di pagamento, ovvero «un conto detenuto a nome di uno o più utilizzatori di servizi di pagamento utilizzato per l'esecuzione di operazioni di pagamento»<sup>160</sup>. Ciò significa, ad esempio, che un eventuale servizio di informazione sui conti titoli o di altra natura non dovrebbe ritenersi compreso all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva.

Considerate la natura specifica dell'attività svolta e i bassi rischi legati alla prestazione di servizi di informazione sui conti, gli AISP, a differenza

---

<sup>158</sup> Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 458, XVII legislatura, Analisi di impatto della regolamentazione (A.I.R.), p. 13.

<sup>159</sup> Alle stesse conclusioni giungono M. CATENACCI e C. FORNASARO, *PSD2: i prestatori di servizi s'informazione sui conti (AISP)*, in *Dirittobancario*, 2018, p. 3. Sul punto, nonostante si tratti di orientamenti non applicabili al nostro ordinamento, si ritiene opportuno segnalare come nei medesimi termini si sia espressa anche la *Financial Conduct Authority* (FCA) del Regno Unito: «*for a service to be an account information service it is also necessary for it to involve the provision of payment account information to the payment service user that has been consolidated in some way (although a service may be an account information service even if the information relates to only one payment account)*» FCA, *PERG 15: Guidance on the scope of the Payment Services Regulations 2017*, Release 31, 2018, 15/7.

<sup>160</sup> Art. 4, comma 1, par. 12, direttiva 2366/2015/UE.

dei PISP, sono solo parzialmente soggetti alla disciplina comune degli istituti di pagamento.

In particolare, ai soggetti che prestano unicamente il servizio di informazione sui conti non si applicano gli articoli 114-octies, 114-novies, commi 4 e 5, 114-undecies, commi 1 e 1-ter, 114-duodecies, 114-terdecies, 114-sexiesdecies del t.u.b. mentre troveranno applicazione gli articoli 126-bis, comma 4, 126-quater, comma 1, lettera a), 128, 128-bis, 128-ter t.u.b.<sup>161</sup>.

Inoltre, posto che gli AISP che svolgono esclusivamente l'attività di informazione sui conti non entrano mai nella disponibilità dei fondi degli utenti e che l'esigenza di tutela degli utenti di tali servizi riguarda perlopiù aspetti relativi alla protezione dei dati di pagamento e contabili, il legislatore comunitario ha giudicato sproporzionato imporre agli AISP requisiti di fondi propri<sup>162</sup>.

Ai sensi dell'art.114 *septies*, comma 2 *bis* t.u.b. gli AISP, pur restando destinatari dei poteri di vigilanza di cui all'art. 114 *quaterdecies* t.u.b, non sono pertanto soggetti a requisiti di dotazione patrimoniale, a patto che abbiano stipulato una polizza di assicurazione della responsabilità civile o analoga garanzia per i danni arrecati al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto o all'utente dei servizi di pagamento<sup>163</sup>.

I soggetti che intendano prestare esclusivamente l'AIS dovranno richiedere di essere iscritti, ai sensi dell'art. 114-*septies*, co. 2-*bis*, del t.u.b., in una sezione speciale dell'albo degli istituti pagamento, al ricorrere di

---

<sup>161</sup> Cfr. art. 114-*septiesdecies* t.u.b.

<sup>162</sup> V. *considerando* 35, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>163</sup> I dati identificativi della polizza assicurativa o della analoga garanzia dovranno inoltre essere pubblicati nell'apposito albo previsto dall'art. 114-*septies*, comma 1. Le polizze stipulate dovranno essere conformi agli orientamenti dell'EBA in materia di criteri sulle modalità di stipula dell'importo monetario minimo dell'assicurazione della responsabilità civile professionale o delle garanzie analoghe (EBA/GL/2017/08). Sul punto v. le considerazioni svolte in tema di servizi di disposizione di ordini di pagamento.

determinate condizioni e subordinatamente alla stipula della suddetta polizza<sup>164</sup>.

Al contrario, i soggetti già autorizzati a prestare servizi di pagamento sono automaticamente autorizzati a prestare anche i servizi di informazioni sui conti, dal momento che il servizio di AIS è ricompreso nell'elenco dei servizi di pagamento di cui all'art. 1, comma 2, lettera h-septies.1), t.u.b.<sup>165</sup>.

## **2.2. L'attività cd. di *fund checking* e le nuove definizioni di *issuing* e *acquiring*.**

Accanto ai nuovi servizi di pagamento sopra illustrati, la PSD2 introduce all'art. 65 una nuova modalità di controllo della disponibilità dei conti (cd. *fund checking*) volta a permettere ai prestatori di servizi di pagamento basati su carta, di ricevere da parte del prestatore di servizi di radicamento di conto

---

<sup>164</sup> In particolare, ai sensi del combinato disposto dell'art. 114 *septies*, comma 2 *bis* e dell'art. 114 *novies*, comma 1, al fine di ottenere la relativa autorizzazione da parte della Banca d'Italia gli AISP sono tenuti a: i) adottare la forma di società per azioni, di società in accomandita per azioni, di società a responsabilità limitata o di società cooperativa; ii) situare la sede legale e la direzione generale nel territorio della Repubblica e svolgervi almeno una parte dell'attività avente a oggetto servizi di pagamento; iii) presentare un programma concernente l'attività iniziale e la struttura organizzativa, unitamente all'atto costitutivo e allo statuto; iv) individuare soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo che siano idonei, secondo quanto previsto ai sensi dell'articolo 114-*undecies* t.u.b.; v) accertare che non sussistano, tra l'AISP o i soggetti del gruppo di appartenenza e altri soggetti, stretti legami che ostacolano l'effettivo esercizio delle funzioni di vigilanza.

<sup>165</sup> Cfr. art. 5, comma 3, d.lg. 218/2017 «gli istituti di pagamento e gli istituti di moneta elettronica autorizzati a operare alla data del 13 gennaio 2018 possono continuare a esercitare le attività cui si riferisce l'autorizzazione fino al 13 luglio 2018. Gli istituti di cui al periodo precedente sono autorizzati a esercitare le stesse attività dopo il 13 luglio 2018 a condizione che rispettino i requisiti previsti ai sensi degli articoli 114-*quinquies* e 114-*novies* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 e trasmettano la documentazione attestante il rispetto dei requisiti stessi alla Banca d'Italia entro il 13 aprile 2018 (...)».

(cd. *ASPSP*) la conferma della disponibilità di fondi presso uno specifico conto di pagamento<sup>166</sup>.

In particolare, ai sensi dell'art. 65 della PSD2 il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto è tenuto, su richiesta del prestatore di servizi di pagamento emittente di strumenti *card based*, a confermare immediatamente se sul conto del pagatore vi è disponibilità dell'importo richiesto per l'esecuzione dell'ordine di pagamento attraverso una risposta del tipo *si/no*, non potendo includere ulteriori informazioni sia di tipo qualitativo che quantitativo<sup>167</sup>.

La possibilità di ottenere conferma dall'ASPSP della disponibilità di fondi sul conto del pagatore appare imprescindibile per i prestatori di servizi di pagamento che intendono emettere carte di debito cd. disaccoppiate, ossia carte di debito emesse da un soggetto differente dal soggetto dove il pagatore ha radicato il proprio conto di pagamento, ai quali finora l'emissione di tali strumenti era di fatto preclusa dal rischio di credito<sup>168</sup>.

Infine, un'ulteriore novità che deve essere tenuta in debita considerazione quando si parla dell'ampliamento dell'ambito oggettivo di applicazione

---

<sup>166</sup> Si veda F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016, p. 9.

<sup>167</sup> Da notare come la PSD2, similmente a quanto previsto per i prestatori di servizi di disposizione di ordini di pagamento ed i servizi di informazione sui conti, non richieda che ricorrano vincoli di natura contrattuale fra il *Card Issuer Service Provider (CISP)* ed il PSP di radicamento del conto al fine di poter garantire l'erogazione del servizio, sottoponendo la richiesta di *fund checking* solamente al ricorrere delle seguenti condizioni: al momento della richiesta il conto di pagamento del pagatore è accessibile online; il pagatore deve aver prestato il consenso esplicito al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto affinché risponda alle richieste di conferma da parte di uno specifico prestatore di servizi di pagamento in merito alla disponibilità sul conto di pagamento del pagatore dell'importo corrispondente a una determinata operazione di pagamento basata su carta; il consenso del pagatore deve essere stato prestato anteriormente alla prima richiesta di conferma.

<sup>168</sup> V. M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017, pp. 41-51.



voluta dalla PSD2 è quello che riguarda la ridefinizione di altri servizi già previsti dalla PSD. La nuova direttiva, infatti, modifica la definizione delle attività di emissione (*Issuing*) e Convenzionamento (*Acquiring*) di operazioni di pagamento. Si tratta di servizi di pagamento già previsti dalla PSD<sup>169</sup> ai quali però la PSD2 estende il significato, affrancandolo dallo strumento carta<sup>170</sup>.

Il servizio di convenzionamento di operazioni di pagamento (cd. *Acquiring*) viene definito dalla nuova direttiva come «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»<sup>171</sup>.

Il servizio di «emissione di strumenti di pagamento» (cd. *Issuing*) viene invece definito come «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»<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> Cfr. il punto 5 dell'allegato alla PSD il quale include l'attività di «emissione e/o acquisizione di strumenti di pagamento» fra i servizi di pagamento disciplinati dalla PSD2

<sup>170</sup> Cfr. in particolare il considerando 67 della direttiva 2366/2015/UE secondo il quale «l'emissione di uno strumento di pagamento basato su carta da parte di un prestatore di servizi di pagamento, sia esso un ente creditizio o un istituto di pagamento, diverso da quello di radicamento del conto del cliente, genererebbe maggiore concorrenza sul mercato e quindi una scelta più ampia e un'offerta migliore per i consumatori. Pur essendo oggi la maggior parte dei pagamenti nei punti vendita basata su carta, non di meno il livello attuale di innovazione nel settore dei pagamenti potrebbe far sì che, nei prossimi anni, emergano rapidamente nuovi canali di pagamento. È pertanto opportuno che, nel mentre riesamina la presente direttiva, la Commissione presti particolare attenzione a tali sviluppi e alla necessità di un'eventuale revisione dell'ambito di applicazione della disposizione sulla conferma della disponibilità di fondi».

<sup>171</sup> Art. 4, punto 44, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>172</sup> Art. 4, punto 45, direttiva 2366/2015/UE.

Appare evidente dall'analisi delle nuove definizioni come queste non riconducano necessariamente le attività di *Issuing* ed *Acquiring* all'impiego di carte di pagamento, mostrando la chiara volontà del legislatore comunitario di ampliare il perimetro di operatività di tali servizi e di creare lo spazio competitivo necessario alla nascita di nuovi strumenti di pagamento<sup>173</sup>.

### **3. La rimodulazione delle esenzioni esistenti (*negative scope*).**

Così come già avveniva sotto la vigenza della vecchia direttiva, il campo di applicazione della PSD2 viene delimitato oltre che in positivo dal cd. *positive scope* anche in negativo dal cd. *negative scope*, attraverso l'elencazione di una serie di ipotesi di attività attigue alla prestazione di servizi di pagamento ma non considerate tali.

Non rientrando all'interno dell'ambito di applicazione della direttiva, tali attività possono pertanto essere svolte liberamente anche da soggetti non sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza dei paesi membri. Posto che all'interno della definizione di servizio di pagamento può essere ricompresa un'ampia gamma di prodotti e servizi di natura fra loro molto differente, il legislatore comunitario ha voluto escludere espressamente alcuni di questi al fine mantenere la loro presenza nel mercato.

In particolare, la scelta di escludere alcune attività dall'ambito di applicazione della direttiva risiede nella volontà di creare una regolamentazione proporzionata ai rischi che presentano i differenti servizi di pagamento, anche in considerazione della relativa grandezza del mercato e dei suoi immediati sviluppi.

---

<sup>173</sup> V. M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017, pp. 43.

In questo senso sia la PSD che la PSD2, pur proponendosi di creare un quadro giuridico unico in materia di servizi di pagamento, non ritiene che questo debba applicarsi indistintamente a tutti i servizi di pagamento.

Invero, facendo applicazione del principio di proporzionalità, entrambe le direttive graduano la propria regolamentazione a seconda dei servizi e dei soggetti interessati, fino anche ad escludere alcune attività dal proprio ambito di applicazione quando a fronte di rischi per gli utenti ritenuti limitati corrispondono interessi ritenuti meritevoli.

La sottoposizione di alcune attività alla stretta regolamentazione caratterizzante gli istituti finanziari potrebbe infatti impedire lo sviluppo di attività meritevoli (ad es. le attività senza scopo di lucro o di beneficenza<sup>174</sup>) o assoggettarle a regole inadeguate rispetto alla natura delle stesse (ad es. le operazioni di pagamento effettuate all'interno di una rete limitata)<sup>175</sup>.

La direttiva previgente prevedeva quindici ipotesi di esclusione dall'ambito di applicazione<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Si veda il considerando 16 della direttiva 2366/2015/UE ai sensi del quale «per alleviare l'onere sulle entità che raccolgono donazioni a fini caritatevoli, le operazioni di pagamento in relazione a quest'ultime dovrebbero essere escluse».

<sup>175</sup> Sul punto cfr. LONDON ECONOMICS STUDY, ult. op. cit., p. 116.

<sup>176</sup> Cfr. art. 3, direttiva 64/2007/CE, ai sensi del quale la direttiva non si applicava alle operazioni di pagamento effettuate esclusivamente in contante; alle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale operante per conto del pagatore o del beneficiario; al trasporto di banconote e monete; alle operazioni di raccolta e di consegna di contante nel quadro di un'attività senza scopo di lucro o a fini di beneficenza; ai servizi in cui il beneficiario fornisce contante al pagatore nel contesto di un'operazione di pagamento, a seguito di una richiesta esplicita dell'utente di servizi di pagamento immediatamente precedente l'esecuzione dell'operazione di pagamento attraverso un pagamento destinato all'acquisto di beni o servizi; alle attività di cambio di valuta contante; alle operazioni di pagamento basate su supporto cartaceo di assegni, titoli cambiari, voucher, traveller's cheque o vaglia postali; alle operazioni di pagamento realizzate all'interno di un sistema di pagamento; alle operazioni di pagamento collegate all'amministrazione di strumenti finanziari; ai servizi forniti dai prestatori di servizi tecnici

Con il passare del tempo, tuttavia, alcune esenzioni si sono mostrate inadeguate al nuovo contesto tecnologico e la *ratio* sottesa alla loro previsione è gradualmente venuta meno sino a rendere alcune di esse del tutto ingiustificate<sup>177</sup>. In aggiunta, la revisione del *negative scope* della direttiva si è resa necessaria anche a causa della disomogenea interpretazione e applicazione delle norme previgenti negli Stati membri, con particolare riferimento ad alcune ipotesi di esclusione che avevano dato luogo a interpretazioni divergenti producendo distorsioni della concorrenza<sup>178</sup>.

Infine, l'utilizzo nel contesto *on line* delle esenzioni relative alle operazioni di pagamento eseguite tramite un agente commerciale o tramite un operatore di rete riduceva notevolmente la tutela dei *cyber-consumatori* che utilizzavano tali servizi<sup>179</sup>.

L'esclusione dall'ambito di applicazione della PSD delle operazioni di pagamento effettuate tramite un agente commerciale per conto del pagatore o del beneficiario è stata applicata con modalità molto diverse negli Stati membri. Alcuni Stati membri, infatti, consentivano di applicare tale

---

che supportano la prestazione dei servizi di pagamento; ai servizi basati su strumenti a spendibilità limitata; alle operazioni di pagamento eseguite tramite qualsiasi dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, quando i beni o servizi acquistati sono consegnati al dispositivo di telecomunicazione, digitale o informatico, o devono essere utilizzati tramite tale dispositivo; alle operazioni di pagamento realizzate tra prestatori di servizi di pagamento; alle operazioni di pagamento tra un'impresa madre e la relativa filiazione; ai servizi di prelievo di contante tramite ATM.

<sup>177</sup> Cfr. LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 119 ss. Sul punto v. anche M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 831.

<sup>178</sup> Cfr. E. ZEPPIERI, *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Diritto bancario*, 2018, p. 2. Sul punto v. anche F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016, p. 4.

<sup>179</sup> Cfr. considerando 11, direttiva 2366/2015/UE.

esclusione alle piattaforme *e-commerce* che agiscono come intermediari per conto dei singoli acquirenti e dei singoli venditori senza un reale margine nella negoziazione o conclusione della vendita o dell'acquisto di beni o servizi<sup>180</sup> (si pensi al modello classico eBay-PayPal)<sup>181</sup>.

Al fine di far fronte a tale problematica la PSD2 ha ulteriormente chiarito che la suddetta esenzione è applicabile soltanto ove l'agente agisca esclusivamente per conto del solo pagatore ovvero del solo beneficiario, a prescindere dal fatto che l'agente entri o meno in possesso dei fondi dell'utente<sup>182</sup>. Laddove invece l'agente operi sia per il pagatore sia per il beneficiario, ad esempio nel caso di una piattaforma di commercio elettronico, l'esenzione opererà solamente nel caso in cui questo non entri mai in possesso dei fondi dei clienti<sup>183</sup>.

Importanti cambiamenti e chiarimenti sono intervenuti anche in relazione all'esenzione di cui all'art. 3, lett. k, relativa alle cd. reti a spendibilità limitata (cd. *limited network*). La previsione di un'esenzione per tale tipologia di strumenti di pagamento è giustificata appunto dalla limitata spendibilità degli stessi all'interno di una specifica comunità a cui appartiene l'utente (si pensi ai casi delle carte universitarie o delle carte autostradali) o tra i consumatori di determinati beni o servizi (ad es. carte carburante o le cd. *fidelity cards*), la quale appare intrinsecamente idonea a mitigare i rischi per gli utenti<sup>184</sup>.

Gli studi concernenti l'applicazione della PSD hanno tuttavia mostrato come l'ampia e generica formulazione dell'esenzione avesse consentito un

---

<sup>180</sup> Cfr. considerando 11, direttiva 2366/2015/UE

<sup>181</sup> Nonostante il quadro regolamentare sia significativamente mutato dalla data della sua pubblicazione si v. sul punto A. GUADAMUZ GONZALES, *PayPal: the legal status of c2c payments systems*, in *Computer Law & Security Review*, 20, p. 293.

<sup>182</sup> Art. 3, comma 1, lett. b, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>183</sup> Cfr. *considerando* 11, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>184</sup> Cfr. LONDON ECONOMICS, *op. cit.*, p. 120.

utilizzo «abnorme» rispetto alle finalità iniziali, tanto che ingenti volumi di pagamento non risultavano assoggettati al relativo quadro normativo<sup>185</sup>. Ciò si traduceva in maggiori rischi e minore protezione per un significativo numero di utenti di servizi di pagamento, in particolare consumatori, che non si vedevano riconoscere le tutele garantite dalla PSD.

L'utilizzo della suddetta esenzione da parte di soggetti che di fatto offrivano servizi ad un pubblico indifferenziato comportava inoltre un'evidente distorsione della concorrenza, posti i chiari svantaggi degli operatori soggetti a regolamentazione<sup>186</sup>.

La PSD2, allineandosi a quanto già previsto dalla *Electronic Money Directive 2* (EMD2)<sup>187</sup>, restringe la portata della suddetta esenzione.

---

<sup>185</sup> Cfr. considerando 13, direttiva 2366/2015/UE. Le criticità individuate dalla Commissione riguardavano in particolare le carte a spendibilità limitata emesse da grandi reti di distribuzione con elevati volumi di pagamenti e ampie gamme di prodotti e servizi.

<sup>186</sup> A tale riguardo, occorre notare come la Banca d'Italia, già in sede di implementazione della PSD, avesse emanato delle linee guida molto dettagliate e adottato un approccio restrittivo dell'operatività di tale restrizione rispetto alle altre autorità di vigilanza degli Stati membri. Per il dettaglio v. il 2.2.6, delle *Disposizioni Banca d'Italia sui diritti e obblighi delle parti*, dove viene specificato che non sussiste la spendibilità limitata quando si tratti di strumenti «spendibili presso una lista di esercenti convenzionati (si pensi al caso del convenzionamento di una pluralità di commercianti promosso dall'emittente e potenzialmente aperto alla libera adesione di chi abbia interesse) poiché in tal caso l'estensione soggettiva della rete di accettazione non è determinabile ex ante ed è quindi potenzialmente illimitata». Nel testo si fanno gli esempi delle «carte regalo» e delle «city cards».

<sup>187</sup> Cfr. in particolare il considerando 5 della direttiva 110/2009/CE ai sensi del quale «la presente direttiva non dovrebbe applicarsi al valore monetario memorizzato in specifici strumenti prepagati, volti a rispondere a particolari esigenze, il cui uso è ristretto, perché essi permettono al detentore di moneta elettronica di acquistare beni o servizi soltanto nella sede dell'emittente di moneta elettronica o all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi direttamente vincolati da un accordo commerciale ad un'emittente professionale, o perché possono essere utilizzati unicamente per acquistare una gamma limitata di beni o servizi. Si dovrebbe ritenere che uno strumento sia utilizzato nell'ambito di una tale rete

Ai sensi dell'art. 3, lett. k della PSD2, l'esenzione sarà ora applicabile soltanto ai servizi di pagamento che soddisfino una delle seguenti condizioni: i) consentono al detentore di acquistare beni o servizi soltanto nei locali dell'emittente o all'interno di una rete limitata di prestatori di servizi direttamente vincolati da un accordo commerciale ad un'emittente professionale; ii) possono essere utilizzati unicamente per acquistare una gamma molto limitata di beni o servizi; iii) sono validi solamente in un unico Stato membro, forniti su richiesta di un'impresa o di un ente del settore pubblico e regolamentati da un'autorità pubblica nazionale o regionale per specifici scopi sociali o fiscali per l'acquisto di beni o servizi specifici da fornitori aventi un accordo commerciale con l'emittente.

La PSD escludeva dal proprio campo di applicazione le operazioni di pagamento eseguite con modalità digitali o informatiche, quando l'operatore di telecomunicazione (ad es. una compagnia telefonica), da un lato non avesse agito semplicemente quale intermediario di servizi e beni prodotti da altri e dall'altro avesse fornito il servizio direttamente con lo strumento digitale o informatico<sup>188</sup>.

In particolare, l'esenzione si riferiva «all'acquisto di servizi o beni digitali quali suonerie, musica o giornali on line oltre ai servizi vocali tradizionali e relativa distribuzione ad apparecchi digitali [...] allorché i beni o servizi sono distribuiti da uno degli operatori, o per ragioni tecniche da

---

limitata se esso può essere utilizzato soltanto per l'acquisto di beni e di servizi in determinati negozi o catene di negozi o per una gamma limitata di beni o di servizi, indipendentemente dall'ubicazione geografica del punto vendita. [...] Quando tale strumento ad uso specifico si sviluppa in uno strumento ad uso generale, l'esclusione dall'ambito di applicazione della presente direttiva non dovrebbe più essere applicabile. Non è opportuno escludere dall'ambito di applicazione della presente direttiva gli strumenti che possono essere utilizzati per effettuare acquisti presso i punti vendita di esercenti registrati, atteso che tali strumenti di norma sono concepiti per una rete di prestatori di servizi in continua crescita».

<sup>188</sup> Art. 3, lett. l, direttiva 2007/64/CE. V. anche il cap. 2.2.10c, delle Disposizioni Banca d'Italia sui diritti e obblighi delle parti.

terzi, e possono essere utilizzati solo mediante apparecchi digitali quali telefoni mobili o computer»<sup>189</sup>.

L'esenzione ha riguardo solo ad un mercato particolare, ovvero quello dell'acquisto tramite il proprio operatore telefonico di beni e servizi aventi uno scarso valore economico e, comunque, fruibili soltanto in forma digitale<sup>190</sup>.

La *ratio* dell'esclusione deve essere ricercata da un lato nel fatto che il fatturato specifico risulta marginale rispetto a quello della telefonia mobile, e dall'altro nell'esigenza di garantire l'innovazione nell'ambito del commercio elettronico cd. diretto<sup>191</sup>.

Dal punto di vista della protezione dei consumatori, tuttavia, tale esenzione risultò essere una delle più problematiche<sup>192</sup>. Fra tutte le aree di esenzione previste dalla direttiva infatti, quella dei pagamenti relativi a contenuti digitali è quella che più frequentemente viene percepita dai consumatori come maggiormente rischiosa a causa della diffusa esperienza negativa di questi con i servizi cd. a tariffa *premium*, nei quali si verifica spesso un abuso da parte dei fornitori di contenuti a causa di carenze tecniche nei sistemi di fatturazione o di scarsa trasparenza contrattuale<sup>193</sup>.

---

<sup>189</sup> Considerando 6, direttiva 2007/64/CE.

<sup>190</sup> Sottolinea tuttavia l'importanza di tale esclusione, in quanto proiettata verso il futuro dei pagamenti digitali e informatici V. SANTORO, *Sub. Art. 2, commi 1 e 2*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 47.

<sup>191</sup> V. D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008, 169 ss.

<sup>192</sup> V. M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 832.

<sup>193</sup> V. LONDON ECONOMICS and IFF in association with PAYSYS, *Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross border payments in the community*, Bruxelles, 2013, p. 123, nel quale viene segnalato come i pagamenti relativi a contenuti digitali siano quelli più segnalati dalle associazioni di consumatori.



La PSD2, al fine mantenere l'approccio proporzionale che aveva condotto alla previsione dell'esenzione e tutelare allo stesso tempo i diritti dei consumatori, ha rimodulato l'esclusione prevedendo delle soglie e precisando i tipi di operazioni a cui si applica<sup>194</sup>.

Tale esenzione si applica oggi alle operazioni di pagamento da parte di un fornitore di reti o servizi di comunicazione elettronica: i) per l'acquisto di contenuti digitali<sup>195</sup> e servizi a tecnologia vocale, l'acquisto o per il consumo dei contenuti digitali e addebitate alla relativa fattura; ii) effettuate da o tramite un dispositivo elettronico e addebitate mediante la relativa fattura nel quadro di un'attività di beneficenza o per l'acquisto di biglietti<sup>196</sup>.

Inoltre, ai fini dell'applicazione dell'esenzione il valore di ogni singola operazione di pagamento non deve superare 50 euro e il valore complessivo delle operazioni di pagamento non deve eccedere i 300 euro mensili.

Nonostante la limitazione debba essere salutata con favore, posto il generale innalzamento del livello di tutela dei consumatori, parte della dottrina ha segnalato come il limite previsto dall'art. 3, lett. 1 sia eccessivamente elevato, anche in considerazione del fatto che i consumatori che maggiormente acquistano contenuti digitali appartengono alle categorie più giovani e vulnerabili della popolazione<sup>197</sup>.

---

<sup>194</sup> Art. 3, lett. 1, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>195</sup> Ai sensi dell'art. 4, par. 43, per contenuti digitali devono intendersi i «beni o i servizi prodotti e forniti in formato digitale il cui uso o consumo è limitato a un dispositivo tecnico e che non comprendono in alcun modo l'uso o il consumo di beni o servizi fisici».

<sup>196</sup> I biglietti elettronici consentono e facilitano la prestazione di servizi che altrimenti gli utenti potrebbero acquistare sotto forma cartacea (es. ingresso ad eventi, trasporto, viaggi) ma escludono i beni fisici. Essi riducono i costi connessi all'emissione e alla distribuzione degli stessi aumentando la qualità del servizio e diminuendo i costi per i consumatori. V. F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016, p. 6.

<sup>197</sup> M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 832.

Infine, nonostante la proposta iniziale della Commissione europea di abrogarla<sup>198</sup>, la PSD2 mantiene l'esenzione relativa agli ATM indipendenti pur introducendo alcune novità a maggior tutela dei consumatori. In seguito all'approvazione della PSD si è assistito ad un proliferare di ATM indipendenti negli Stati membri.

La scarsa chiarezza dell'esenzione ha consentito, in alcuni Stati membri, la diffusione di pratiche commerciali scorrette a danno dei consumatori ai quali venivano spesso applicata una duplice commissione per il prelievo, una da parte del gestore dell'ATM indipendente ed un'altra da parte del prestatore di servizi di radicamento del conto dell'utente<sup>199</sup>.

A tale riguardo la PSD2 ha mantenuto l'esenzione prevedendo al medesimo tempo più stringenti obblighi di trasparenza in capo al prestatore di servizi di prelievo di contante che non sia parte del contratto quadro con il cliente che preleva denaro da un conto di pagamento, a condizione che

---

<sup>198</sup> «Analogamente, la direttiva 2007/64/CE esclude dal suo ambito di applicazione i servizi di pagamento offerti da gestori di sportelli automatici per il prelievo di contante (ATM) indipendenti dalle banche o da altri prestatori di servizi di pagamento. Originariamente la disposizione era volta a incentivare l'installazione di ATM di tipo stand-alone in aree remote e scarsamente popolate, consentendo ai gestori di applicare spese in aggiunta alle commissioni versate ai prestatori di servizi di pagamento emittenti della carta, ma non era destinata ad essere utilizzata da gestori di ATM che dispongono di centinaia o addirittura migliaia di apparecchi installati in uno o più Stati membri. Questa situazione si traduce in una mancata applicazione di tale direttiva a una parte crescente del mercato degli ATM, con effetti negativi sulla tutela dei consumatori. Questa situazione incentiva inoltre i gestori di ATM presenti sul mercato a ridefinire il proprio modello commerciale e a porre termine al tradizionale rapporto contrattuale con i prestatori di servizi di pagamento per poter applicare commissioni più elevate direttamente ai consumatori. Di conseguenza, è necessario abolire tale esenzione». Cfr. *considerando* 14 della proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 2002/65/CE, 2013/36/UE e 2009/110/CE e che abroga la direttiva 2007/64/CE /, COM/2013/0547 final.

<sup>199</sup> V. *considerando* 18, direttiva 2366/2015/UE.

detti prestatori non forniscano altri servizi di pagamento. In particolare, il prestatore di servizi di prelievo contante deve fornire al cliente, sia prima che dopo il prelievo, le informazioni in merito a qualsiasi commissione sui prelievi di cui agli articoli 45, 48, 49 e 59 PSD2.

#### **4. I nuovi requisiti in materia di sicurezza e autenticazione delle operazioni di pagamento: la *Strong Customer Authentication*.**

La forte crescita che ha sperimentato negli ultimi anni il settore del commercio elettronico e dei servizi dei pagamenti effettuati per via informatica/telematica ha comportato un inevitabile incremento dei casi di frodi e attacchi informatici ai sistemi di pagamento<sup>200</sup>.

La sicurezza dei dati ed il corretto funzionamento dei sistemi di pagamento assume un'importanza centrale all'interno dell'industria dei servizi di pagamento e assume un valore ancora maggiore se si pensa al ruolo sistemico che i pagamenti elettronici hanno nell'ambito del commercio elettronico<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> Si pensi che solo nel 2013, le perdite dovute a frodi connesse con l'utilizzo di carte di pagamento all'interno della SEPA ammontavano a 1,4 miliardi di euro, di cui oltre il 60% era rappresentato da transazioni CNP (*Card not present*). Cfr. EUROPEAN CENTRAL BANK, *Fourth report on card fraud*, 2015, p. 7.

<sup>201</sup> Sottolineano la rilevanza della sicurezza delle operazioni come componente chiave per lo sviluppo del commercio elettronico, sotto differenti prospettive, E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, supplemento 1, 4, 2016, p. 41 ss.; G. MARCOCCIO e E. CORSINI, *Servizi di pagamento via Internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 16, n. 53, 2, 2015, pp. 271-294; T. GLAESSNER, T. KELLERMANN, V. MCNEVIN, *Electronic Security: Risk Mitigation in Financial Transactions Public Policy Issues*, *World Bank Policy Research Working Paper 2870*, 2002.

In particolare, da una consultazione pubblica sul futuro del commercio elettronico promossa dalla Commissione europea<sup>202</sup>, è emerso che i pagamenti rappresentano uno degli ostacoli principali alla crescita di questo settore. Le principali critiche si sono concentrate, oltre che sulla mancanza di interoperabilità fra i differenti metodi di pagamento presenti negli Stati membri e sulle commissioni troppo elevate, sulla sicurezza dei pagamenti con specifico riguardo alle frodi a danno di consumatori<sup>203</sup>.

Nonostante l'industria dei pagamenti abbia dimostrato di essere in grado di ridurre le frodi di oltre il 13% annuo nell'ambito online, la riduzione delle frodi concernenti il totale pagamenti basati su carta (sia *Face to Face* che *Card Not Present*) si è rivelata tuttavia molto modesta<sup>204</sup>.

Per accelerare tale processo, nel 2011 è stato costituito il *Forum* europeo sulla sicurezza dei pagamenti *retail* (SecurePay) su iniziativa del *Payment and Settlement Systems Committee* (PSSC) della BCE per approfondire le tematiche in materia di sicurezza dei pagamenti al dettaglio.

Il Forum ha elaborato diverse raccomandazioni, fra le quali, per quello che qui interessa, una riguardante la sicurezza dei pagamenti via Internet le

---

<sup>202</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2010/e-commerce\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm).

<sup>203</sup> Cfr. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, COM (2011) 941 definitivo, p. 20 ss.

<sup>204</sup> I dati sono stati presentati da M. FAVA, *Strong customer authentication. A business perspective*, durante la relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018, p. 2.

cui considerazioni sono state poi recepite dalla ECB in una propria raccomandazione nel 2013<sup>205</sup>, e l'anno seguente dall'EBA<sup>206</sup>.

In particolare, a seguito dei risultati emersi in sede di consultazione<sup>207</sup>, l'Autorità di vigilanza europea, invece di attendere l'approvazione della PSD2 ed il relativo recepimento, ha scelto di intervenire subito sulle tematiche relative alla sicurezza dei pagamenti, adottando un approccio a due fasi (cd. *two-step approach*) costituito da: i) l'elaborazione ed implementazione di linee guida<sup>208</sup> che replicano il contenuto delle raccomandazioni della Banca Centrale Europea del 31 gennaio 2013 e che rappresentano, come indicato dalla Banca d'Italia, «il documento a fronte del quale le banche centrali, nell'esercizio della propria funzione di sorveglianza sui sistemi e sugli strumenti di pagamento, valutano la conformità agli standard di sicurezza dei pagamenti via internet»<sup>209</sup>; ii) la

---

<sup>205</sup> ECB, *Recommendations for the Security of Internet Payments: Final Version Payments*, Frankfurt am Main, 2013.

<sup>206</sup> EBA, *Final Guidelines on the Security of Internet Payments*, EBA/GL/2014/12\_Rev1, 2014.

<sup>207</sup> EBA, *Consultation Paper on the implementation of draft EBA. Guidelines on the security of internet payments prior to the transposition of revised Payment Services Directive (PSD)*, 20 ottobre 2014.

<sup>208</sup> EBA, *Final Guidelines on the Security of Internet Payments*, EBA/GL/2014/12\_Rev1, 2014, 3. Le linee guida sono state recepite dall'Autorità di vigilanza italiana il 17 maggio 2016, con il 16° aggiornamento della Circolare n. 285 del 17 dicembre 2013 recante «Disposizioni di vigilanza per le banche» (G.U. n. 127 del 1 giugno 2016 – Supplemento Ordinario n. 17). Sul punto cfr. D. DI MAIO, *Sicurezza dei pagamenti via internet: l'aggiornamento della Circolare Banca d'Italia n.285/2013 in recepimento degli Orientamenti dell'Autorità Bancaria Europea*, in *Dirittobancario*, 2016.

<sup>209</sup> Cfr: BANCA D'ITALIA, documento per la consultazione, *Recepimento in Italia degli orientamenti dell'ABE in materia di sicurezza dei pagamenti tramite canale internet*, <https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2015/recepimento-orientamenti-abe/index.html>.

successiva implementazione dei requisiti – più stringenti – previsti dalla PSD2<sup>210</sup>.

Spiegando la decisione di non voler attendere l'entrata in vigore della PSD2 per implementare le proprie *guidelines*, l'EBA ha spiegato infatti come a causa dei crescenti livelli di frode osservati negli *internet payments*, posticipare l'implementazione delle linee guida fino al momento della trasposizione della PSD2 negli Stati membri non era un «*plausible option*»<sup>211</sup>.

L'approvazione della direttiva 2366/2015/UE<sup>212</sup> e, successivamente, il regolamento delegato 389/2018<sup>213</sup>, hanno rappresentato, sotto tale prospettiva, la consacrazione e al tempo stesso il potenziamento dei principi già emanati dall'EBA.

La PSD2 infatti, richiedendo a tutti i PSP un potenziamento generalizzato delle misure di sicurezza, introduce il principio secondo il quale «tutti i servizi di pagamento offerti elettronicamente dovrebbero essere prestati in

---

<sup>210</sup> EBA, *Final Guidelines on the Security of Internet Payments*, EBA/GL/2014/12\_Rev1, 2014, p. 3.

<sup>211</sup> EBA, *Final Guidelines on the Security of Internet Payments*, EBA/GL/2014/12\_Rev1, 2014, p. 3.

<sup>212</sup> La direttiva non disciplina direttamente le soluzioni tecnologiche che dovranno essere adottate dai PSP, delegando il relativo compito all'EBA e limitandosi a ribadire la necessità di investire in sicurezza, protezione dei dati e autenticazione forte degli utenti. In particolare, l'art. 98, par. 4, secondo comma, della direttiva 2366/2015/UE, ha delegato all'EBA il compito di presentare alla Commissione progetti di norme tecniche di regolamentazione in materia di autenticazione e comunicazione (*Regulatory Technical Standards - RTS*) entro il 13 gennaio 2017.

<sup>213</sup> La Commissione europea ha adottato i RTS mediante il regolamento delegato 2018/389 in data 27 novembre 2017 che si applicherà a decorrere dal 14 settembre 2019, ad eccezione dei paragrafi 3 e 5 dell'art. 30 che si applicheranno a decorrere dal 14 marzo 2019.

maniera sicura, adottando tecnologie in grado di garantire l'autenticazione sicura dell'utente e di ridurre al massimo il rischio di frode»<sup>214</sup>.

In particolare, con la PSD2 il legislatore europeo ha voluto stabilire regole di sicurezza efficaci, proporzionate<sup>215</sup> ai rischi caratterizzanti gli specifici strumenti di pagamento<sup>216</sup>, tecnologicamente neutre<sup>217</sup> e tali da non

---

<sup>214</sup> Cfr. *considerando* 95, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>215</sup> Un quadro giuridico e normativo proporzionato per i pagamenti è «uno che non è eccessivamente restrittivo e oneroso rispetto alle possibili problematiche che dovrebbe risolvere o al numero e al valore di trasferimenti in gioco». I pagamenti possono presentare infatti rischi per il sistema finanziario, quali sono quelli connessi con il riciclaggio di denaro o con il finanziamento al terrorismo, ma forniscono anche un importante vantaggio sociale per gli utenti e spesso sono transazioni di valore molto modesto. Se troppo rigorose e non proporzionali ai rischi da affrontare, le regole in materia di servizi di pagamento possono creare barriere al loro utilizzo, «scoraggiare le banche e altri istituti finanziari regolati dall'offrire di servizi di pagamento e fornire servizi bancari ai fornitori non bancari e ostacolare la crescita di nuove tecnologie che facilitano l'uso dei pagamenti elettronici e potenzialmente ridurre i costi». Cfr. E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 60, nota 46.

<sup>216</sup> Nella valutazione della proporzionalità di un intervento legislativo nell'ambito del mercato dei pagamenti è particolarmente importante considerare come all'obiettivo di promuovere la stabilità, la sicurezza e l'efficienza dei sistemi di pagamento, si affianchi quello di promuovere l'inclusione finanziaria. Su tali ultime considerazioni cfr. T. BRADFORD, F. HAYASHI, C. HUNG, S. ROSATI, R.J. SULLIVAN, Z. WANG, S.E. WEINER, *Nonbanks and Risk in Retail Payments: EU and U.S.*, in M. E. JONHSON, *Managing Information Risk and the Economics of Security*, Berlino, 2009, pp. 17–53; T. BECK, A. DE LA TORRE, *The Basic Analytics of Access to Financial Services*, in *Financial Markets, Institutions & Instruments*, 16, 2, 2007, pp. 79–117.

<sup>217</sup> Analizza l'aspetto dell'interoperabilità, sottolineando l'importanza che l'EBA adotti RTS neutrali sotto il profilo tecnologico, E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 48 ss.

creare squilibri tra operatori del settore in base al contesto normativo che sono chiamati ad osservare<sup>218</sup>.

Sotto tale profilo, la novità introdotta dalla PSD2 che appare di maggior rilievo è rappresentata dalla disciplina di sistemi di autenticazione rafforzati delle operazioni di pagamento (cd. *Strong Customer Authentication*)<sup>219</sup>.

Per autenticazione forte del cliente si intende un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce<sup>220</sup>, ad esempio una *password* o un

---

<sup>218</sup> Sul punto v. M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017, p. 92 ss.

<sup>219</sup> Cfr. F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016, p. 12, secondo cui più che di introduzione sarebbe più opportuno discorrere di armonizzazione di prassi operative già in uso nelle maggior parte delle Banche e ribadito nel 16° aggiornamento della Circolare Banca d'Italia n. 285/2013. Per un'analisi delle disposizioni in materia di autenticazione forte nel suddetto provvedimento v. D. DI MAIO, *Sicurezza dei pagamenti via internet: l'aggiornamento della Circolare Banca d'Italia n.285/2013 in recepimento degli Orientamenti dell'Autorità Bancaria Europea*, in *Dirittobancario*, 2016, p. 11-12.

<sup>220</sup> Appare evidente come, al fine di garantire la sicurezza dell'intera operazione di autenticazione forte, gli elementi classificati come conoscenza non devono essere acquisiti da soggetti non autorizzati o divulgati a questi ultimi. La responsabilità derivante da un utilizzo fraudolento di tali elementi da parte di soggetti non autorizzati viene ripartita dal legislatore comunitario fra il cliente ed il PSP, a seconda che sussista o meno la colpa grave o il dolo del pagatore (ad esempio, lasciare le credenziali usate per autorizzare un'operazione di pagamento vicino allo strumento di pagamento, in un formato aperto e facilmente individuabile da terzi). All'obbligo del cliente di proteggere le proprie credenziali, corrisponde l'obbligo del PSP di adottare misure volte ad attenuare il rischio che gli elementi dell'autenticazione forte del cliente classificati come conoscenza siano acquisiti da soggetti non autorizzati o divulgati a quest'ultimi. Sul punto cfr. art. 6 del regolamento delegato 389/2018/UE.



*PIN*<sup>221</sup>), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede<sup>222</sup>, ad esempio un *token*<sup>223</sup>) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente, ad esempio l'impronta digitale o altri dati biometrici)<sup>224</sup>, che sono indipendenti, in

---

<sup>221</sup> Non appare, viceversa, rientrare in tale categoria il numero della carta di pagamento, anche se accompagnato da l'indicazione del CVV e della data di scadenza. Lo stesso vale per il nome utente (*user ID*) del cliente.

<sup>222</sup> Cfr. art. 7, regolamento 389/2018/UE, rubricato requisiti per gli elementi classificati come possesso, ai sensi del quale «i prestatori di servizi di pagamento adottano misure volte ad attenuare il rischio che gli elementi dell'autenticazione forte del cliente classificati come possesso siano utilizzati da soggetti non autorizzati. L'uso di detti elementi da parte del pagatore è soggetto a misure volte a impedirne la duplicazione». Con riferimento all'elemento del possesso, particolari problemi suscita l'autenticazione basata su SMS, spesso utilizzata dalle banche per verificare l'identità di una persona che vuole disporre un pagamento a distanza. In particolare, ci si è chiesti se tale forma di autenticazione basata su una OTP (*One Time Password*) inviata al pagatore tramite SMS rispetti i requisiti di *Strong Customer Authentication* previsti dalla PSD2. La soluzione appare compatibile con le norme di regolamentazione quando viene utilizzata per l'accesso a piattaforme di *home banking* o similari. Non appare, invece, idonea a confermare una disposizione di pagamento. La trasmissione dell'OTP tramite SMS non rispetterebbe infatti i requisiti di sicurezza richiesti dall'art. 4, comma 3, lett. c, del regolamento 389/2018/UE, ai sensi del quale le sessioni di comunicazione devono essere protette contro l'acquisizione o la manipolazione dei dati trasmessi. Diversamente, dovrebbero ritenersi conformi ai requisiti della *Strong Customer Authentication* le forme di autenticazione cd. «a due-app», a patto che l'*app* bancaria e l'*app* di autenticazione siano installati su dispositivi differenti ed il messaggio, che deve contenere i dettagli della transazione, venga protetto utilizzando un canale *end-to-end* sicuro.

<sup>223</sup> Al fine di poter considerare un *device* nel «possesso» del cliente appare necessario che il dispositivo sia in grado di confermare tale possesso, attraverso la generazione o il ricevimento di elementi di validazione dinamici.

<sup>224</sup> Secondo le Linee guida in materia di riconoscimento biometrico e firma grafometrica, del Garante per la protezione dei dati personali, i dati biometrici sono «convenzionalmente definiti come dati ricavati da proprietà biologiche, aspetti comportamentali, caratteristiche fisiologiche, tratti biologici o azioni ripetibili laddove tali caratteristiche o azioni sono tanto proprie di un certo individuo quanto misurabili, anche se

quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione<sup>225</sup>.

---

i metodi usati nella pratica per misurarli tecnicamente comportano un certo grado di probabilità». Essi devono essere trattati in modo lecito, necessario, finalizzato e proporzionato. Ai sensi dell'art. 8, regolamento delegato 389/2018/UE, i prestatori di servizi di pagamento sono tenuti ad adottare misure volte ad attenuare il rischio che gli elementi di autenticazione classificati come inerenti e letti dai dispositivi e dal software di accesso forniti al pagatore siano acquisiti da soggetti non autorizzati. Considerato che tali forme di autenticazioni, pur essendo generalmente sicure, presentano spesso dei minimi margini di errore, il regolamento sui RTS prevede inoltre che i prestatori di servizi di pagamento debbano garantire che la probabilità che soggetti non autorizzati effettuino l'autenticazione a nome del pagatore utilizzando detti dispositivi e software, sia molto bassa e che implementino comunque delle misure volte ad assicurare che detti dispositivi e software garantiscano la resistenza contro l'utilizzo non autorizzato degli elementi mediante l'accesso ai dispositivi e al software. La crescente diffusione dell'autenticazione biometrica, soprattutto nell'ambito dei *mobile payments*, sta facendo emergere un aumento generale della fiducia dei consumatori nei confronti di tali metodi di autenticazione. Tale forma di autenticazione, resa popolare dall'introduzione di rilevatori biometrici all'interno dei principali *smartphone*, unisce infatti un alto grado di sicurezza ad una notevole facilità d'uso che potrebbe incidere positivamente sulle percentuali di abbandoni alla *checkout* nelle transazioni *on line*. Un recente studio commissionato da VISA e condotto da AYT Market Research su mille utenti adulti statunitensi ha ad esempio mostrato come tre quarti del campione si affiderebbe con convinzione al riconoscimento biometrico per effettuare transazioni *on line*. Cfr. VISA, *Goodbye, passwords. Hello, biometrics*, <https://usa.visa.com/dam/VCOM/global/visa-everywhere/documents/visa-biometrics-payments-study.pdf>.

<sup>225</sup> Art. 4, comma 1, punto n. 30 della PSD2 come recepito dall'art. 1, comma 1, lett. q ter, del d.lg. n. 11 del 2010. La definizione di autenticazione forte si differenzia da quella di autenticazione che consiste in una «procedura che consente al prestatore di servizi di pagamento di verificare l'identità di un utente di servizi di pagamento o la validità dell'uso di uno specifico strumento di pagamento, compreso l'uso delle credenziali di sicurezza personalizzate dell'utente», art. 4, comma 1, par. 29, direttiva 2366/2015/UE.

Ad eccezione di alcune ipotesi di cui si parlerà nel prosieguo, il prestatore di servizi di pagamento deve applicare l'autenticazione forte del cliente nei casi in cui questo acceda al suo conto di pagamento *online*, disponga un'operazione di pagamento elettronico ovvero effettui qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi<sup>226</sup>.

Per le operazioni di pagamento elettronico a distanza, l'autenticazione forte del cliente fornita dal PSP dovrà comprendere inoltre anche elementi che colleghino in maniera dinamica l'operazione a uno specifico importo e a un beneficiario specifico<sup>227</sup>.

Tale codice deve essere inscindibilmente connesso alla specifica operazione di pagamento (dinamicità) che il pagatore si accinge a svolgere, non può essere riutilizzato per altre operazioni (unicità) e non deve consentire la generazione di altri codici o di risalire ai dati inseriti dal pagatore per la generazione dello stesso (neutralità)<sup>228</sup>.

---

<sup>226</sup> Art. 97, comma 1, direttiva 2366/2015/UE così come recepito nell'ordinamento italiano all'art. 10 *bis* del d.lg. 11/2010. Le misure tecniche relative al codice di autenticazione sono disciplinate all'art. 4 del regolamento attuativo 389/2018/UE.

<sup>227</sup> Art. 97, comma 2, direttiva 2366/2015/UE. Le caratteristiche che devono avere i collegamenti dinamici sono disciplinate all'art. 4 del regolamento attuativo 389/2018/UE.

<sup>228</sup> Tra le possibili soluzioni per le operazioni di pagamento via *internet* rientra la cd. «autenticazione a due fattori», basata sull'uso di un PIN associato ad un codice unico dell'operazione, ricevuto tramite dispositivi atti a captare i dati biometrici del pagatore o volti a generare codici dinamici (*token*) ovvero di software installati su dispositivi esistenti che assolvano la medesima funzione. Il livello di sicurezza di tali dispositivi multifunzionali deve essere garantito dai PSP ai sensi dell'art. 9, par. 2 s. del regolamento di attuazione 2018/389/UE. L'utilizzo di tali dispositivi, nonostante sia indubbiamente idoneo ad aumentare la sicurezza delle operazioni di pagamento via *internet*, appare tuttavia capace di generare notevoli problematiche in termini di tutela dei dati personali, sul punto v. I.A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d.legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, Rivista di diritto civile, 2016, p. 498 ss. Sui profili di responsabilità in caso di trattamento illecito dei dati personali nel contesto

L'autenticazione forte del cliente deve essere applicata, essendo finalizzata a ricondurre in maniera univoca l'operazione di pagamento al titolare del conto e a ridurre così i rischi di frode, anche nel caso in cui nell'operazione intervengano altri soggetti terzi (TPP o PSP che emettono strumenti di pagamento basati su carta). In tale caso, il regolamento delegato 389/2018 prevede che il prestatore del servizio di pagamento di radicamento di conto (ASPSP) che offre al pagatore un conto di pagamento disponibile *online*, debba implementare sul proprio sito *internet* un'interfaccia che consenta ai TPP di avvalersi di tutte le procedure di *Strong Customer Authentication* fornite dallo stesso ASPSP all'utente, permettendo ai TPP di avviare la procedura di identificazione sulla base del consenso dell'utente dei servizi di pagamento<sup>229</sup>.

La scelta di procedere o meno all'autenticazione forte del cliente spetta in ogni caso all'ASPSP, il quale sarà chiamato anche a decidere se al conto di pagamento sia applicabile una dell'esenzioni previste dal regolamento RTS. Spetterà ad esempio all'ASPSP la scelta di applicare o meno l'esenzione basata sull'analisi dei rischi connessi alle operazioni di cui all'art. 18 del regolamento 389/2018/UE. Parimenti, anche nel caso in cui il PISP abbia accesso all'elenco di beneficiari sicuri creato o modificato dall'utente presso l'ASPSP, la scelta di applicare la *SCA* spetterà sempre a quest'ultimo<sup>230</sup>.

Come accennato in precedenza, la PSD2 prevede che le misure di sicurezza dei pagamenti elettronici siano proporzionate all'effettivo livello

---

della PSD2 v. E. Tosi, *PSD2, trattamento illecito dei dati personali e responsabilità civile tra Codice Privacy e GDPR*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018.

<sup>229</sup> Cfr. art. 30, regolamento 389/2018/UE e art. 97, comma 5, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>230</sup> Tale interpretazione, che vede nell'ASPSP il solo soggetto legittimato a non applicare la *SCA*, appare da preferire in quanto coerente con il regime di responsabilità dettato dall'art. 74, comma 2, PSD2.

di rischio caratterizzante il servizio prestato<sup>231</sup>. Coerentemente con le indicazioni della direttiva il regolamento delegato 389/2018/UE, nel disciplinare le norme tecniche di regolamentazione per l'autenticazione forte del cliente e gli standard aperti di comunicazione comuni e sicuri, ha previsto una serie di esenzioni ricorrendo le quali i prestatori di servizi di pagamento sono autorizzati a non applicare l'autenticazione forte del cliente.

In particolare, il capo III del regolamento delegato 389/2018/UE, prevede otto distinte ipotesi di esenzione, relative rispettivamente a informazioni sui conti di pagamento; pagamenti senza contatto fisico al punto vendita (cd. *contactless*); terminali incustoditi per le tariffe di trasporto e le tariffe di parcheggio; beneficiari *trusted*; operazioni ricorrenti; giroconti; operazioni di modesta entità (cd. micropagamenti); processi e protocolli di pagamento sicuri per le imprese (cd. *secure corporate payments*).

A tali ipotesi se ne aggiunge una nona, di carattere generale, basata sull'analisi dei rischi connessi alle singole operazioni. Ai sensi dell'art. 18 dei *Regulatory Technical Standards* infatti il PSP può essere esentato dall'applicare l'autenticazione forte (e dinamica) del cliente, basandosi su una specifica analisi del rischio associato alla transazione stessa (la cd. *TRA – Transaction Risk Analysis*).

I sistemi informatici di monitoraggio della transazione che supportano la *TRA* tengono conto del comportamento «normale» dell'utente rispetto all'uso delle proprie credenziali di sicurezza e sono in grado di valutare in tempo reale potenziali situazioni di rischio connesse all'operazione di pagamento. In particolare, tali sistemi tengono conto sia di fattori di rischio «di base», come la presenza di importo della transazione molto elevato,

---

<sup>231</sup> Sottolinea l'importanza di *Regulatory Technical Standards* robusti, tecnologicamente neutrali e soprattutto caratterizzati da un approccio basato sul rischio E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 48 ss.

l'esistenza di indizi che suggeriscano la presenza di *malware* nell'operazione di autenticazione o la presenza di uno scenario di frode conosciuto all'interno dell'industria dei pagamenti, sia di fattori specifici, relativi alla singola transazione quali le precedenti abitudini di spesa dell'utente, il luogo da cui viene svolta l'operazione o in cui si trova il beneficiario o altri indizi che indicano un utilizzo abnorme della transazione.

Inoltre, al fine dell'applicazione dell'esenzione TRA il tasso di frode per il tipo di operazione, deve essere pari o inferiore ai tassi di frode di relativi rispettivamente ai «pagamenti elettronici a distanza basati su carta» e i «bonifici elettronici a distanza» riportati nella tabella allegata al regolamento, e l'importo dell'operazione non deve superare il pertinente valore della soglia di esenzione specificato nella tabella medesima<sup>232</sup>.

La *Transaction Risk Analysis* effettuata dal prestatore di servizi di pagamento combina poi questi fattori di rischio in una valutazione dei rischi per ogni singola operazione al fine di determinare se un determinato pagamento debba essere consentito senza l'autenticazione forte del cliente<sup>233</sup>.

Da ultimo occorre segnalare che, nonostante l'articolo 74, comma 2, PSD2 disciplini espressamente l'ipotesi in cui il PSP non richieda un'autenticazione forte del cliente, stabilendo che gli eventuali danni finanziari siano rimborsati al pagatore, i RTS prevedono di fatto che il PSP,

---

<sup>232</sup> L'allegato prevede tra differenti soglie di esenzione, rispettivamente 500 euro, 250 euro e 100 euro. I tassi di frode di riferimento per i pagamenti elettronici a distanza basati su carta sono 0,01%, 0,06%, 0,13%. I tassi relativi ai bonifici elettronici a distanza 0,005%, 0,01%, 0,015%.

<sup>233</sup> Sul funzionamento dei c.d. sistemi di autenticazione mirata (*adaptive/targeted authentication*) che si fondano, in buona sostanza, nell'analisi costante, continuativa ed in tempo reale dell'operazione di pagamento v. M. FAVA, *Strong customer authentication. A business perspective*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018.

salvo le ipotesi di esenzione indicate dagli stessi, debba adottare «in ogni caso» dei sistemi di autenticazione forte.

Secondo l'interpretazione dell'EBA e della Commissione europea, infatti, il PSP avrebbe la possibilità di non accettare SCA solamente prima e durante il periodo intercorrente tra la data di applicazione della PSD2 (13 gennaio 2018) e la data di applicazione dei RTS<sup>234</sup>. La SCA inoltre si dovrebbe applicare, su «*best-effort basis*», anche alle transazioni *cross-border* cd. *one-leg*<sup>235</sup>.

Oltre questo periodo, il mancato utilizzo di SCA sarebbe consentito soltanto nei casi relativi alle esenzioni espressamente previste.

L'interpretazione fornita dall'EBA secondo cui la SCA sarebbe sempre obbligatoria, salve le ipotesi di esenzione, e secondo cui l'art. 74, comma 2, PSD2 si applicherebbe soltanto durante un periodo transitorio, è stata

---

<sup>234</sup> «Based on the clarification received from the Commission on the most plausible interpretation of the Directive, the EBA understands that the payee's PSP has the option not to accept SCA both (1) before and during the transitional period between the application date of PSD2 (13 January 2018) and the application date of the RTS under consultation (in November 2018 at the earliest) and (2) after this transitional period but in this case only within the limits of the authorised exemptions and where applicable. The liability rules as described in article 74(2) PSD2 apply before, during and after the transitional period». EBA, *Final Report. Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 23 febbraio 2017, p. 8.

<sup>235</sup> «As explained in the final report on the draft RTS published in February 2017, the EBA's view, after discussing it with the European Commission, is that SCA applies to all payment transactions initiated by a payer, including to card payment transactions that are initiated through the payee within the EEA and apply only on a best-effort basis for cross-border transactions with one leg out of the EEA. In such a case, the liability regime stated by Article 74(2) PSD2 applies». EBA, *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EBA-Op-2018-04, 13 giugno 2018, p. 10.

criticata da parte della dottrina<sup>236</sup> e degli *stakeholder*<sup>237</sup> intervenuti nel processo di consultazione sulla bozza di RTS predisposta dall'EBA nel 2016<sup>238</sup>.

In particolare, le critiche si fondano su due ordini di ragioni. Il primo muove dal fatto che non esisterebbe alcun fondamento giuridico in base al quale l'EBA stabilisce che l'art. 74, comma 2, si applichi soltanto durante un periodo transitorio. Né l'art. 74 né l'art. 115 PSD2 contengono infatti alcuna disposizione in tal senso. Il comma 4 dell'art. 155 PSD2 in particolare, pur contenendo una dettagliata programmazione dei tempi di implementazione, si riferisce esclusivamente ai RTS e non all'art. 74 PSD2.

Il secondo ordine di ragioni si basa invece sul rilievo che il legislatore europeo avrebbe introdotto l'art. 74 per permettere ai PSP (e ai beneficiari) di non richiedere l'identificazione forte del cliente, purché siano disposti a sopportare gli eventuali danni finanziari derivanti. Secondo i sostenitori di tale tesi, inoltre, questo spostamento di responsabilità è stato applicato per più di venticinque anni per i pagamenti su carte con *chip* basate sull'EMV standard e ha consentito ai commercianti di adottare, in maniera efficace, i propri processi di gestione del rischio.

Tali rilievi non appaiono tuttavia pienamente convincenti. Seppure non si condivida il parere dell'EBA, secondo il quale l'art. 74, comma 2, avrebbe efficacia transitoria, un'interpretazione dello stesso nel senso di consentire

---

<sup>236</sup> E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 66.

<sup>237</sup> V. in particolare il commento 295 (General responses) alla consultazione dell'EBA, in EBA, *Final Report. Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 23 febbraio 2017, p. 151.

<sup>238</sup> EBA, *Consultation Paper on the draft Regulatory Technical Standards specifying the requirements on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2*, EBA-CP-2016-11, 12 agosto 2016.



ai PSP di scegliere liberamente se adottare o meno sistemi di SCA, snaturerebbe la scelta del legislatore europeo che ha invece voluto introdurre un obbligo generalizzato per PSP e beneficiari di utilizzare la SCA per identificare le operazioni di pagamento, contribuendo così ad aumentare la sicurezza dei pagamenti ed a diminuire drasticamente il tasso di frodi *on line* a danno dei consumatori<sup>239</sup>.

Da una prospettiva di tutela dei consumatori inoltre, l'applicazione coerente di *Strong Customer Authentication* (SCA) ha per effetto che le esenzioni siano applicate, ricorrendo le medesime condizioni, esattamente nello stesso modo e che questi abbiano un'esperienza di consumo coerente.

Una diversa interpretazione della disposizione, secondo cui sarebbe possibile per i PSP di non adottare SCA tutte le volte in cui questi decidano di voler sopportare il rischio finanziario della transazione, colliderebbe inoltre con la delega all'EBA contenuta nella PSD2 di stabilire esenzioni all'applicazione della SCA. Per definizione, infatti, un'eccezione è tale solo se rimane applicabile ad ipotesi limitate. Una lista «aperta» di eccezioni, infine, determinerebbe un alto grado di incertezza riguardo all'applicazione della SCA e condurrebbe con il tempo ad uno svuotamento del principio dell'autenticazione sicura dei pagamenti, che è invece al centro della nuova PSD2.

Per le ragioni sopra descritte, il riferimento contenuto nell'art. 74, comma 2, PSD2, ai casi in cui il PSP o il beneficiario non esigano l'autenticazione forte del cliente, deve essere interpretato nel senso che tale regime si applicherà soltanto nei casi in cui il PSP scelga di avvalersi di una delle esenzioni previste. In tale caso, qualora dall'operazione di pagamento

---

<sup>239</sup> Sotto questo aspetto si condividono le considerazioni dell'EBA secondo cui «*the principle set out under PSD2 is SCA*». Cfr. EBA, *Final Report. Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 23 febbraio 2017, p. 66.

derivassero delle perdite egli sarà tenuto a rimborsare tali danni al pagatore, ad eccezione dei casi in cui questo abbia agito con dolo<sup>240</sup>.

---

<sup>240</sup> Da notare come l'art. 74, comma 2, preveda un regime di responsabilità aggravato rispetto alla regola *standard* secondo la quale l'utente è tenuto a rispondere in tutti i casi in cui abbia agito con colpa grave o dolo. Sugli aspetti relativi alla responsabilità in caso di operazioni fraudolente o non autorizzate v. *infra*.



## CAPITOLO III

### **CONTRATTO DI SERVIZI DI PAGAMENTO E PROTEZIONE DEL CONSUMATORE. TRASPARENZA CONTRATTUALE E OBBLIGHI DI INFORMAZIONE.**

**Sommario:** 1. - Introduzione – 2. I principi ispiratori della disciplina nei *consideranda* della direttiva. - 3. Definizione del contratto quadro. Contenuti e funzione. - 4. L'ambito di applicazione soggettivo e la «divaricazione disciplinare» tra contratti B2B e B2C. - 5. Gli obblighi informativi precontrattuali ed in corso di rapporto. - 5.1. Le modalità con cui le informazioni devono essere fornite. La definizione di supporto durevole alla luce della recente giurisprudenza europea. - 6. Le modifiche unilaterali al contratto quadro alla luce della PSD2 - 6.1. Le modifiche riguardanti i tassi di interesse e di cambio. - 6.2. Le modifiche dei contratti stipulati con consumatori. - 7. Il diritto del recesso del consumatore e del prestatore di servizi di pagamento nel contratto quadro.

#### **1. Introduzione.**

La direttiva 2366/2015/UE, coerentemente con l'approccio inaugurato dalla PSD, pone fra le sue principali finalità quella di assicurare un quadro giuridico coerente che consenta agli operatori del mercato di beneficiare di pari condizioni operative, favorendo una più ampia diffusione dei nuovi mezzi di pagamento e garantendo allo stesso tempo un elevato livello di protezione dei consumatori<sup>241</sup>.

Il forte accento posto sul termine «consumatore», presente diffusamente nel testo della direttiva<sup>242</sup>, non deve tuttavia indurre in errore: gli obiettivi

---

<sup>241</sup> V. *considerando* 6, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>242</sup> Nel testo della direttiva 2366/2015/UE il termine consumatore/i, nonostante a volte sia impiegato nell'accezione più larga di «utenti», compare ben settantacinque volte.

perseguiti dalla direttiva si riferiscono infatti a tutti gli utenti di servizi di pagamento, siano essi consumatori o professionisti (entrambi denominati nel prosieguo anche con il termine generico di clienti).

Le norme contenute nei titoli III e IV della direttiva sono poste infatti a tutela della generalità degli utenti di servizi di pagamento perseguendo, in ultima analisi, il preminente scopo di rafforzare la fiducia del pubblico in servizi di pagamento moderni e maggiormente efficienti, promuovendone in tal modo la diffusione.

Ciò non significa, tuttavia, che la disciplina non possa differenziarsi.

Le disposizioni contenute nei titoli III, che si occupa di trasparenza e IV, che si occupa di diritti e obblighi delle parti nella prestazione di servizi di pagamento, tengono infatti conto della differente posizione che i consumatori rivestono nel rapporto contrattuale, prevedendo una disciplina in larga parte inderogabile quando l'utente riveste lo *status*<sup>243</sup> di consumatore e concedendo al medesimo tempo alle imprese ampi spazi di libertà contrattuale quando negoziano con professionisti<sup>244</sup>.

---

<sup>243</sup> L'utilizzo del termine *status* non deve essere qui inteso in senso proprio. Da tempo, infatti, la migliore dottrina ha chiarito come la qualifica di consumatore dipenda dalle circostanze concrete all'interno delle quali si svolge il cd. atto di consumo. La qualità di consumatore, dunque, non può essere considerata uno *status*, ma qualità contingente e momentanea. Sul punto cfr. P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il Diritto dei consumi*, vol. I, Napoli, 2004, p. 34 il quale, inoltre, sottolinea come al centro del nostro ordinamento giuridico non vi sia la figura del consumatore, ma quello della persona umana, secondo i noti principi costituzionali. Sul punto v. anche le considerazioni espresse da E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto, Relazione svolta a Camerino il 5 settembre 2007 nell'ambito della seconda settimana di studio sul Diritto Privato Comunitario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 4, p. 8.

<sup>244</sup> V. *considerando* 53, direttiva 2366/2015/UE, il quale precisa come «dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni a cui non si può derogare per contratto, è ragionevole consentire alle imprese e alle

La direttiva, proiettandosi in una dimensione europea se non addirittura internazionale, mira ad assicurare soluzioni tecniche, regole di comportamento e logiche di controllo tendenti all'omogeneità.

In questo senso, la PSD2 prevede una disciplina contrattuale uniforme dei servizi di pagamento – che stabilisce diritti e obblighi delle parti – alla quale vengono affiancate delle specifiche norme relative a garantire la trasparenza contrattuale sia *ex ante* che *in executivis*.

All'interno del mercato dei servizi di pagamenti la trasparenza rappresenta uno degli aspetti principali, che coinvolge tutti gli attori operanti al suo interno: gli utenti, gli intermediari ed i produttori.

Ad ognuno di tali soggetti si rivolge dunque la normativa in questione, la quale nasce dalla necessità di tutelare l'utente di servizi di pagamento, proteggendolo da comportamenti scorretti del professionista che possano influenzare le sue scelte, con effetti distorsivi della concorrenza per l'intero mercato<sup>245</sup>.

Il legislatore, così come in altri settori del diritto, ha individuato nella trasparenza la risposta principe a tali problematiche, sull'assunto che una corretta informazione dell'utenza dei servizi di pagamento possa essere idonea ad appianare l'asimmetria informativa da sempre caratterizzante il rapporto consumatore-professionista, in particolare nell'ambito bancario e finanziario.

Il legislatore europeo, ricalcando sostanzialmente la disciplina introdotta con la PSD, ha previsto dunque specifici obblighi informativi in capo al PSP

---

organizzazioni di stabilire diversamente quando non hanno a che fare con i consumatori». Per un approfondimento del profilo soggettivo nell'ambito dei servizi di pagamenti v. *infra*.

<sup>245</sup> Sottolinea la forte correlazione tra concorrenza e trasparenza nel quadro giuridico dell'Unione europea sui servizi di pagamento C. MARULLO REEDTZ, *Art. 126-quater*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2254 ss.

finalizzati a consentire al cliente una maggior comparabilità dei prodotti e dei servizi offerti dai diversi operatori.

Sotto tale aspetto, la scelta informata di consumo rappresenterebbe infatti una scelta efficiente anche nel senso economico in quanto ottimale non soltanto per il singolo cliente ma anche per l'intero settore dei pagamenti.

Il canone di trasparenza consente, dunque, di creare un mercato concorrenziale dei servizi di pagamento a livello europeo, mercato che si realizza solamente nel momento in cui i soggetti operanti all'interno dello stesso siano posti nella situazione di poter compiere scelte basate su dati oggettivi e confrontabili, ovvero scelte razionali<sup>246</sup> ed ancora una volta efficienti<sup>247</sup>.

---

<sup>246</sup> Occorre tuttavia segnalare come, sin dagli anni '70 del Novecento, a partire dai celebri studi di Tversky e Kahneman, il concetto di *homo oeconomicus* razionale è stato oggetto di forte critiche da parte della dottrina economica cd. comportamentale la quale ha evidenziato il discostamento della condotta economica dell'individuo dal paradigma della razionalità. L'approccio comportamentale è sostanzialmente descrittivo della condotta economica dell'individuo e ne evidenzia gli scostamenti dal paradigma della razionalità. Dette deviazioni sono identificate con le cd. «euristiche», ovvero regole che consentono di semplificare il processo decisionale quando si è dinanzi a problemi complessi ovvero ad informazioni incomplete, e con i cd. *bias* (pregiudizi), capaci di influenzare le scelte individuali sia sotto il profilo emotivo che percettivo. Cfr. sul punto U. MORERA, E. MARCHISIO, *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012, p. 21; N. BARBERIS, R. THALER, *A Survey of Behavioural Finance*, in *Handbook of the Economics of Finance*, Amsterdam, 2003, vol. 1, pp. 1053-1128.

<sup>247</sup> Sul punto v. A. DI AMATO, *I servizi di investimento*, in S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, p. 89 il quale sottolinea l'importanza di un sistema di regole che imponga determinati obblighi di comportamento ai professionisti, in modo da assicurare che il rapporto con i consumatori si svolga nel modo più trasparente (e quindi corretto) possibile.

## **2. I principi ispiratori della disciplina nei *consideranda* della direttiva.**

I principi generali che sovrintendono alla formulazione delle disposizioni in materia di trasparenza sono esposti, nella PSD2, nei *consideranda* 54-61, che confermano i *consideranda* 21-28 della PSD.

Al fine di realizzare un mercato unico dei servizi di pagamento trasparente e concorrenziale, in cui i clienti possano fare scelte razionali e orientarsi liberamente fra i servizi offerti all'interno dell'Unione europea, la direttiva prevede che i PSP debbano fornire informazioni: i) chiare e di qualità elevata; ii) proporzionate alle necessità degli utenti e comunicate in modalità standardizzate; iii) differenziate a seconda che si tratti di operazioni singole di pagamento ovvero di contratti quadro<sup>248</sup>.

Le informazioni da fornire prima della conclusione del contratto devono essere ampie e devono essere sempre fornite su supporto cartaceo o su altro supporto durevole (quale ad es. gli estratti conto stampati dagli sportelli automatici, i CD-ROM, i dischi rigidi dei *personal computer* ove possono essere memorizzati messaggi di posta elettronica).

Al contrario, viene lasciata alla libera determinazione delle parti, la scelta riguardo le modalità di trasmissione delle informazioni successive relative alle operazioni di pagamento eseguite<sup>249</sup>.

Elemento centrale nella maggior tutela riservata dalla direttiva al consumatore va ricercato nel diritto di questo di ricevere informazioni importanti dal proprio PSP a titolo gratuito, sia prima della conclusione del contratto sia, qualora il consumatore lo richieda, nel corso del rapporto contrattuale<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> Cfr. *considerando* 54, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>249</sup> Cfr. *considerando* 57, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>250</sup> Cfr. *considerando* 59, direttiva 2366/2015/UE.



Tenuto conto dell'importanza della trasparenza nello stabilire i costi e delle differenti esigenze del cliente, la direttiva consente tuttavia alle parti di concordare l'addebito di spese per informazioni più frequenti o aggiuntive<sup>251</sup>. L'entità di tali spese non viene però lasciata alla completa discrezione del prestatore, in quanto queste devono essere «adeguate e proporzionate ai costi effettivi sostenuti»<sup>252</sup>.

Viene in tal modo confermata anche nella PSD2 l'attenzione a controllare il recupero dei «costi informativi», al fine di evitare che questi possano rappresentare un modo per conseguire lucri in modo sostanzialmente occultato<sup>253</sup>.

Tale previsione, così come segnalato da parte della dottrina, rappresenta «un'indubbia ingerenza legislativa nell'ambito oggettivo delle politiche tariffarie»: la finalità è quella di impedire forme di tariffazione poco trasparenti che, in concreto, camuffano una parte dei profitti in costi informativi<sup>254</sup>. Allo stesso tempo, la presenza e l'entità dei costi connessi all'invio di comunicazioni evidenzia il livello di efficienza del prestatore rispetto alla concorrenza<sup>255</sup>.

La PSD2 si conforma all'impianto già previsto nella PSD dedicando il Titolo III alla trasparenza delle condizioni e ai requisiti informativi per i servizi di pagamento.

---

<sup>251</sup> Cfr. *considerando* 61, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>252</sup> Cfr. art. 40, comma 3, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>253</sup> Sul tema della liceità delle spese secondarie alla luce della direttiva 64/2007/CE cfr. G. MUCCIARONE, *La liceità delle «spese secondarie» nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 1, p. 62 ss.

<sup>254</sup> V. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 397-398.

<sup>255</sup> G. MUCCIARONE, *La liceità delle «spese secondarie» nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 1, p. 62 ss.

Il Titolo III consta di tre capi: il primo detta le «regole generali», il secondo disciplina le «singole operazioni di pagamento», il terzo riguarda i «contratti quadro».

Nella nuova direttiva PSD2 le norme relative alla trasparenza non sono state sottoposte a rilevanti modifiche di contenuto. Un'importante innovazione può tuttavia essere rinvenuta nella riformulazione dell'art. 2 della PSD2, il quale ha esteso il campo di applicazione delle disposizioni contenute nel Titolo III e IV anche alle cd. transazioni *one-leg*. Nella PSD, infatti, le norme contenute nei suddetti titoli si applicavano soltanto alle operazioni di pagamento in euro o in altra valuta ufficiale di uno stato membro.

Nel nuovo quadro regolamentare disegnato dalla PSD2, invece, le norme relative alla trasparenza ed ai diritti ed obblighi delle parti si applicano anche alle operazioni di pagamento in una valuta non appartenente a nessuno stato membro purché sia il prestatore di servizi di pagamento del pagatore sia il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario siano situati all'interno dell'Unione europea. Le norme si applicheranno inoltre alle operazioni di pagamento, qualsiasi sia la valuta, qualora almeno uno dei prestatori di servizi di pagamento sia situato all'interno dell'Unione, limitatamente alle parti di pagamento effettuate all'interno della stessa.

A tale ultimo riguardo, occorre segnalare come il legislatore italiano, in un'ottica di maggior tutela per la clientela, avesse già esteso in sede di recepimento della PSD l'obbligo di osservanza delle disposizioni in materia di trasparenza alle operazioni *one-leg*<sup>256</sup>.

In generale, le norme contenute nel Titolo III della direttiva sono indirizzate a rendere edotto il cliente delle condizioni contrattuali predisposte dai prestatori di servizi di pagamento, in modo da permettere a

---

<sup>256</sup> Cfr. art. 2, comma 3, d.lg. 27 gennaio 2010, n. 11.

costui, prima della stipula del contratto, di valutare le differenti offerte e fare scelte con cognizione di causa.

Non solo. Nell'impianto della direttiva, nonostante l'opinione contraria di alcuni autori che rinvergono nel Titolo III soltanto la suddetta finalità di comparabilità e trasparenza, è possibile scorgere anche il perseguimento, da parte del legislatore comunitario, di un – seppur limitato - riequilibrio delle posizioni negoziali a tutela del contraente debole<sup>257</sup>.

Gli obblighi informativi e di trasparenza previsti dalla direttiva, infatti, svolgono una funzione di garanzia del cliente contro le cd. «sorprese negoziali» ad un duplice livello. Al momento della formazione del contratto, in quanto il PSP è vincolato a rispettare le condizioni preventivamente pubblicizzate; nella fase esecutiva, in quanto il PSP non solo non può rifiutarsi di applicare le condizioni pubblicizzate ma è anche obbligato ad erogare il servizio così come descritto, non potendo rifiutare la prestazione<sup>258</sup>.

La sussistenza di entrambe le funzioni, quella di garantire la trasparenza sulle condizioni contrattuali e permettere la confrontabilità dell'offerta commerciale e quella di tutela del contraente debole, si coglie

---

<sup>257</sup> Dello stesso avviso M. RISPOLI FARINA, A. SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 79. *Contra* G. GIMIGLIANO, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 78 ss. secondo la quale non appartiene alla nozione di trasparenza accolta dalla Direttiva l'esigenza del contraente debole.

<sup>258</sup> Sul punto cfr. M. RISPOLI FARINA, A. SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 79.

particolarmente nella disciplina relativa ai cd. «contratti quadro» di cui si parlerà nel prossimo paragrafo.

### **3. Definizione del contratto quadro. Contenuti e funzione.**

Come anticipato in precedenza, la «confusa» struttura della PSD2 in tema di trasparenza<sup>259</sup>, disciplina sia le operazioni di pagamento che si svolgono nell'ambito di un contratto quadro, sia le singole operazioni di pagamento che possono essere disposte anche in assenza di una precedente relazione contrattuale fra le parti<sup>260</sup>.

La *ratio* alla base della distinzione risiede nel fatto che le operazioni disposte sulla base di un contratto sono di gran lunga più comuni ed economicamente rilevanti delle operazioni di pagamento singole e pertanto appare opportuno prevedere degli obblighi informativi differenziati.

Sulla scorta di tali considerazioni, la direttiva prevede che i requisiti di informazione preventiva sui contratti quadro siano ampi e che le informazioni siano sempre fornite su supporto durevole<sup>261</sup>, mentre, nel caso di singole operazioni di pagamento, limita l'obbligo informativo del PSP alle «informazioni essenziali»<sup>262</sup>.

---

<sup>259</sup> V. D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 201-202, secondo la quale, nonostante la distinzione contenuta nel Titolo III della PSD (rimasto pressoché invariato nella PSD2) fra operazioni di pagamento singole e contratti quadro possa ingenerare confusione nell'interprete, la struttura «*is not complicated as it seems to be at the beginning; indeed, the core provisions of PSD in the third Title govern the "framework contract"*».

<sup>260</sup> La distinzione è stata introdotta per la prima volta dalla PSD. Tale categorizzazione infatti, non esisteva né nella direttiva 97/5/CE, né nella raccomandazione 97/489/CE né nelle precedenti iniziative della Comunità europea che si riferivano solamente alle singole operazioni di pagamento.

<sup>261</sup> Cfr. *considerando* 57, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>262</sup> Cfr. *considerando* 58, direttiva 2366/2015/UE.

L' art. 4, paragrafo 21, PSD2 definisce il «contratto quadro», come «un contratto di servizi di pagamento che disciplina la futura esecuzione delle operazioni di pagamento individuali e successive e che può comportare l'obbligo di aprire un conto di pagamento e le relative condizioni»<sup>263</sup>.

La definizione consente alcune riflessioni.

In primo luogo, la stipula di un contratto quadro non richiede necessariamente all'utente l'apertura di un conto di pagamento. Tuttavia, non appare revocabile in dubbio che nella prassi operativa il conto di pagamento rappresenti l'elemento centrale del contratto quadro e che le relative disposizioni contrattuali contribuiranno sostanzialmente a fornire ai servizi di pagamento il loro quadro regolamentare operativo<sup>264</sup>.

---

<sup>263</sup> La definizione ricalca, in larga parte, quella di «accordo iniziale di servizio» già contenuta nel considerando 17 della direttiva 2002/65/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, concernente la commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori. Una differenza può tuttavia essere rinvenuta nel fatto che la direttiva 2002/65/CE, a differenza della PSD2, si applica soltanto al «primo» contratto e non ricomprenda invece le successive operazioni di pagamento ed i successivi contratti. Cfr. G. ALPA, *New perspectives in the protection of consumer: a general overview and some criticism on financial services*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 729.

<sup>264</sup> Per una dettagliata analisi delle problematiche legali connesse al contratto di conto di pagamento nella prospettiva comunitaria, seppur nel contesto precedente all'emanazione della PSD v. G. GEVA, *Bank collections and payment transactions, comparative study of legal aspects*, Oxford, 2001, p.25. Sulla disciplina del conto di pagamento recepita recentemente con d.lg. 15 marzo 2017, n. 37 v. S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina nazionale dei "conti di pagamento" alla luce dell'armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 787 ss.. Sulle problematiche sollevate dal conto di pagamento e dalla posizione contrattuale del prestatore del servizio e del cliente v. SANTORO, *I servizi di pagamento*, in *Ianus*, 2012, p. 9 ss.; V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 25 ss. Sulla scelta del legislatore comunitario di elaborare un modello contrattuale unitario del conto di pagamento al fine di assicurare una piena integrazione dei mercati v. M. BUSSANI, M.

All'interno del «tracciato regolamentare» definito dal contratto quadro disciplinante anche il conto di pagamento, l'utente di servizi di pagamento può infatti svolgere le proprie operazioni di prelievo o deposito di fondi ovvero disporre altre attività che andranno a costituire le «operazioni di pagamento individuali e successive» indicate nella definizione. L'apertura di un conto di pagamento rappresenta pertanto un elemento naturale, anche se non necessario, della figura contrattuale tipizzata dal legislatore.

Se dunque il contratto quadro non comporta necessariamente l'apertura di un conto di pagamento, altrettanto non può dirsi per il contrario in quanto, laddove esista un conto di pagamento, la provvista ivi presente (sia essa costituita dall'utente ovvero accreditata dal PSP) è finalizzata all'esecuzione di operazioni di pagamento che dovranno essere disposte secondo le condizioni predeterminate nel contratto quadro concluso a monte<sup>265</sup>.

Il conto di pagamento infatti, è un contratto di durata comprendente un programma di esecuzione continuata di servizi di pagamento e che mostra, nella sostanza, la medesima struttura propria del conto corrente bancario<sup>266</sup> di cui all'art. 1852 cc<sup>267</sup>. Qualora vi sia l'apertura di un conto di pagamento,

---

INFANTINO, *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, p. 21 ss.; M. BARCELLONA, *Per un codice civile europeo*, in M. MELI, M. R. MAUGERI (a cura di) *Armonizzazione del diritto privato europeo. Il Piano d'azione 2003*, Milano, 2004, 175 ss.; M. PERASSI, *Armonizzazione e contratti bancari*, in F. CAFAGGI (a cura di) *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2004, 159 ss.

<sup>265</sup> E. COCCHI, Sub. Art. 126-quinquies, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2264.

<sup>266</sup> Da notare come, qualora tra banca e cliente intercorra già un rapporto di conto corrente, questo assumerà anche la veste di contratto quadro rispetto alle operazioni di pagamento disposte dallo stesso. Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. h, del Provvedimento Banca d'Italia di attuazione del Titolo II del d.lg. 11/2010 infatti, «rientra nella nozione di conto di pagamento il conto corrente bancario o postale nei limiti in cui venga utilizzato per operazioni di pagamento».

<sup>267</sup> Cfr. V. SANTORO, *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime*

sarà dunque il contratto di conto di pagamento a svolgere la funzione di contratto quadro, provvedendo a disciplinare le future operazioni di pagamento che sullo stesso andranno ad insistere.

Il secondo elemento necessario e caratterizzante il contratto quadro è rappresentato dalla predeterminazione della successiva attività negoziale delle parti, non potendosi questo limitare a disciplinarne solo una singola.

In tal senso, in riferimento a tali contratti, è frequente in dottrina il richiamo alla figura dell'accordo (o contratto) normativo<sup>268</sup>, attraverso il quale due o più parti disciplinano per il futuro una serie indefinita di rapporti giuridici<sup>269</sup>.

---

riflessioni, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 33, il quale analizza le caratteristiche comuni e le differenze del conto di pagamento detenuto presso un istituto di pagamento e il conto corrente bancario con particolare riferimento alla «disponibilità» ed al «collegamento negoziale con altri contratti mediante i quali il cliente fa provvista».

<sup>268</sup> V. *inter alia*, M. RISPOLI FARINA, A. SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 80.

<sup>269</sup> Sul contratto normativo nella giurisprudenza di legittimità cfr. *ex multis* Cass. 18 dicembre 1981, n. 6720, in *Rep. Foro italiano*, 1981, v. *Contratto in genere*, c. 615, n. 69; Cass., 20 settembre 2012, n. 15934, in *Giustizia civile*, 2013, I, p. 1811 ss.. La dottrina si è occupata spesso della natura di tale schema contrattuale e della collocazione di tale figura nell'ambito delle fonti del diritto. Al riguardo, cfr. G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969; L. CARIOTA FERRARA, *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Arch. Giur.*, 1937, XXXIV, ora in ID., *Scritti Minori*, Napoli, 1986, p. 144; G. GITTI, *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994; ID., *Appunti sull' «accordo normativo»*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 2, p. 249 ss.; A. ORESTANO, *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000. Più di recente F. D'ARCANGELO, *Il contratto normativo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 1, p. 62 ss. Infine, sul contratto quadro come categoria frutto dell'elaborazione dottrinale, cfr. R. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1998, p. 7.

Normalmente, infatti, per accordo normativo si intende quel contratto avente funzione di programmazione della futura attività negoziale, con il quale le parti predeterminano determinati aspetti dei singoli successivi contratti che verranno stipulati fra loro, senza la necessità di intraprendere nuovamente complesse trattative negoziali. Un negozio, dunque, privo di una propria efficacia dispositiva diretta, rimettendo il comando negoziale ai successivi negozi che le parti decideranno di stipulare in seguito.

Ultimo elemento caratterizzante il contratto quadro è rappresentato dal fatto che questo si presenta, almeno nella generalità dei casi, nella forma del cd. contratto per adesione (predisposto unilateralmente dal professionista), di fronte al quale la parte si trova *sic et simpliciter* ad aderire apponendo la propria firma (eventualmente digitale) al documento, senza che gli sia possibile instaurare alcuna trattativa<sup>270</sup>.

Alle disposizioni contenute all'interno del contratto quadro, in quanto predisposte unilateralmente, sarà pertanto applicabile il canone ermeneutico previsto dall'art. 1370 c.c. secondo il quale, in caso di dubbio, queste si interpretano in favore del cliente e a sfavore del (predisponente) prestatore di servizi di pagamento.

---

<sup>270</sup> V. sul punto D. ACHILLE e S. CHERTI, *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 85 ss.; C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2° ed., Milano, 2000, p. 342 ss.; V. RIZZO, *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 197 ss.; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, 2° ed, Torino, 2010, p. 19; R. CALVO, *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, XXXIV, Padova, 2005, p. 70 ss.; P. F. GIUGGIOLI, *Il contratto del consumatore*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, IV, Torino, 2012, p. 80 ss.; P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Condizioni generali di contratto*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2010, p. 801 ss. (ove ampi riferimenti di giurisprudenza).



Nel caso poi in cui il cliente rivesta anche la qualifica di consumatore, egli potrà beneficiare anche delle norme di protezione previste dal codice del consumo, con specifico riferimento alla disciplina relativa alle clausole vessatorie<sup>271</sup>.

#### **4. L'ambito di applicazione soggettivo e la «divaricazione disciplinare» tra contratti B2B e B2C.**

La previsione nella PSD2 di una normativa in materia di trasparenza nasce dalla necessità di bilanciare il disequilibrio che sovente caratterizza i rapporti che si instaurano fra i contraenti di servizi di pagamento. Si tratta

---

<sup>271</sup> In tema di clausole vessatorie, con specifico riferimento ai contratti bancari v. P. SIRENA, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, fasc. 3, 1, pp. 354-387; E. GRANATA, *Contratti bancari e clausole vessatorie alla luce della legge 52/96*, in *Bancaria*, 1996, fasc. 9, pp. 56-66; G. ROMAGNOLI, *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari. Relazione alla "Giornata di studio sulla nuova disciplina delle clausole vessatorie" organizzata dal "Centro di studi economici e giuridici", Rovigo, 24 gennaio 1998* in *Giurisprudenza commerciale*, 1998, fasc. 3, 1, pp. 396-411; R. E. ARENA, *La Direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giurisprudenza di merito*, 1998, fasc. 1, 4, pp. 156-170; A. PALMIERI, P. LAGHEZZA, *Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza. Nota a Trib. Roma 21 gennaio 2000 ord. Trib. Palermo 10 gennaio 2000*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 6, 1, pp. 2046-2065; V. BUONOCORE, *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Nota a Trib. di Roma 21 gennaio 2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, fasc. 3, 2, pp. 237-247; G. ALPA, *La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, fasc. 2, pp. 783-822; G. ALPA, *Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori (sintesi della relazione). Relazione al Convegno "La disciplina civilistica dei contratti di investimento", Milano, 22 maggio 2009*, in *Rivista di diritto privato*, 2009, fasc. 3, pp. 9-14.

infatti di un settore in cui, parimenti a quanto avviene per gli altri prodotti offerti nel mercato bancario e finanziario<sup>272</sup>, l'utente si trova in una posizione di significativa debolezza dovuta alla natura particolarmente tecnica dell'operazione finanziaria «cui risulta possibile rimediare soltanto fissando a priori quelle che saranno le regole del gioco»<sup>273</sup>

Affinché vengano riequilibrare le rispettive posizioni, è fondamentale pertanto che lo stesso possa contare su un elevato bagaglio di informazioni qualitative e quantitative<sup>274</sup>.

L'ambito soggettivo della disciplina di trasparenza è disciplinato dall'art. 38 PSD2 (già art. 30 PSD)<sup>275</sup> ai sensi del quale le disposizioni contenute al Titolo III si applicano, qualunque veste abbia il cliente, alle operazioni di pagamento singole, ai contratti quadro e alle operazioni di pagamento da essi contemplate.

Tuttavia, mentre alcune sono sempre inderogabili, altre lo sono soltanto se l'utente di servizi di pagamento è un consumatore<sup>276</sup>. Agli Stati membri

---

<sup>272</sup> Con riferimento alla materia dei servizi finanziari in generale si è rilevato come, rispetto ad altri settori, le «informazioni sono di centrale importanza per una ragione aggiuntiva. Dati e notizie servono non solo per il corretto instaurarsi del rapporto contrattuale fra fornitore e consumatore (funzione “privatistica”). Le informazioni sono utili anche per assicurare il buon funzionamento dei mercati finanziari (funzione “pubblicistica”). Esse consentono che vengano effettuate consapevoli scelte d'investimento e rafforzano dunque la fiducia dei consumatori nell'efficienza dei mercati. (V. SANGIOVANNI, *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Diritto dell'internet*, 2009, p. 401.

<sup>273</sup> B. PIACENTINI, *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, 3, p. 358.

<sup>274</sup> Cfr. il *considerando* 54 PSD2, secondo il quale «per poter fare scelte con cognizione di causa ed essere in grado di scegliere liberamente in tutta l'Unione, tutti gli utenti dovrebbero [...] ricevere informazioni chiare e di qualità elevata sui servizi di pagamento».

<sup>275</sup> L'articolo è stato recepito nell'ordinamento italiano all'art. 126-bis t.u.b.

<sup>276</sup> Cfr. art. 4, paragrafo 10, direttiva 2366/2015/UE ai sensi del quale per «utente di servizi di pagamento» si intende genericamente ogni «persona fisica o giuridica che si

---

avvale di un servizio di pagamento in qualità di pagatore, di beneficiario o di entrambi». la definizione di consumatore, contenuta nel paragrafo 2 del medesimo articolo, è invece più «stretta» ricomprendendo esclusivamente le persone «fisiche» che, «nei contratti di servizi di pagamento contemplati dalla presente direttiva, [agiscono] per scopi estranei all' [...] attività commerciale o professionale». Da notare come la definizione di consumatore ricalchi sostanzialmente la definizione contenuta all'art. 3 cod. cons.. Sulla definizione di consumatore v. L. MEZZASOMA, *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.; S. KIRSCHEN, *Art. 3*, in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 48 ss; C. MONTELEONE, *Art.3. Definizioni*, in AA. VV., *Codice del consumo. Commento al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, p. 25 ss.; E. CAPOBIANCO, *Art. 3*, in ID. e G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 16 ss; G. GHINÈ, *Art. 3*, in V. CUFFARO (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2012, p. 8 ss. In giurisprudenza, Trib. Torino, 4 giugno 2010, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2, 2010, p. 610; Cass., 9 giugno 2011, n. 12685, in *Guida al diritto*, 2011, n. 27, p. 42.

viene inoltre lasciata la possibilità – sfruttata dal legislatore italiano sin dal recepimento della «prima» PSD<sup>277</sup> – di parificare al consumatore la microimpresa<sup>278</sup>.

Il bisogno di tutela della microimpresa appare infatti paragonabile al consumatore soprattutto nel settore finanziario (e specificatamente in quello dei pagamenti) in cui la «specifica incompetenza finanziaria»<sup>279</sup> caratterizzate una realtà imprenditoriale quantitativamente e qualitativamente «piccola» la rende particolarmente vulnerabile nei confronti dell'intermediario, soggetto forte della relazione contrattuale<sup>280</sup>.

---

<sup>277</sup> La possibilità per gli Stati membri di estendere il regime informativo previsto per i consumatori anche alle microimprese non richiedeva, in realtà, una specifica autorizzazione da parte del legislatore europeo. Trattandosi di opzione concernente il perimetro soggettivo delle norme infatti, gli Stati membri avrebbero potuto ampliare l'efficacia delle norme derogabili anche per altre categorie di soggetti (si pensi ad esempio alle *small charities*, alle quali il legislatore inglese ha esteso la normativa di maggior tutela in sede di trasposizione della PSD) ovvero indistintamente a tutti i soggetti. L'esercizio di un tale potere non sembrerebbe infatti contrastare con la finalità di armonizzazione massima della direttiva, in quanto «l'uniformità di regole non può basarsi su norme derogabili. In quest'ottica, allora, l'esplicito riferimento della PSD alle microimprese assume essenzialmente un valore propulsivo: è un'esortazione del legislatore comunitario a favore dell'equiparazione». Cfr. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 97.

<sup>278</sup> Per «microimpresa» si intende un'impresa che occupa meno di 10 addetti e realizza un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro, cfr. Art. 2, paragrafo 3, dell'allegato alla Raccomandazione della Commissione, del 6 maggio 2003, relativa alla definizione delle microimprese, n.361.

<sup>279</sup> S. PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 467.

<sup>280</sup> D'altra parte, è da tempo che la migliore dottrina segnala come esistano consumatori che non sono contraenti deboli e contraenti deboli che non sono consumatori. Sul punto, P. PERLINGIERI, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Rivista giuridica del*

In tutti i casi in cui il cliente non è un consumatore o una microimpresa, le parti possono dunque accordarsi per disapplicare in tutto o in parte la normativa in parola, con il nuovo limite rappresentato dal rispetto del fatto che la diversa disciplina pattizia eventualmente convenuta non può contrastare con quanto previsto dal regolamento 751/2015/UE relativo alle commissioni interbancarie applicabili alle operazioni di pagamento basate su carta<sup>281</sup>.

Il risultato è la creazione di un quadro di riferimento piuttosto frastagliato, scomposto in un articolato tripartito<sup>282</sup>.

In primo luogo, la direttiva estende il proprio ambito di applicazione a tutti i clienti, a prescindere dunque dalla loro qualifica soggettiva, realizzando un'armonizzazione *de minimis* rispetto agli obblighi informativi e le regole contrattuali. La scelta di estendere l'applicazione della direttiva a tutte le tipologie di clienti e a tutte le tipologie di operazioni, a prescindere

---

*Molise e del Sannio*, 1995, p. 99. ID., *Relazione conclusiva*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Atti del Convegno di studi in onore del Prof. Carmelo Lazzara*, Catania, 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, p. 854; ID., *Conclusioni*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva Cee 93/13*, Napoli, 2013, p.175 ss.

<sup>281</sup> Tale è stato ribadito in sede di recepimento anche dal legislatore italiano il quale, novellando il comma 3 dell'art. 126-bis, ha aggiunto alla fine, il seguente periodo: «Resta fermo in ogni caso quanto stabilito dal Regolamento (UE) 2015/751». Sul punto cfr. F. RONCAGLIA, M. SEPE, *Art. 26-bis*, F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2247. Sui profili di trasparenza delle operazioni nel nuovo regolamento europeo relativo alle commissioni interbancarie nelle operazioni di pagamento basate su carte di pagamento v. S. MEZZACAPO, *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di "pagamenti basati su carte", tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, 3, p. 516 ss.

<sup>282</sup> V. *ex multis* V. ROPPO, *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 20019, 267 ss.

ovvero dal loro ammontare, non è di poco momento ed è stata frutto del difficile percorso che ha portato all'approvazione della prima PSD<sup>283</sup>.

La proposta di direttiva<sup>284</sup> riguardava infatti il mercato *retail* (forse in modo più specifico di quanto non faccia ora la PSD2) ed aveva conseguentemente ad oggetto i soli servizi di pagamento per importi non superiori a cinquantamila euro<sup>285</sup>. Il testo definitivo della PSD, ha visto tuttavia scomparire tale limite producendo l'effetto sostanziale, nonostante sia rimasto fermo (anche nella PSD2) il riferimento al mercato dei pagamenti al dettaglio<sup>286</sup>, di regolamentare «trasversalmente tutti i servizi di pagamento»<sup>287</sup>.

Lo scopo primario della direttiva (almeno per quanto riguarda le norme contenute nei Titoli III e IV) è dunque quello di prevedere una disciplina armonizzata, seppur di tipo contrattuale, applicabile a tutte le tipologie di

---

<sup>283</sup> Per una ricostruzione dell'evoluzione tecnologica e normativa dei servizi di pagamento, sino all'adozione della *Payment services directive* v. *intra* Cap. I.

<sup>284</sup> Cfr. Art. 2, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno e recante modifica delle direttiva 97/7/CE, 2000/12/CE e 2002/65/CE del 1° dicembre 2005, COM(2005) 603 def.

<sup>285</sup> V. O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 395; S. PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 467.

<sup>286</sup> Cfr. *consideranda* 1 e 3, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>287</sup> O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della single euro payments area (Sepa)*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 55. V. anche ID, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 395.

clientela, tanto che per la sua disapplicazione, nel caso di clienti *corporate*<sup>288</sup>, sarà necessaria una specifica pattuizione di segno differente.

In secondo luogo, la direttiva prevede delle norme in «ogni caso» inderogabili, ovvero a prescindere dalla natura soggettiva del cliente, volte a innalzare complessivamente la qualità e la competitività del mercato dei servizi di pagamento<sup>289</sup>.

All'interno di tale «zoccolo duro di protezione»<sup>290</sup> contenuto nel titolo quarto, rubricato «diritti e obblighi relativi alla prestazione e all'uso di servizi di pagamento», fanno eccezione le sole nove norme (art. 62, paragrafo 1, articolo 64, paragrafo 3, gli articoli 71, 72, 74, 76, 77, 80 e 89) tassativamente elencate dall'art. 61 PSD2, le quali, così come le disposizioni contenute all'interno Titolo III, potranno essere disapplicate pattiziamente qualora il cliente non sia consumatore.

Fra le norme inderogabili spiccano in primo luogo i nuovi artt. 65-67, i quali disciplinano i nuovi servizi di *fund checking* (art. 65), di disposizione di ordini di pagamento (art. 66) e di informazione sui conti (art. 67)<sup>291</sup>. Le disposizioni, semplificandone struttura e portata, mirano da un lato a consentire l'accesso dei nuovi prestatori ai conti di pagamento (e ciò a prescindere da una relazione contrattuale fra questi e il prestatore del servizio di radicamento del conto), dall'altro a regolamentare diritti e obblighi delle parti coinvolte nella prestazione di tale servizio.

---

<sup>288</sup> L'eventuale appartenenza del cliente alla categoria dei consumatori/microimprese deve essere appurata dall'intermediario prima della conclusione del contratto. Cfr. il paragrafo 1.2. delle disposizioni della Banca d'Italia sulla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari».

<sup>289</sup> Cfr. in particolare i *consideranda* 6, 65, 85.

<sup>290</sup> L'espressione è di B. SZEGO, Sub *art. 126 septies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 567 ss.

<sup>291</sup> Sulla natura e la disciplina di tali nuovi servizi introdotti dalla direttiva v. *intra*.

Parimenti significative appaiono inoltre le disposizioni di cui all'art. 83 PSD2, che stabilisce in una giornata operativa (ovvero in due se disposta su supporto cartaceo) il tempo massimo di esecuzione di un'operazione di pagamento<sup>292</sup>, e all'art. 87 PSD2, che garantisce al beneficiario l'immediata messa a disposizione dell'importo a lui destinato con l'indicazione della relativa data valuta, non appena il suo prestatore di servizi di pagamento abbia ricevuto i fondi.

Dagli esempi suesposti appare evidente come il tratto comune di tutte le norme «inderogabili» contenute nel Titolo IV sia rappresentato dalla loro funzione tesa a modernizzare e razionalizzare la disciplina dei servizi di pagamento e pertanto ad innalzare il livello generale di efficienza del comparto e favorire una maggiore diffusione dei nuovi strumenti di pagamento fra il pubblico.

Infine, vi sono le norme la cui applicazione può derogarsi quando il cliente non sia un consumatore o una microimpresa, ovvero come si è visto quelle contenute all'interno Titolo III (per espressa previsione dell'art. 38) e quelle elencate all'art. 61 PSD2<sup>293</sup>.

La ripartizione fra norme applicabili a tutte le categorie di contratti e quelle ad appannaggio dei soli consumatori, appartiene da tempo alla «nomenclatura lessicale del legislatore europeo»<sup>294</sup>. Si pensi ad esempio alla

---

<sup>292</sup> Fino al 1° gennaio 2012 al pagatore era data la possibilità di concordare con il proprio intermediario un termine maggiore, comunque non superiore a tre giornate lavorative.

<sup>293</sup> V. *considerando* 53 PSD2 secondo il quale «dato che i consumatori e le imprese non si trovano nella stessa posizione, non necessitano dello stesso livello di protezione. Mentre è importante garantire i diritti dei consumatori con disposizioni a cui non si può derogare per contratto, è ragionevole consentire alle imprese e alle organizzazioni di stabilire diversamente quando non hanno a che fare con i consumatori».

<sup>294</sup> S. PAGLIANTINI, *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 459.



cd. direttiva MiFID II<sup>295</sup>, dove l'idea di una differenziazione del trattamento informativo collegata al livello di «educazione finanziaria» del cliente e dunque al più o meno elevato livello di asimmetria informativa dello stesso rispetto all'impresa di investimento, caratterizza l'intera disciplina di protezione.

Nonostante ciò, tale previsione ha suscitato critiche da una parte della dottrina che le imputa la creazione di un'inopportuna «divaricazione disciplinare»<sup>296</sup>, di un «doppio binario» che mina l'unitarietà della disciplina<sup>297</sup>.

In particolare, è stato messo in risalto come la scelta (opportuna) del legislatore di estendere a tutti i clienti il quadro giuridico della direttiva sia di fatto depotenziata dalla presenza di numerose ed importanti disposizioni inderogabili a favore dei soli consumatori che conduce, nella pratica, alla creazione di una disciplina sostanzialmente differente nei rapporti

---

<sup>295</sup> Direttiva 2014/65/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 15 maggio 2014, relativa ai mercati degli strumenti finanziari e che modifica la direttiva 2002/92/CE e la direttiva 2011/61/UE. In materia si veda V. TROIANO, R. MOTRONI (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, Padova, 2016; G. RISSO, *"Consulenza in materia di investimenti" e tutela dell'investitore nella direttiva MiFID: tra armonizzazione europea e soluzioni interpretative nazionali. Commento a Dir. CE 2004/39*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2014, fasc. 2, pp. 807-831; I. COPPOLA, *"Markets in Financial Instruments Directive" (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento*, in *Rivista di diritto privato*, 2017, fasc. 2, pp. 113-125.

<sup>296</sup> O. TROIANO, *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della single euro payments area (Sepa)*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 53-57.

<sup>297</sup> O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 395.

professionali: ove infatti le norme sono derogabili, la concreta regolamentazione del rapporto viene rimessa di fatto alla *lex mercatoria*<sup>298</sup>.

Il rischio è che, non mettendo opportuni presidi al ruolo di *law making* svolto dal prestatore di servizi di pagamento (il quale predispone anche i regolamenti contrattuali), riemergano nei rapporti fra professionisti quelle clausole contrattuali penalizzanti che sono invece fortemente combattute sul versante dei consumatori.

A differenza del consumatore il quale, oltre alle inderogabili norme di protezione predisposte in suo favore dalla direttiva, può beneficiare anche della disciplina in tema di clausole abusive, i clienti cd. *corporate* saranno esposti al potere contrattuale del prestatore di servizi di pagamento a cui la PSD2 continua a riconoscere la possibilità di intervenire contrattualmente anche sugli aspetti più delicati della relazione, ovvero quelli relativi all'inadempimento e agli ordini non autorizzati<sup>299</sup>.

In questa ottica, la riproposizione nella PSD2 della stessa logica «bipartita» presente nella PSD, rappresenta un'occasione mancata per il legislatore comunitario che avrebbe potuto prevedere delle regole, seppur differenziate e di minor tutela rispetto a quelle previste per i consumatori, applicabili inderogabilmente anche alle transazioni *Business to Business*.

---

<sup>298</sup> Sul punto v. A. SCIARRONE ALIBRANDI, *Le regole contrattuali*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 98; V. ROPPO, *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 287 ss.

<sup>299</sup> Si veda sul punto O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 395-396 il quale sottolinea la sensibile differenza tra l'intervento legislativo europeo e quello statunitense, segnalando tuttavia come «l'approccio differenziato seguito oltreoceano non sembra aver sortito grandi vantaggi per la clientela *business*».

## 5. Gli obblighi informativi precontrattuali ed in corso di rapporto.

Come si è già detto in precedenza, la primaria funzione del contratto quadro è quella di permettere al cliente, soggetto che non ha partecipato alla predisposizione del contratto, la conoscenza (*rectius* conoscibilità) del contenuto dei contratti che saranno successivamente stipulati fra le parti.

Tale funzione viene assicurata, in primo luogo, attraverso la previsione di obblighi informativi di tipo precontrattuale (trasparenza *ex ante*).

A tale scopo l'art. 51 PSD2 prevede che il PSP sia tenuto a fornire al cliente, «in tempo utile prima che sia vincolato», le informazioni e le condizioni elencate al successivo art. 52 PSD2 (art. 126-quater T.U.B.).

Le informazioni precontrattuali che devono essere fornite, ai sensi dell'art. 52 PSD2, possono essere distinte in sette categorie: a) informazioni concernenti il prestatore di servizi di pagamento (identificazione dello stesso, modalità di contatto, localizzazione geografica, indicazione della Banca d'Italia come competente autorità di controllo, gli estremi utili ad identificarlo nel registro di pubblica autorizzazione); b) informazioni relative all'utilizzo del servizio di pagamento (descrizione delle caratteristiche principali, informazioni necessarie per la corretta esecuzione dell'ordine di pagamento, forma e procedura per dare o revocare il consenso alle operazioni di pagamento<sup>300</sup>, specificazione del momento in cui un ordine di pagamento si considera ricevuto, il tempo massimo di esecuzione dei servizi di pagamento, eventuale possibilità di concordare limiti di spesa per l'uso di un determinato strumento, i diritti del cliente previsti dall'art. 8

---

<sup>300</sup> Nonostante l'art. 52 PSD2 non lo preveda espressamente, si ritiene che all'interno della definizione di operazione di pagamento debbano essere ricompresi anche i casi di disposizioni di ordini di pagamento. Pertanto, nel caso in cui il cliente utilizzi un servizio di disposizione di ordini di pagamento anche il PISP sarà tenuto comunicare all'utente, prima della conclusione del contratto, le modalità per revocare il proprio consenso.

del regolamento 2015/751/UE nel caso di strumenti di pagamento basati su carta multimarchio in *co-badging*<sup>301</sup>; c) informazioni riguardo le spese, i tassi di interesse e di cambio (un elenco completo di tutte le spese dovute dall'utente al prestatore incluse quelle relative agli obblighi informativi, le modalità di calcolo dei tassi di interesse e di cambio e le variazioni degli stessi); d) informazioni relative alle modalità di comunicazione tra utente e prestatore dei servizi di pagamento (i mezzi attraverso i quali avvengono le comunicazioni, modalità e frequenza delle stesse, lingua utilizzata, diritto dell'utente di richiedere in qualsiasi momento copia del contratto quadro e del documento di sintesi); e) informazioni riguardanti le misure di tutela e correttive (descrizione delle misure di sicurezza degli strumenti di pagamento, modalità di comunicazione del loro smarrimento, furto, appropriazione indebita e uso non autorizzato, diritti e obblighi delle parti in caso di operazioni di pagamento non autorizzate o non correttamente eseguite, la procedura sicura applicabile dall'intermediario per comunicare al cliente i rischi di frode nei pagamenti o di altri abusi); f) informazioni aventi ad oggetto le modifiche al contratto quadro e il diritto di recesso (presunzione di accettazione delle modifiche contrattuali in mancanza di rifiuto entro un certo termine, durata del contratto e diritto di recesso); g) informazioni sui reclami e ricorsi (diritto applicabile e giurisdizione competente, diritto del cliente di presentare reclamo all'intermediario, diritto del cliente di presentare esposti alla Banca d'Italia e all'Arbitro Bancario e Finanziario; sanzioni amministrative applicabili).

Dette informazioni devono essere espresse in «termini di facile comprensione» e «in forma chiara e leggibile», in una lingua ufficiale dello

---

<sup>301</sup> Ai sensi dell'art. 2, paragrafo 31, Regolamento 751/2015/UE, per «multimarchio in *co-badging*» si intende l'inclusione «di due o più marchi di pagamento o di due o più applicazioni di pagamento dello stesso marchio in uno stesso strumento di pagamento basato su carta».

Stato membro nel quale viene prestato il servizio di pagamento o in qualsiasi altra lingua convenuta dalle parti<sup>302</sup>.

La normativa comunitaria, modulando i differenti obblighi informativi a seconda delle necessità dell'utente nelle diverse fasi della relazione contrattuale, prevede poi degli obblighi di informazione «successivi».

La PSD2 con due norme che potremmo definire simmetriche, disciplina infatti le informazioni da comunicarsi rispettivamente al pagatore<sup>303</sup> (art. 57

---

<sup>302</sup> Cfr. art. 51, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>303</sup> Dopo che una singola operazione di pagamento è stata addebitata sul conto del pagatore ovvero, qualora non venga utilizzato un conto di pagamento (ad es. nel caso di una rimessa di denaro), dopo la ricezione dell'ordine di pagamento, il PSP del pagatore è tenuto a fornire al pagatore, le seguenti informazioni: a) il nome del beneficiario nonché il numero di riferimento che consenta al pagatore di individuare l'operazione; b) l'importo dell'operazione; c) l'importo di tutte le spese relative all'operazione di pagamento e, se del caso, la suddivisione delle stesse o l'importo degli interessi che il pagatore deve corrispondere; d) il tasso di cambio utilizzato nell'operazione di pagamento dal prestatore di servizi di pagamento del pagatore e l'importo dell'operazione di pagamento dopo detta conversione in valuta; e) la data valuta dell'addebito o la data di ricezione dell'ordine di pagamento.

PSD2) e al beneficiario dopo ogni operazione di pagamento<sup>304</sup> (art. 58 PSD2)<sup>305</sup>.

Tali obblighi informativi, aventi ad oggetto le informazioni salienti relative all'operazione di pagamento appena disposta, rappresentano un importante strumento di garanzia dei diritti degli utenti in quanto consentono a questi di controllare la corrispondenza fra le condizioni concordate con il proprio prestatore (contenute nel contratto quadro) e quelle effettivamente applicate.

Da tale prospettiva è agevole comprendere la fondamentale importanza del contratto quadro che diviene così un importante strumento di tutela e garanzia per gli utenti di servizi di pagamento, anche nella fase di esecuzione delle singole operazioni.

È infatti attraverso il confronto tra i contenuti delle due informazioni, quella preventiva (contenuta nel foglio informativo che costituirà – solitamente - il frontespizio del contratto e rappresenterà parte integrante dello stesso) e quella successiva (di cui agli art. 57 e 58 PSD2) che il cliente potrà verificare se il prestatore in sede di esecuzione ha rispettato le intese contrattuali.

---

<sup>304</sup> Successivamente all'esecuzione di una operazione di pagamento singola, il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario è tenuto a fornire a quest'ultimo «senza indugio» le seguenti informazioni: a) un riferimento che consenta al beneficiario di individuare l'operazione di pagamento, le informazioni trasmesse con la stessa, nonché il pagatore; b) l'importo dell'operazione di pagamento nella valuta in cui avviene l'accredito sul conto di pagamento del beneficiario; c) l'importo di tutte le spese relative all'operazione di pagamento e, se del caso, la suddivisione delle stesse o l'importo degli interessi che il beneficiario deve corrispondere; d) se del caso, il tasso di cambio utilizzato per l'operazione di pagamento dal prestatore di servizi di pagamento del beneficiario e l'importo dell'operazione di pagamento prima di detta conversione in valuta; e) la data valuta dell'accredito.

<sup>305</sup> La disciplina è analoga a quella prevista dagli artt. 48 e 49, direttiva 2366/2015/UE in caso di «singole operazioni di pagamento».

Sia con riferimento agli obblighi informativi preventivi sia a quelli successivi, la PSD2 prevede una serie di esenzioni a favore del prestatore di servizi di pagamento.

Quanto alla prima ipotesi, l'art. 51, comma 2, prevede che, qualora il contratto quadro sia stato concluso utilizzando una tecnica di comunicazione a distanza che non consente la trasmissione di tutte le informazioni prima della conclusione del contratto, il prestatore di servizi di pagamento possa adempire ai propri obblighi informativi immediatamente dopo la conclusione del contratto quadro.

L'altra deroga, parimenti presente già nella PSD e riproposta nella PSD2, riguarda le informazioni che il prestatore (del pagatore o del beneficiario) è tenuto a fornire in seguito ad un'operazione di pagamento singola. Sia l'art. 57, commi 2 e 3, che l'art. 58, commi 2 e 3, consentono al cliente di richiedere che le informazioni siano fornite, invece che singolarmente, ovvero in occasione di ciascuna operazione, periodicamente, almeno una volta al mese.

A tale riguardo occorre segnalare come, rispetto alla precedente versioni di tali articoli nella PSD, la PSD2 introduce una differenziazione a seconda che le informazioni siano indirizzate al pagatore o al beneficiario.

Nel primo caso infatti, mentre la PSD lasciava la possibilità alle parti di scegliere se la trasmissione delle informazioni relative alle singole operazioni dovesse avvenire singolarmente o periodicamente (condizionando in tal modo la seconda opzione alla volontà del prestatore predisponente), la PSD2 prevede invece l'obbligo per il PSP di inserire una tale condizione all'interno del contratto quadro, lasciando così la scelta all'utente «pagatore» del servizio di pagamento<sup>306</sup>. Tali informazioni,

---

<sup>306</sup> Mentre l'art. 47 PSD prevedeva che il contratto quadro «potesse includere» una tale previsione, il «nuovo» art. 57 PSD2 dispone che il contratto quadro «include» la condizione secondo la quale «il pagatore può richiedere che le informazioni di cui al paragrafo 1 siano fornite o rese disponibili periodicamente almeno una volta al mese».

inoltre, dovranno adesso essere fornite a titolo gratuito e secondo le modalità convenute nel contratto.

Nel caso in cui il destinatario dell'informazione sia il beneficiario, al contrario, una tale possibilità viene rimessa alla volontà di entrambe le parti e l'art. 58 tace rispetto alla necessaria gratuità di un tale *report* informativo, il che fa ritenere che il PSP possa prevedere delle spese, allorché proporzionate ai costi effettivamente sostenuti, per la trasmissione dello stesso<sup>307</sup>.

### **5.1. Le modalità con cui le informazioni devono essere fornite. La definizione di supporto durevole alla luce della recente giurisprudenza europea.**

In primo luogo, una precisazione terminologica. Circa le modalità con cui le informazioni e i documenti sono da «fornire» o da «rendere disponibili», devono intendersi, conformemente alle definizioni già in uso per gli altri servizi bancari, «consegnati» quei documenti dati o trasmessi su iniziativa del PSP e «messi a disposizione» quelli che il cliente può ottenere dopo averli richiesti esplicitamente al PSP ovvero dopo averli prelevati direttamente (ad es. all'interno di un'agenzia del PSP ovvero dal sito *web* dello stesso).

Posta la rilevanza economica che stanno assumendo negli ultimi anni i servizi di pagamento elettronico, i quali sono spesso contrattati dai consumatori a distanza tramite *internet*, occorre spendere alcune considerazioni rispetto alla modalità con cui tali informazioni devono essere fornite quando non è possibile ricorrere ad un supporto cartaceo.

---

<sup>307</sup> In ogni caso, sia l'art. 57 che l'art. 58 PSD2 lasciano la possibilità agli Stati membri di imporre al prestatore di servizi di pagamento di fornire informazioni su supporto cartaceo o altro supporto durevole almeno una volta al mese, a titolo gratuito.



Considerando che l'informazione diffusa da talune tecnologie elettroniche ha spesso un carattere effimero, la direttiva prevede che tali informazioni debbano essere fornite su «supporto cartaceo o altro supporto durevole», al fine di permettere al cliente di ricevere e conservare le informazioni necessarie alla buona esecuzione del contratto per il tempo necessario alla protezione dei suoi interessi.

Il «supporto durevole» viene definito dall'art. 4, par. 35, come «ogni strumento che permetta all'utente del servizio di pagamento di conservare le informazioni che gli sono personalmente indirizzate in modo da potervi accedere in futuro per un periodo di tempo adeguato alle finalità cui esse sono destinate e che permetta la riproduzione identica delle informazioni memorizzate».

Alla luce della suddetta definizione devono ritenersi ricompresi tutti i supporti, materiali ed immateriali, che permettano all'utente di servizi di pagamento di conservare e riprodurre le informazioni contenute, quali ad es. i documenti cartacei, le unità flash USB, i CD-ROM, i DVD, le schede di memoria, i dischi rigidi del computer ed i messaggi di posta elettronica.

In particolare il «supporto durevole» dovrà possedere i seguenti quattro requisiti: 1) permettere la conservazione dell'informazione trasmessa personalmente al cliente; 2) consentire al cliente l'accesso alle informazioni in qualsiasi momento; 3) garantire la conservazione delle informazioni in esso contenute per un periodo di tempo idoneo a garantire la tutela degli interessi del cliente; 4) assicurare l'integrità delle informazioni ed in particolare la loro non modificabilità da parte del PSP.

Alla luce delle considerazioni appena effettuate non può essere considerato «supporto durevole» il rinvio operato attraverso collegamento ipertestuale a un sito *internet* dell'operatore commerciale, dal momento che tali informazioni non sono né «fornite» dal PSP né «ricevute» dal cliente e

che tale strumento non offre le garanzie di integrità ed accessibilità richieste invece dalla direttiva<sup>308</sup>.

Parimenti, se le informazioni negli estratti conto o nella casella di posta elettronica sul sito di *home banking* vengono memorizzate sul *server* della banca e il cliente deve entrare nell'area virtuale accedendo e quindi recuperando attivamente le informazioni, ciò non è sufficiente per considerarle fornite.

Come recentemente chiarito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea infatti, le informazioni trasmesse dal prestatore di servizi di pagamento all'utente di tali servizi a mezzo di una casella di posta elettronica integrata in un sito *internet* di servizi bancari *online*, possono essere considerate fornite su un supporto durevole soltanto ove ricorrano le seguenti due condizioni: 1) «che il sito internet permetta all'utente di memorizzare le informazioni a lui personalmente dirette in modo da potervi accedere e riprodurle in maniera identica, per un periodo di congrua durata, senza possibilità di alcuna modifica unilaterale del loro contenuto da parte del prestatore o da parte di altro professionista», e che, 2) qualora l'utente di servizi di pagamento sia obbligato a consultare il sito internet al fine di prendere conoscenza delle informazioni medesime, «la trasmissione di tali informazioni sia accompagnata da un comportamento attivo da parte del prestatore di servizi di pagamento, destinato a portare a conoscenza dell'utente l'esistenza e la disponibilità di tali informazioni sul sito internet».

Secondo la Corte di giustizia UE infatti, nel caso in cui l'utente di servizi di pagamento sia obbligato a consultare tale sito al fine di prendere conoscenza delle informazioni in questione, «queste ultime sono

---

<sup>308</sup> Sul punto cfr, nonostante la domanda di pronuncia pregiudiziale verta sull'interpretazione dell'articolo 5, paragrafo 1, della direttiva 97/7/CE, riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, Corte giust., 5 luglio 2012, c. 49/2011, Content Services Ltd. C. Bundesarbeitskammer, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, VI, p. 2061 ss.

semplicemente rese disponibili all'utente stesso, ai sensi dell'articolo 36, paragrafo 1, prima frase, della direttiva 2007/64, come modificata dalla direttiva 2009/111, qualora la trasmissione delle informazioni non sia accompagnata da tale comportamento attivo da parte del prestatore di servizi di pagamento»<sup>309</sup>.

Nel caso in cui il PSP volesse mettere le informazioni a disposizione dell'utente attraverso il proprio portale di *home banking* dovrà pertanto informare il cliente della presenza e della disponibilità di tali informazioni all'interno del proprio sito. Tale comunicazione, naturalmente, dovrà essere inviata attraverso un canale diverso dalla casella di posta elettronica presente all'interno del portale di *home banking*<sup>310</sup>.

## **6. Le modifiche unilaterali al contratto quadro alla luce della PSD2**

La PSD2 non disciplina espressamente le modalità di conclusione del contratto quadro di servizi di pagamento, rispettando le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri e lasciando conseguentemente il relativo compito ai legislatori nazionali. Tuttavia, prevede delle specifiche norme volte a regolamentare l'ipotesi in cui il contratto quadro, già perfezionatosi, sia oggetto di modifica unilaterale (*ius variandi*) da parte del prestatore di servizi di pagamento.

La disciplina, sensibilmente più scarna rispetto a quella relativa ai requisiti informativi di cui all'art. 44, è contenuta nell'art. 54 PSD2 (già art. 42 PSD), recepito nell'ordinamento italiano all'art. 126-sexies t.u.b..

---

<sup>309</sup> Corte giustizia UE, sez. III, 25 gennaio 2017, n. 375, in *Diritto & Giustizia*, 2017, 26 gennaio, con nota di G. MILZA.

<sup>310</sup> Sul punto v. G. GABASSI, S. LANGER, *Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento. Considerazioni distopiche tra il diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, p. 650 ss.

L'art. 54 PSD2 regola il potere di iniziativa del PSP relativamente a «qualsiasi modifica del contratto quadro nonché delle informazioni e delle condizioni di cui all'articolo 52»<sup>311</sup>, prevedendo che qualsiasi proposta di modifica sia comunicata all'utente con almeno due mesi di preavviso rispetto alla data di applicazione proposta<sup>312</sup>.

Precedentemente infatti, nella vigenza della PSD, il termine rispetto al quale conteggiare i due mesi di anticipo era quello concordato fra le parti e indicato all'interno del contratto quadro.

La PSD2 è intervenuta a sostituire il termine «prevista», in precedenza usato per indicare la data di applicazione delle modifiche proposte dal PSP, con quello di «proposta», chiarendo che il termine è quello indicato nella stessa proposta di modifica inoltrata dal prestatore e accordando maggiore certezza a questo aspetto della vicenda relativa alle modifiche unilaterali del contratto.

Alla luce delle novità introdotte dalla PSD2 la proposta di modifica dovrà pertanto contenere anche la specifica indicazione del termine per la sua entrata in vigore, ponendo così l'utente nella condizione di disporre di un

---

<sup>311</sup> Secondo V. PROFETA, *Art. 126-sexiex Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 554, rientra nella definizione di modifica «l'inserzione di clausole contrattuali del tutto nuove poiché volte a disciplinare anche la prestazione di nuovi servizi».

<sup>312</sup> L'art. 42 PSD2 prevede che, in deroga all'art. 54, il prestatore di servizi di pagamento sia esonerato dagli obblighi di informazione preliminare e successiva, nel caso di strumenti di pagamento che conformemente al pertinente contratto quadro riguardino operazioni di pagamento che non raggiungono una determinata soglia di valore. Tale esenzione, ritenuta dalla dottrina «di scarsa rilevanza», discende da una valutazione del legislatore europeo di tipo «costi-benefici», all'esito della quale lo stesso ha considerato «inefficiente» la prescrizione di obblighi di trasparenza. Cfr. G. GIMIGLIANO, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 89.

unico documento contenente tutte le condizioni ed i termini per decidere se accettare o, reagendo celermente all'iniziativa del PSP, rifiutare la proposta di modifica.

In ogni caso, condizione necessaria affinché si possa procedere alla modifica unilaterale delle condizioni contrattuali è che tale possibilità sia stata espressamente pattuita all'interno del contratto quadro originario. La direttiva, infatti, non attribuisce *ex lege* il cd. *ius variandi* ma, al contrario, fa derivare un tale diritto dall'esistenza di una specifica condizione contrattuale convenuta fra le parti.

Una simile soluzione interpretativa si ricava dalle disposizioni contenute nell'art. 52, n. 6, lett. a) e n. 3, lett. c) PSD2 che impongono al PSP, qualora volesse inserire una clausola di accettazione tacita delle modifiche contrattuali da lui proposte ovvero di immediata applicazione delle modifiche al tasso di interesse o di cambio di riferimento, di informare l'utente preventivamente<sup>313</sup> e secondo le modalità previste dall'art. 51 PSD2<sup>314</sup>.

---

<sup>313</sup> È possibile rinvenire un'ulteriore conferma della natura convenzionale dello *ius variandi* previsto dall'art. 54 PSD2 anche dalla lettura della relativa norma di recepimento, l'art. 126-sexies il quale, al secondo comma specifica come il contratto quadro «può prevedere», e non deve, che la modifica delle condizioni contrattuali «si [ritenga] accettata dall'utilizzatore a meno che questi non comunichi al prestatore di servizi di pagamento, prima della data indicata nella proposta per l'applicazione della modifica che non intende accettarla». Cfr. sul punto M. DE POLI, Sub. Art. 126-sexies, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2269 ss.; accoglie tale interpretazione anche V. PROFETA, Art. 126-sexies Tub, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 79.

<sup>314</sup> La comunicazione della proposta di modifica contrattuale dovrà avvenire pertanto su «supporto cartaceo o altro supporto durevole» e dovrà essere redatta «in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile, in una lingua ufficiale dello Stato membro nel quale viene prestato il servizio di pagamento o in qualsiasi altra lingua convenuta dalle parti». La disciplina italiana di recepimento rinvia alle modalità stabilite da Banca d'Italia:

Conseguentemente, qualora nel contratto quadro non sia contenuta una simile clausola, la «proposta» di modifica dello stesso non produrrà alcun effetto in assenza di un'accettazione espressa da parte dell'utente.

Nel caso in cui la clausola del silenzio-adesione non sia stata originariamente inserita all'interno del contratto quadro il prestatore di servizi di pagamento non potrà pertanto recuperare alla propria distrazione introducendo la clausola in oggetto nella proposta di modifica in quanto, come si vedrà meglio nel prosieguo, l'inserimento nella proposta dell'avviso che, in caso di inerzia del destinatario, la stessa si intende accettata serve solo a rammentare all'utente la regola già presente nel contratto quadro e non ad introdurre questa facoltà *ex novo*<sup>315</sup>.

La *ratio* della norma deve essere ricercata nella volontà del legislatore di tutelare l'utente di servizi di pagamento attraverso la procedimentalizzazione della modifica delle condizioni contrattuali da parte del prestatore.

A tal fine l'art. 54 PSD2, frutto della convinzione del legislatore europeo che la parte non professionale di un contratto non legga le condizioni contrattuali, impone al prestatore che intenda proporre una modifica contrattuale degli specifici obblighi informativi volti a ricordare all'utente gli effetti (già disciplinati nel contratto quadro) di un suo eventuale silenzio e ad evitare così che le nuove condizioni contrattuali, potenzialmente sfavorevoli per la parte debole della relazione contrattuale, vengano applicate senza che l'utente ne sia consapevole.

Così come nel precedente testo normativo, anche nella formulazione «aggiornata» dell'art. 54 PSD2 non si evince in maniera chiara se il legislatore abbia voluto riconoscere al prestatore di servizi di pagamento un

---

cfr il paragrafo 5.2. delle disposizioni della Banca d'Italia sulla «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari».

<sup>315</sup> M. DE POLI, Sub. *Art. 126-sexies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2269 ss.

vero e proprio diritto potestativo di modifica unilaterale del contratto, a fronte del quale l'utente avrebbe la sola facoltà, in caso di dissenso rispetto alle modifiche proposte, di recedere dal contratto senza oneri; ovvero abbia voluto semplicemente disciplinare una procedura di accettazione tacita della modifica del contratto di pagamento, qualificando il potere di iniziativa del prestatore come una «semplice» proposta di modifica la quale, per poter essere applicata, soggiacerebbe al necessario consenso dell'utente.

Le due soluzioni sono state oggetto di dibattito in dottrina<sup>316</sup>. Secondo un primo orientamento, che riconosce al prestatore di servizi di pagamento un vero e proprio *ius variandi*, al rifiuto della proposta da parte dell'utente deve necessariamente conseguire il recesso del contratto<sup>317</sup>.

Secondo tale prospettiva, all'utente cui è stata notificata la proposta di modifica contrattuale spetterebbero sostanzialmente soltanto due opzioni:

---

<sup>316</sup> La complessità del dibattito sullo *ius variandi* rappresenta una conseguenza dell'evoluzione della categoria del contratto e si riflette sull'equilibrio dello scambio. È infatti la necessità di riequilibrare le prestazioni reciproche che legittima lo strumento di modifica unilaterale del contratto. S.G. KHAN, *Unilateral modification clauses in long term contracts*, in *International Business Law Journal*, 1988, p. 145 ss.

<sup>317</sup> Secondo tali autori la direttiva riconoscerebbe dunque «un verso e proprio *ius variandi* a favore del prestatore», sebbene controbilanciato dalla possibilità di recesso del cliente. Cfr. sul punto M. DE POLI, Sub. Art. 126-sexies, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2269 ss.; A. SPENA, Art. 126-sexies, in M. PORZIO, F. BELLÌ, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, p. 1111; G. OLIVIERI, *Usi ed abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 1, 2011, p. 157 ss; A. SCIARRONE ALIBRANDI, G. MUCCIARONE, *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 59 ss; M. RISPOLI FARINA, A. SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 91.

accettare, eventualmente anche rimanendo inerte, le modifiche proposte; rifiutare le modifiche e conseguentemente recedere dal contratto senza oneri.

Un differente orientamento invece, sostiene che la facoltà di recesso si aggiunge, e non si sostituisce, al diritto dell'utente di rifiutare le proposte di modifica del contratto e che pertanto l'articolo in oggetto avrebbe la finalità di rafforzare la tutela dell'utente, il quale potrebbe sempre scegliere di rifiutare la proposta e mantenere tuttavia il vincolo contrattuale<sup>318</sup>.

Il dato letterale della norma unito all'analisi di alcune recenti modifiche introdotte dalla PSD2 conduce, ad avviso dello scrivente, a propendere per la seconda soluzione.

Qualora si volesse sostenere che l'art. 54 PSD2 (e il relativo art. 126-sexies t.u.b. di recepimento) debba essere interpretato, analogamente a quanto già avviene per l'art. 118 t.u.b., nel senso che la «proposta di modifica» in realtà proposta non sia, ma integri già una vera modifica del contratto quadro, la cui efficacia viene sospesa in attesa che si compia il termine bimestrale previsto dalla norma, significherebbe infatti aumentare ulteriormente lo squilibrio sinallagmatico già caratterizzante la relazione utente-prestatore<sup>319</sup>, squilibrio che al contrario la direttiva mira a ridurre<sup>320</sup>.

---

<sup>318</sup> Cfr. V. PROFETA, *Art. 126-sexiex Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 552 ss..

<sup>319</sup> In questo senso V. PROFETA, *Art. 126-sexiex Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 558.

<sup>320</sup> Oltre all'obiettivo principale di stimolare la concorrenza e favorire l'innovazione dell'industria dei pagamenti, il legislatore europeo ha infatti perseguito, sin dai primi interventi normativi europei in materia di servizi di pagamento, l'ulteriore scopo di riequilibrio delle posizioni negoziali a tutela del contraente debole. Negli stessi *consideranda* della PSD2 la finalità di tutela del contraente debole emerge, direttamente o indirettamente, numerose volte: cfr. in particolare i *consideranda* 4, 6, 8, 11, 28, 29, 42, 53, 55, 59, 63, 64, 73, 75, 84, 100. Dello stesso avviso M. RISPOLI FARINA, A. SPENA, *La*



Una simile interpretazione toglierebbe infatti all'utente un'importante formula di salvaguardia, lasciando essenzialmente libero il prestatore di modificare le condizioni contrattuali in corso di rapporto, fatta eccezione per alcune garanzie di tipo procedimentale e per il diritto di recesso.

L'alterazione del sinallagma appare ancor più evidente nel caso in cui lo *ius variandi* sia applicato con riferimento ai contratti a termine. In tale caso, infatti, il prestatore di servizi di pagamento, al quale non è riconosciuta la facoltà di recedere da contratti di pagamento a termine<sup>321</sup>, potrebbe utilizzare la possibilità accordatagli dall'art. 54 per spingere il consumatore ad esercitare il diritto di recesso, eludendo in tale maniera il termine convenzionalmente pattuito fra le parti<sup>322</sup>.

A favore di tale interpretazione muovono inoltre due ordini di ragioni di tipo letterale. Il primo è rappresentato dal fatto che sia l'art. 54 PSD2 sia

---

*trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 79. Di opinione contraria G. GIMIGLIANO, *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 78 ss. secondo la quale non appartiene alla nozione di trasparenza accolta dalla Direttiva l'esigenza del contraente debole.

<sup>321</sup> Ai sensi dell'art. 53, comma 3, PSD2 il prestatore di servizi di pagamento può recedere infatti da un contratto quadro solamente nel caso in cui questo sia concluso «per una durata indefinita», a condizione che tale possibilità sia stata concordata nel contratto stesso e dando un preavviso di almeno due mesi secondo le stesse modalità di cui all'articolo 51, par. 1 PSD2.

<sup>322</sup> Occorre segnalare, tuttavia, come la dottrina in materia di contratti bancari da tempo segnali che l'esercizio dello *ius variandi* incontra comunque sempre il limite del rispetto del principio di buona fede. Sul punto v. V. PROFETA, *ult. op. cit.*, p. 558; M. PORZIO, *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. ANGELICI, F. BELLI, G.L. GRECO, M. PORZIO, M. RISPOLI FARINA (a cura di), *I contratti delle banche*, Torino, 2003, p. 77.

l'art. 126-sexies t.u.b., ad eccezione della formula riportata in rubrica, utilizzano esclusivamente l'espressione di «proposta di modifica unilaterale del contratto», a differenza ad esempio dell'art. 118 t.u.b. che utilizza l'espressione «modifica unilaterale delle condizioni contrattuali». Il termine «proposta», unitamente al fatto che la possibilità di modificare unilateralmente il contratto deve essere concordato contrattualmente in precedenza dalle parti, induce a ritenere appunto che il PSP abbia il potere di «proporre» la modifica delle condizioni e non di «modificare» direttamente le stesse.

Il secondo ordine di ragioni è invece connesso alle modifiche apportate dalla PSD2. La direttiva del 2015, infatti, pur non avendo apportato grandi innovazioni al testo del «vecchio» art. 44 PSD, ha introdotto alla fine del primo comma un ulteriore periodo, non presente nella previgente versione, nel quale viene ribadito che «l'utente dei servizi di pagamento può accettare o rifiutare le modifiche prima della data proposta per la loro entrata in vigore»<sup>323</sup>.

La disposizione appare, a parere di chi scrive, determinante. Alla luce delle difficoltà interpretative che aveva conosciuto la precedente versione dell'art. 44, sembrerebbe infatti che il legislatore europeo abbia voluto chiarificare la disposizione, ribadendo come all'utente spetti sempre la «scelta» di «accettare o rifiutare le modifiche».

Né può obiettarsi che, nel caso in cui l'utente scegliesse di rifiutare le modifiche proposte, egli sarebbe costretto a recedere dal contratto in quanto un'interpretazione di tal fatta priverebbe di significato la nuova disposizione introdotta dal legislatore comunitario, anche alla luce del fatto che l'utente ha «in ogni caso» il diritto di recedere dal contratto quadro, senza giustificazione, in qualsiasi momento del rapporto.

---

<sup>323</sup> Cfr. Art. 54, comma 1, direttiva 2366/2015/UE.

In definitiva, l'interpretazione secondo la quale al PSP spetti il potere di proporre modifiche unilaterali al contratto quadro le quali, tuttavia, per divenire efficaci devono essere comunque accettate – anche tacitamente - dall'utente di servizi di pagamento, appare preferibile in quanto maggiormente aderente con il dato letterale della norma e con le finalità di protezione degli utenti perseguite dalla direttiva.

In tale prospettiva dunque, la facoltà di recedere dal contratto si aggiunge e non sostituisce il diritto dell'utente di rifiutare le modifiche e mantenere le proprie condizioni contrattuali.

Lungi dall'introdurre uno *ius variandi* a favore del PSP, l'art. 54 PSD2 si occupa invece di disciplinare il «come» devono avvenire le modifiche contrattuali in corso di rapporto, prevedendo uno *spatium aestimandi utilitatem* a favore dell'utente, raggiungendo così il duplice risultato di difenderlo dalle sorprese negoziali e di permettergli di valutare e comparare le nuove condizioni proposte dal PSP con le altre offerte presenti nel mercato<sup>324</sup>.

Da ultimo occorre ricordare che le regole sull'informazione e sul contenuto del contratto di servizi di pagamento, da un lato mirano a fornire agli utenti una piena informazione riguardo la condizioni giuridiche ed economiche applicabili a quel determinato contratto, consentendo così una valutazione consapevole delle differenti offerte e promuovendo in tale maniera una corretta concorrenza fra i prestatori di servizi di pagamento, dall'altro perseguono lo scopo di tipizzare il contratto di pagamento, favorendo la trasparenza nel rapporto contrattuale e contribuendo con ciò ad

---

<sup>324</sup> Cfr. sul punto V. TROIANO, Sub *art. 126 bis - 126 octies*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo 1, Torino, 2013 p. 1490 secondo il quale il meccanismo di modifica configurato dalla disposizione non assegnerebbe al PSP un vero e proprio diritto potestativo di modifica unilaterale del contratto.

aumentare la fiducia degli utenti nei mezzi di pagamento diversi dal contante.

Alla luce di tali considerazioni appare evidente che, se si vuole raggiungere l'obiettivo di «rendere possibile una più ampia diffusione sul mercato dei nuovi mezzi di pagamento e garantire un elevato livello di protezione dei consumatori»<sup>325</sup> i servizi di pagamento offerti all'utenza dovrebbero beneficiare di un assetto normativo ed economico stabile, non modificabile senza la piena condivisione della clausola da parte dell'utente<sup>326</sup>.

### **6.1. Le modifiche riguardanti i tassi di interesse e di cambio.**

In tema di modifiche unilaterale del contratto, la direttiva appresta una disciplina particolare nel caso in cui le modifiche riguardino i tassi di interesse e di cambio. Si tratta di un'ipotesi dunque non dipendente dalla volontà delle parti ma collegata a parametri oggettivi<sup>327</sup>.

In tali casi, le modifiche dei tassi d'interesse o di cambio «possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso».

Il legislatore tuttavia prevede un regime differenziato a seconda che le modifiche siano oggettivamente favorevoli all'utente oppure no. Le

---

<sup>325</sup> Cfr. *considerando* 6, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>326</sup> V. PROFETA, *ult. op. cit.*, p. 559 il quale segnala come il «doppio sbarramento» alle modifiche si comprenda appieno nel caso in cui, per esempio, la modifica consista nell'ampliamento del novero dei servizi offerti. L'autore segnala come in questa ipotesi, espressamente prevista dal legislatore francese all'art. 5, *arrêté du 29 juillet 2009 relatif aux relations entre les prestataires de services de paiement et leurs clients en matière d'obligations d'information des utilisateurs de services de paiement et précisant les principales stipulations devant figurer dans les conventions de compte de dépôt et les contrats-cadres de services de paiement*, il cliente potrebbe infatti scegliere di rifiutare le nuove prestazioni e al contempo scegliere di lasciare il precedente contratto in vigore.

<sup>327</sup> Cfr. art. 54, commi 2 e 3, direttiva 2366/2015/UE.

modifiche dei tassi d'interesse o di cambio che sono più favorevoli agli utenti di servizi di pagamento possono infatti essere applicate senza preavviso<sup>328</sup>.

Al contrario, nel caso in cui le modifiche siano peggiorative per l'utente la direttiva sottopone l'operatività della modifica alla sussistenza di due condizioni: che nel contratto quadro sia prevista una tale possibilità e che le modifiche siano basate sull'oscillazione dei tassi di riferimento convenuti in conformità dell'articolo 52, paragrafo 3, lettere b) e c) e dunque siano riferite soltanto a condizioni di tipo economico.

Come per l'ipotesi disciplinata al primo comma dell'art. 54 PSD2, il potere di modifica conferito al prestatore non può configurarsi come *ius*

---

<sup>328</sup> Da notare come, prima del recepimento della PSD, la giurisprudenza di legittimità italiana avesse escluso, in materia di contratti bancari, la necessità di una comunicazione al cliente nel caso di modifiche dovute a fluttuazioni degli indici di riferimento già contemplati nel contratto quadro. Cfr. Cass. 25 novembre 2002, n.16568, secondo cui «in materia di contratti bancari, ai sensi del combinato disposto degli art. 6 e 4 l. 154/92 e 118 d.lg. 385/93, in ipotesi di variazioni delle condizioni contrattuali in senso sfavorevole per il cliente, l'obbligo di comunicazione al cliente medesimo sussiste per la banca solamente se ed in quanto essa abbia esercitato il diritto, contrattualmente previsto, di variare unilateralmente ed in senso sfavorevole alla controparte talune condizioni del contratto medesimo, non anche se si tratti, viceversa, di variazione determinata da fattori (nel caso, l'ammortamento semestrale del rateo di mutuo in correlazione con la variazione dell'Ecu rispetto alla lira) di carattere oggettivo e natura aleatoria, pure previsti nel contratto, giacché in tal caso non può parlarsi di modifica unilaterale del contratto, e di essa il cliente risulta essersi in ogni caso già preventivamente assunto il relativo rischio».

*variandi*<sup>329</sup> in quanto le modifiche comunicate «sono frutto delle variazioni dell'indice [...] scelto dalle parti sin dalla conclusione del contratto»<sup>330</sup>.

Anche in tal caso il legislatore comunitario si preoccupa di tutelare il diritto dell'utente all'informazione, limitandosi però a disporre che questi sia informato di qualsiasi modifica del tasso d'interesse «quanto prima e secondo le modalità previste all'articolo 51, paragrafo 1», a meno che le parti non abbiano concordato una specifica frequenza o modalità secondo cui l'informazione deve essere fornita o resa disponibile<sup>331</sup>.

## **6.2. Le modifiche dei contratti stipulati con consumatori.**

Il considerando 63 della PSD2 prevede che «al fine di garantire un livello elevato di protezione dei consumatori gli Stati membri dovrebbero poter mantenere o introdurre, nell'interesse del consumatore, restrizioni o divieti relativamente a modifiche unilaterali delle condizioni di un contratto quadro, ad esempio nel caso in cui la modifica non sia giustificata».

In sede di recepimento, il legislatore dell'attuazione ha colto la possibilità concessagli dalla direttiva per abrogare il vecchio comma 5 ed introdurre, al nuovo comma 4 *bis*, dell'art. 126 *sexies* una disciplina differenziata su base soggettiva, qualora l'utente sia un consumatore.

Il nuovo articolo prevede ora che se il cliente è consumatore, il contratto quadro, così come le condizioni e le informazioni ad esso relative fornite ai

---

<sup>329</sup> Dello stesso avviso O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 414; M. DE POLI, Sub. *Art. 126-sexies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2269 ss.; V. PROFETA, *Art. 126-sexies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 553.

<sup>330</sup> V. PROFETA, *ult. op. cit.*, p. 553.

<sup>331</sup> Art. 54, comma 2, direttiva 2366/2015/UE.

sensi dell'art. 126 quater, comma 1, lett. a), possono essere modificate soltanto se sussiste un giustificato motivo.

La modifica unilaterale non può pertanto essere di una decisione discrezionale o arbitraria del prestatore ma deve, a pena di efficacia, rispettare l'esigenza di adeguamento del rapporto ai cambiamenti economici non prevedibili al momento della stipula del contratto quadro. Pertanto, seguendo il percorso argomentativo proposto dalla dottrina formatasi nell'ambito dell'art. 118 t.u.b., i presupposti del giustificato motivo devono essere individuati in «eventi sopravvenuti e imprevedibili al momento della stipulazione del contratto che incidono negativamente sul sinallagma funzionale del negozio, alterandone l'originario assetto»<sup>332</sup>.

La portata dell'innovazione appare limitata in quanto, già nel precedente impianto dell'articolo, si era giunti a ritenere che in ogni caso di modifica unilaterale del contratto, sia a tempo indeterminato che determinato, dovesse ricorrere un giustificato motivo.

In effetti, prima del d.lg. 15 dicembre 2017, n. 218, di recepimento della PSD2 l'art. 126 *sexies*, comma 5, del t.u.b. disponeva che «restano ferme, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 33, commi 3 e 4»<sup>333</sup> del Codice del consumo.

---

<sup>332</sup> F. SARTORI, *Art. 118 t.u.b.*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 1897.

<sup>333</sup> Cfr. art. 33, commi 3 e 4, cod. cons. ai sensi del quale «se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari a tempo indeterminato il professionista può, in deroga alle lettere h) e m) del comma 2: a) recedere, qualora vi sia un giustificato motivo, senza preavviso, dandone immediata comunicazione al consumatore; b) modificare, qualora sussista un giustificato motivo, le condizioni del contratto, preavvisando entro un congruo termine il consumatore, che ha diritto di recedere dal contratto. 4) Se il contratto ha ad oggetto la prestazione di servizi finanziari il professionista può modificare, senza preavviso, sempreché vi sia un giustificato motivo in deroga alle lettere n) e o) del comma 2, il tasso di interesse o l'importo di qualunque altro onere relativo alla prestazione finanziaria

La finalità era quella di introdurre anche nell'ambito dei servizi di pagamento, anche se limitatamente ai contratti in cui era parte un consumatore, l'obbligo del giustificato motivo nei casi di modifica unilaterale del contratto quadro, modifica dei tassi di interesse e di esercizio del diritto di recesso da parte del professionista<sup>334</sup>.

Il rinvio operato nella precedente versione dell'art. 126 *sexies* alle norme del Codice del consumo aveva tuttavia creato numerosi problemi interpretativi derivanti da una un'elevata disomogeneità normativa fra le disposizioni introdotte dalla PSD e quelle contenute nel Codice del consumo.

Così come segnalato dalla dottrina infatti, «l'applicazione della disciplina del Codice del consumo, prudentemente richiamata dal legislatore nazionale, anche ai contratti di servizi di pagamento [poneva] all'attenzione dell'interprete problemi ermeneutici [...] di difficile soluzione».

Fra questi, occupava un posto di primo piano quello relativo all'ambito di applicazione soggettivo. Infatti, mentre il legislatore dell'attuazione della PSD aveva scelto di estendere anche alle microimprese la tutela prevista per i consumatori, le norme del Codice del consumo richiamate dalla norma rimanevano applicabili soltanto ai consumatori persone fisiche, in quanto

---

originariamente convenuti, dandone immediata comunicazione al consumatore che ha diritto di recedere dal contratto».

<sup>334</sup> Si segnala come l'ultimo comma dell'art. 126 *sexies* introduca, seppur limitatamente ai contratti in cui è parte un consumatore, una disciplina sostanzialmente analoga a quella prevista per qualsiasi tipo di utenza dall'art. 118 t.u.b. Sul punto v. S. PAGLIANTINI, *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contratti*, 2011, p. 191 ss.; M. GAMBINI, *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2012, p. 415 ss.; F. SARTORI, *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e diritto applicato*, Milano, 2012, p. 127 ss.; V. TAVORMINA, *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, pp. 309-328



l'equiparazione fra i due contraenti deboli operata sulla base dell'art. 30, comma 2, PSD non avrebbe potuto estendersi anche al Codice del consumo, rimanendo limitata alle sole norme introdotte con la PSD.

Ulteriore elemento di complessità per il lavoro ermeneutico dell'interprete era poi rappresentato dal fatto che l'art. 33, commi 3 e 4, hanno ad oggetto il – differente - «contratto di prestazione di servizi finanziari» all'interno del quale, viste la peculiare disciplina dettata dalla PSD, risultava difficile ricomprendere il contratto quadro di pagamento.

La modifica deve dunque essere salutata con favore in quanto, prevedendo direttamente all'interno del t.u.b. il requisito del giustificato motivo, consente di evitare i difficili problemi di coordinamento con il Codice del consumo che avevano invece caratterizzato il regime previgente<sup>335</sup>.

## **7. Il diritto del recesso del consumatore e del prestatore di servizi di pagamento nel contratto quadro.**

Come visto in precedenza la PSD2, nella ricerca di efficaci strumenti di tutela degli utenti e della concorrenzialità del mercato, agisce lungo tre direttrici principali: persegue la piena armonizzazione degli obblighi di informazioni che i prestatori di servizi di pagamento sono tenuti a rispettare, sia nella fase *ex ante* che in quella in *executivis*; appresta una serie di diritti ed obblighi uniformi facenti capo agli utenti così come ai prestatori, creando quello che è stato definito «lo zoccolo duro di protezione»<sup>336</sup>; prevede dei meccanismi di *exit*, tramite i quali le parti possono «sganciarsi» dal rapporto

---

<sup>335</sup> V. V. PROFETA, *ult. op. cit.*, p. 564.

<sup>336</sup> L'espressione è di B. SZEGO, *Sub art. 126 septies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 567 ss.

contrattuale, garantendo in tale maniera la piena competitività del mercato<sup>337</sup>.

È proprio rispetto a tale ultima categoria che è possibile inquadrare la disciplina generale del recesso dal contratto quadro prevista dalla direttiva<sup>338</sup>.

In breve, nella PSD e nella PSD2 è possibile scorgere la convinzione del legislatore comunitario che le (sole) regole di trasparenza sia insufficienti a garantire un'adeguata protezione del contraente debole<sup>339</sup> e che per una compiuta tutela degli stessi sia necessaria anche (e forse soprattutto) l'esistenza di un mercato aperto e concorrenziale, all'interno del quale gli utenti di servizi di pagamenti siano in grado di «autotutelarsi», dirigendo le

---

<sup>337</sup> Questa tripartizione basata su concorrenza, trasparenza e normazione si può cogliere anche nello stesso libro verde COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, COM (2011) 941 def., con il quale la Commissione ha dato il via al processo di revisione della PSD. Cfr. in particolare il capitolo 4 (Necessità di favorire e accelerare l'integrazione del mercato), il quale affronta in questo ordine le suddette questioni (con aggiunta della problematica relativa alla sicurezza dei pagamenti).

<sup>338</sup> Cfr. art. 55, direttiva 2366/UE. L'art. 126 *septies* t.u.b., disciplinate le ipotesi di recesso nei servizi di pagamento, non è stato interessato dal recepimento della PSD2 posto che l'unico dato di novità dell'art. 55 PSD2 rispetto al previgente art. 45 PSD consisteva nell'abbassamento del preavviso massimo che può essere stabilito contrattualmente a favore del prestatore, nel caso di recesso dell'utente, da un anno a sei mesi. Preavviso che non è tuttavia contemplato dalla corrispondente norma del t.u.b. in quanto, in sede di attuazione della PSD, il legislatore italiano si era avvalso della facoltà accordatagli dall'ultimo comma dell'art. 45 PSD di prevedere disposizioni più favorevoli agli utenti di pagamento, garantendo all'utente un incondizionato diritto di recesso, non subordinato (e non subordinabile) ad alcun obbligo di preavviso.

<sup>339</sup> Sul punto v. E. AVGOUELEAS, *The global financial crisis and the disclosure paradigm in European Financial Regulation; the Case for Reform*, in *European Company and Financial Law Review*, 2009, vol. 6, 4.

proprie scelte verso prestatori e servizi più economici ed efficienti, essendo liberi di cambiare il proprio prestatore in qualsiasi momento<sup>340</sup>.

Affinché ciò possa realizzarsi appieno, non è sufficiente garantire regole di accesso al mercato «obiettive, non discriminatorie e proporzionate»<sup>341</sup> e garantire la trasparenza (qui nell'accezione di confrontabilità) delle condizioni contrattuali relative ai contratti di pagamento ma occorre agevolare la mobilità dei clienti da un prestatore all'altro prevedendo che i consumatori «abbiano il diritto di recedere da un contratto quadro senza dover sostenere spese»<sup>342</sup> (i cd. *switching costs*).

In questa prospettiva l'art. 55 PSD, confermando essenzialmente quanto già previsto dall'art. 45 PSD, riconosce il diritto di recedere dal contratto ad entrambe le parti differenziandone però la disciplina.

---

<sup>340</sup> V. sul punto B. SZEGO, Sub *art. 126 septies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 568 secondo la quale un elevato grado di concorrenza nel mercato «può essere di per sé uno strumento di protezione del consumatore perché porta alla selezione “naturale” dei prodotti e degli intermediari migliori, all'eliminazione delle rendite e – in definitiva – alla diminuzione dei prezzi». Per un'analisi di tali questioni da un punto di vista economico v. J. DERMINE, *European Banking Integration: Don't Put the Cart before the Horse*, in *Financial Markets, Institutions & Instruments*, 2006; F. GOMEZ POMAR, *EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How Related are They? A Law and Economics Perspective*, InDret Working Paper n. 113, 2003; G. MONTI, *The revision of the consumer aquis from a competition law perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2007, p. 295 ss..

<sup>341</sup> Cfr. art. 35 PSD2, ai sensi del quale «gli Stati membri assicurano che le norme che disciplinano l'accesso ai sistemi di pagamento di prestatori di servizi di pagamento autorizzati o registrati, che siano persone giuridiche, siano obiettive, non discriminatorie e proporzionate e non limitino l'accesso più di quanto sia necessario per proteggere il sistema di pagamento da rischi specifici, come il rischio di regolamento, il rischio operativo e il rischio d'impresa, e tutelarne la stabilità finanziaria e operativa».

<sup>342</sup> Cfr. *considerando* 62, direttiva 2366/2015/UE.

Tale differenziazione appare coerente con la diversa funzione che il diritto di recesso svolge nei confronti dell'utente, al quale garantisce possibilità di scelta e mobilità nella fruizione del servizio, e del prestatore, al quale assicura libertà nella creazione (in senso ampio) dei propri servizi<sup>343</sup>.

All'utente viene riconosciuta la facoltà di recedere dal contratto liberamente, in ogni momento, salvo che sia stato concordato dalle parti un termine di preavviso, che non può tuttavia superare un mese.

La direttiva prevede inoltre che l'esercizio del diritto di recesso sia privo di costi per l'utente quando il contratto sia stato in vigore per più di sei mesi.

Si tratta di una novità rispetto al previgente art. 45 PSD il quale escludeva l'applicabilità delle spese di recesso a carico dell'utente qualora il contratto, concluso per una durata superiore a dodici mesi o per una durata indefinita, fosse stato in vigore per almeno dodici mesi.

La PSD2 abbrevia pertanto il termine necessario a «maturare» il diritto di recesso dell'utente, consentendo uno *switching* più frequente degli utenti e favorendo in tal modo la competitività del mercato dei servizi di pagamento.

L'abbreviazione del termine di cui all'art. 55 PSD2 non ha tuttavia interessato il nostro ordinamento in quanto, in sede di attuazione della «prima» PSD, il legislatore italiano si era già avvalso della possibilità – concessagli dall'ultimo comma dell'art. 45 PSD – di prevedere disposizioni più favorevoli per gli utenti di servizio di pagamento, garantendo all'utilizzatore un diritto di scioglimento *ad nutum* del vincolo negoziale (*ius*

---

<sup>343</sup> In argomento, v. B. BAESSATO, A. D'ARCANGELI, M. ONZA, L. SALAMONE, *La trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in L. SALAMONE, P. SPADA, *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, V ed., Padova, 2014, 845 ss.

*poenitendi*), non subordinato (e non subordinabile) ad alcun costo e ad alcun obbligo di preavviso<sup>344</sup>.

Se da un lato la norma vieta di sottoporre l'esercizio del diritto di recesso a «penalità» o «spese di chiusura» (cd. *switching costs*), dall'altro non esclude che, «nel concreto» l'esercizio del diritto di recesso possa comportare dei costi per l'utente. Dai «costi» per l'esercizio del diritto di recesso occorre infatti distinguere, in quanto relative all'esecuzione del servizio stesso, le «spese per i servizi di pagamento applicate periodicamente» che devono essere conteggiate dal prestatore in maniera proporzionale alla persistenza del vincolo contrattuale e che, qualora siano state pagate anticipatamente dall'utente devono parimenti essere rimborsate in misura proporzionale<sup>345</sup>.

Il diritto dell'utente di servizi di pagamento di recedere dal contratto quadro ed eventuali disposizioni relative al recesso in conformità dell'articolo 54, par. 1, e dell'articolo 55 PSD2 devono essere oggetto dell'informativa precontrattuale prevista dall'art. 51 PSD2 al fine di

---

<sup>344</sup> Cfr. M. DE POLI, Sub. *Art. 126-septies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2279, il quale sottolinea come l'art. 126-septies, non operando alcuna differenziazione fra contratti a tempo indeterminato e altri contratti di durata, si discosti dalla disciplina generale in materia di contratti bancari e finanziari, contenuta nell'art. 120-bis t.u.b., introdotta dall'art. 4, comma 2, d.lg. 13 agosto 2010, n. 141, di recepimento della direttiva 2008/48/CE.

<sup>345</sup> Cfr. art. 55, comma 4, direttiva 2366/2015/UE. Sul punto v. M. DE POLI, Sub. *Art. 126-septies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2278 ss.; G. MUCCIARONE, A. SCIARRONE ALIBRANDI, Sub *art. 120 bis*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, pp. 1767 ss.; B. BAESSATO, A. D'ARCANGELI, M. ONZA, L. SALAMONE, *La trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in L. SALAMONE, P. SPADA, *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, V ed., Padova, 2014, 846.

informare l'utente di tale possibilità e delle modalità di esercizio della stessa<sup>346</sup>.

Il diritto di recesso è riconosciuto anche al prestatore di servizi di pagamento. In tal caso, tuttavia, la direttiva prevede delle condizioni più stringenti, sottoponendone l'esercizio al ricorrere di tre presupposti<sup>347</sup>: previsione di un tale diritto nel contratto quadro; durata indeterminata dello stesso; osservanza da parte del prestatore di un preavviso di almeno due mesi, salva la possibilità per le parti di concordare un termine maggiore.<sup>348</sup>

Il diritto di recesso spetterà dunque al prestatore di servizi di pagamento soltanto nel caso in cui il contratto sia stato stipulato a tempo indeterminato.

Nel caso in cui il contratto quadro prevedesse invece un termine allo stesso spetterà solamente lo *ius variandi*, inteso, come chiarito in precedenza, non già come diritto potestativo di modificare unilateralmente il contratto ma potere «procedimentalizzato» di proporre modifiche allo stesso, a fronte del quale l'utente sarà libero di scegliere fra le tre opzioni che gli mette a disposizione l'ordinamento: accettazione, rifiuto o esercizio del diritto di recesso senza oneri.

Il diritto di recesso del prestatore deve essere «previsto» in una clausola del contratto quadro ed il suo esercizio deve essere comunicato in forma scritta o a mezzo di altro supporto durevole concordato fra le parti almeno due mesi prima.

---

<sup>346</sup> Sul punto cfr. paragrafo 4.1.1. lett. f) delle disposizioni di Banca d'Italia in tema di «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari».

<sup>347</sup> Cfr. art. 55, comma 3, direttiva 2366/2015/UE.

<sup>348</sup> È da segnalare che, a differenza dell'ipotesi di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali di cui si è parlato in precedenza, l'obbligo del preavviso e degli obblighi informativi permane anche nel caso di strumenti di pagamento di basso valore. Non opera infatti l'esenzione prevista dall'art. 42 PSD2, non essendo ricompresa fra le ipotesi tassative *ivi* elencate quella dell'esercizio del diritto di recesso del prestatore.

A tale riguardo parte della dottrina ha sostenuto che, a differenza dello *ius variandi*, per il quale l'inserimento di tale facoltà nel contratto quadro opera quale presupposto abilitante e legittimante l'esercizio dello stesso, l'obbligo di «esporre» il diritto di recesso in una clausola contrattuale avrebbe soltanto una funzione di trasparenza, essendo «conseguenza dell'inammissibilità ordinamentale di vincoli perpetui e, dunque, radicata nei principi generali»<sup>349</sup>.

Tale argomentazioni non appaiono tuttavia decisive dovendosi preferire l'interpretazione che, collocando correttamente la disposizione di cui all'art. 55 PSD2 all'interno delle numerose misure di origine comunitaria volte a garantire un più elevato livello di tutela alla parte debole del rapporto contrattuale, vede nell'affermazione di un diritto incondizionato di recesso del prestatore (a prescindere dunque da una sua previsione pattizia), un'accentuazione della posizione di debolezza dell'utente inaccettabile alla luce dei principi fondamentali dell'ordinamento nazionale e comunitario<sup>350</sup>.

---

<sup>349</sup> B. BAESSATO, A. D'ARCANGELI, M. ONZA, L. SALAMONE, *La trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in L. SALAMONE, P. SPADA (a cura di), *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, V ed., Padova, 2014, 846. V. anche R. FERRETTI, *Art. 126-septies*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, pp. 1118 ss. secondo il quale la mancanza di una facoltà di recesso nei contratti a tempo indeterminato in capo al prestatore colliderebbe con il principio, di origine romanistica, per il quale con un congruo preavviso le parti possono sempre sciogliere un vincolo contrattuale a tempo indeterminato.

<sup>350</sup> Cfr. M. DE POLI, *Sub. Art. 126-septies*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2280 il quale, pur riconoscendo come la regola in questione rappresenti una «deviazione» dai principi, sostiene che questa sia adeguatamente giustificata alla luce del preminente scopo di tutela del contraente debole. Sul punto cfr. anche D. MAVROMATI, *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 208.

La posizione appare poi ancor più ingiustificata se si pensa al fatto che è la stessa direttiva a prevedere il diritto di recesso del prestatore, sottoponendo quest'ultimo al solo obbligo (facilmente assolvibile, essendo egli nella quasi totalità dei casi anche il predisponente delle condizioni contrattuali) di inserire una tale previsione all'interno del contratto quadro.

D'altra parte è lo stesso legislatore europeo, al *considerando* 62, a sottolineare che la disciplina di tutela per l'utente, con le sue forti limitazioni al diritto di recesso del prestatore, non può spingersi al punto di esonerare completamente il prestatore dall'obbligo di sciogliere il contratto in determinate circostanze eccezionali quali ad esempio, «quella in materia di riciclaggio o finanziamento del terrorismo, le azioni mirate al congelamento di fondi o le misure specifiche legate alla prevenzione dei reati e alle relative indagini».

La necessità avvertita dal legislatore europeo di inserire una tale specificazione dovrebbe costituire un ulteriore canone ermeneutico per l'interprete il quale, assieme al dato letterale dell'art. 55 PSD2 e ai principi ispiratori della direttiva dovrebbe far escludere qualsiasi interpretazione volta a ricostruire l'obbligo di inserire nel contratto il recesso del prestatore come mero «obbligo informativo» la cui inosservanza non sarebbe peraltro sanzionata.



## CAPITOLO IV

### **OPERAZIONI NON AUTORIZZATE E IL REGIME DI RESPONSABILITA' A SEGUITO DEL RECEPIMENTO DELLA PSD2.**

**Sommario:** 1. L'allocazione del rischio nella nuova disciplina dei pagamenti non autorizzati alla luce delle recenti evoluzioni tecnologiche. - 2. La responsabilità dell'utente di servizi di pagamento tra *zero liability rule* e necessità di controllo dell'azzardo morale. - 3. L'obbligo del pagatore di notificare senza indugio le operazioni di pagamento non autorizzate e l'obbligo di rimborso del PSP. - 4. La responsabilità illimitata del PSP in caso di mancata adozione di misure di autenticazione forte del cliente. 5. La definizione di colpa grave nelle pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario e lo scenario delle nuove tecnologie. - 6. Il regime di responsabilità nelle operazioni di pagamento disposte attraverso un PISP.

#### **1. L'allocazione del rischio nella nuova disciplina dei pagamenti non autorizzati alla luce delle recenti evoluzioni tecnologiche.**

Come si è visto nel primo capitolo, la dirompente evoluzione tecnologica che sta attraversando l'industria dei pagamenti ha reso l'utilizzo di macchine ed apparecchi elettronici così diffuso da rendere difficile immaginare che il sistema dei pagamenti sia in grado di continuare senza di essi<sup>351</sup>.

---

<sup>351</sup> Cfr. le considerazioni conclusive contenute in ABI, *Rapporto ABI 2017 sul Mercato del Lavoro nell'Industria finanziaria*, 12 luglio 2018, le quali sottolineano come «il settore bancario sia tra i più esposti nella sfida della digitalizzazione» e come questo abbia

Affidarsi ai dispositivi elettronici comporta tuttavia numerosi rischi<sup>352</sup>.

Vi è infatti una distinzione importante, eppure spesso trascurata, tra macchinari puramente meccanici, come i primi distributori automatici di bibite prodotti nel ventesimo secolo, ed i moderni dispositivi prodotti nel ventunesimo secolo, quali le casse bancarie automatiche (ATM) presenti ormai in quasi tutte le filiali bancarie: i secondi, a differenza delle prime, si servono infatti di *software* che regolano e permettono il loro funzionamento.

Ebbene, se è vero che ogni *software* prodotto contiene in media cinque difetti (bug) ogni mille righe di codice<sup>353</sup> e che ogni programma alla base di un servizio di pagamento elettronico contiene milioni di linee di codice, la maggior parte dei servizi conterrà - strutturalmente - migliaia di difetti non conosciuti.

L'individuazione e la soluzione di tali difetti, assieme alla necessità di apportare miglioramenti al programma, è la principale ragione per la quale le aziende che si sono occupate della programmazione dello stesso, rilasciano periodicamente degli aggiornamenti (*software updates*).

---

comportato una drastica «riduzione del numero degli sportelli “fisici”» a favore di ATM evoluti chiamati a compiere gran parte delle funzioni prima svolte dagli addetti di cassa.

<sup>352</sup> Per un'analisi dei principali rischi derivanti dall'utilizzo di strumenti di pagamento elettronico, con particolare riferimento al nuovo scenario dell'*open banking* v. S. MANSFIELD-DEVINE, *Open banking: opportunity and danger*, in *Computer Fraud & Security*, 10, 2016, pp. 8-13. Più in generale sui rischi per gli utenti derivanti dallo sviluppo delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione nel settore dei pagamenti v. S. MASON, N. BOHM, *Banking and fraud*, in *Computer law & security review*, 33, 2017, p. 236 ss.; N. S. VAN DER MEULEN, *You've been warned: Consumer liability in Internet banking fraud*, in *Computer law & security review*, 29, 2013, pp. 713 ss; D. FLORENCIO, C. HERLEY, *Is everything we know about password stealing wrong?*, in *IEEE Security and Privacy*, 2012, pp. 63 ss..

<sup>353</sup> Cfr. S. MASON, N. BOHM, *Banking and fraud*, in *Computer law & security review*, 33, 2017, p. 237.

Tali aggiornamenti, sono correttamente definiti nella nomenclatura informatica «aggiornamenti di sicurezza»<sup>354</sup>, in quanto alcuni difetti possono essere utilizzati da pirati informatici per sottrarre importanti informazioni riservate<sup>355</sup>, disporre pagamenti non autorizzati o per altri scopi fraudolenti.

Nell'era degli apparecchi meccanici, eventuali errori di progettazione producevano la conseguenza di far fallire l'operazione in un modo piuttosto semplice e prevedibile; l'introduzione di software preposti alla gestione dei moderni sistemi di pagamento ha introdotto però un livello di complessità prima sconosciuto che non consente (quantomeno agevolmente) di stabilire

---

<sup>354</sup> Tali aggiornamenti vengono anche chiamati con il termine inglese *patch* (pezza, toppa) proprio ad indicare la loro funzione nel risolvere i precedenti difetti del programma.

<sup>355</sup> Non è possibile tacere la rilevanza che le informazioni hanno ormai acquisito nell'ambito bancario e finanziario, soprattutto all'interno di quel fenomeno che prende oggi nome di *FinTech* o tecnofinanza. In tutti i casi in cui un pagamento avviene con mezzi diversi dal contante infatti, al fine di poter disporre un ordine di pagamento l'utente deve necessariamente trasmettere al proprio intermediario una serie di informazioni che, anche nella loro dimensione minima, saranno quantomeno costituite dall'importo, dalla valuta, dai nomi del pagatore e del beneficiario nonché dagli estremi utili ad identificare il conto di pagamento del pagatore e quello del beneficiario, con la inevitabile conseguenza della progressiva creazione di un enorme banca dati (*database*) costituita dall'intermediario e contenente tutte le operazioni di pagamento effettuate dai propri utenti. Questo enorme patrimonio di dati, se analizzato e messo a sistema con i moderni strumenti dell'intelligenza artificiale consente, a chi ne dispone, di produrre ulteriori informazioni sulle caratteristiche delle operazioni di pagamento effettuate e sulle abitudini dei clienti, proprio in un ambito nel quale le persone, nei precedenti millenni, hanno normalmente cercato di mantenere discreto riserbo. Informazioni che sono peraltro altamente affidabili perché non espressive di mere opinioni o desideri bensì basate sull'inequivocabile dato economico del contestuale trasferimento dei fondi. Su tali ed altre considerazioni in tema di rilevanza delle informazioni nel nuovo assetto regolamentare tracciato dalla PSD2 cfr. V. DE STASIO, *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018.

con sicurezza *a priori* quali conseguenze produrranno eventuali errori presenti nel codice<sup>356</sup>.

Si prenda il caso, a titolo di esempio, di una persona autorizzata ad entrare in un determinato luogo (ad es. una biblioteca) ed a cui, a tal fine, sia stata consegnata una tessera magnetica che funziona da chiave e permette l'accesso.

Per poter accedere all'edificio, l'utente dovrà inserire o appoggiare la carta all'interno di un lettore situato su un muro o sulla porta stessa.

Una volta utilizzata questa tecnologia per accedere all'edificio, il *software* presente nel lettore comunicherà con il *software* presente nella serratura impartendo l'ordine di aprire la porta. Il contenuto della comunicazione effettuata verrà poi salvato in un registro.

Se così è, si potrebbe assumere facilmente che attraverso la lettura dei cc.dd. *log*, ovvero del registro delle comunicazioni che sono intervenute fra i vari elementi del *software*, sia possibile dimostrare (i) la presenza fisica della carta e (ii) il fatto che la persona autorizzata ad entrare sia la stessa che è effettivamente entrata nell'edificio<sup>357</sup>.

Occorre tuttavia considerare come i dispositivi impiegati in questo procedimento (che come abbiamo detto sono gestiti da *software*), siano normalmente connessi per la loro operatività ad un «server» ovvero ad un dispositivo dotato di una potenza computazionale maggiore che è a sua volta

---

<sup>356</sup> Più diffusamente sul punto S. MASON, *Electronic Evidence*, London, 2017, p. 88. Sugli aspetti normativi rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni di pagamento, anche alla luce della PSD2, v. G. MARCOCCIO, E. CORSINI, *Servizi di pagamento via Internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, 2, 2015, pp. 271 ss.

<sup>357</sup> Continuando il nostro esempio, ai fini della dimostrazione dell'effettiva presenza del soggetto all'interno di un edificio potrebbero essere inoltre analizzati tutti gli altri dispositivi che il soggetto in questione ha utilizzato (ad es. i *computer* presenti all'interno la biblioteca) al fine di verificare se esistano delle sessioni registrate dall'utente con le proprie credenziali di sicurezza.

collegato a tutti gli altri dispositivi presenti nell'edificio (altri lettori per l'accesso, telecamere a circuito chiuso, sistemi di climatizzazione, ecc.).

È probabile, inoltre, che tutti tali dispositivi siano, a loro volta, collegati alla rete Internet.

E' proprio il collegamento di tutti questi dispositivi fra loro e con la rete Internet che rappresenta il principale problema alla sicurezza e all'attendibilità delle informazioni riguardanti i *log* di accesso in quanto è possibile che un terzo (situato fuori dell'edificio o addirittura in un altro stato) riesca ad individuare dei difetti del *software* che controlla il sistema e, manipolandolo, riesca ad accedervi all'interno per far sembrare che una persona sia entrata (o uscita) dall'edificio anche in assenza della stessa.

Il punto è proprio questo: il fatto che il *software* situato all'interno di un lettore adiacente ad una porta abbia comunicato al *server* centrale che una determinata scheda sia stata inserita o accostata al dispositivo di accesso, non è in grado di dimostrare che (i) la persona autorizzata sia effettivamente entrata all'interno dell'edificio, (ii) la persona autorizzata abbia il possesso fisico della scheda stessa, né (iii) che la scheda fosse stata effettivamente, ovvero fisicamente, inserita all'interno del lettore per far sì che il software inviasse il messaggio, essendo possibile sia che la tessera fosse stata «virtualizzata» all'interno di un altro dispositivo sia che l'informazione presente sul registro e attestante la presenza della stessa fosse stata contraffatta.

Ebbene, salvo un necessario grado di semplificazione di cui ci si è dovuti avvalere, i moderni sistemi di pagamento operano sulla base degli stessi sistemi di collegamento e di autenticazione che si sono visti sopra.

Al fine di permettere il funzionamento dell'intero sistema infatti, i prestatori di servizi di pagamento sono costretti a «dedurre» dall'utilizzo di un determinato strumento, o per meglio dire dalla comunicazione che tale strumento invia al loro sistema centrale, che il soggetto che sta disponendo l'ordine di pagamento attraverso un ATM o una piattaforma *on line* sia (i) il

titolare dello strumento di pagamento, o (ii) un altro soggetto comunque autorizzato dal titolare ad utilizzare lo strumento di pagamento.

Una banca o un altro soggetto abilitato a prestare servizi di pagamento non potranno pertanto mai sapere se il soggetto disponente l'ordine di pagamento è effettivamente il titolare dello strumento stesso<sup>358</sup>.

In questa prospettiva appare evidente come il processo di autenticazione di un'operazione di pagamento consista, fattivamente, in una serie di procedure (di cui il PSP ottiene comunicazione tramite mezzi telematici) che permettono al prestatore di servizi di pagamento di «presumere» che l'ordine sia stato effettivamente impartito dal proprio cliente.

Prendendo ad esempio l'ipotesi di ritiro contanti da un ATM, di norma la banca valuta (presume) automaticamente la legittima provenienza dell'ordine, consentendo o meno che l'operazione abbia luogo, attraverso il controllo di una serie di circostanze, fra cui (i) il fatto che il *software* del proprio sistema comunichi con il *software* collegato all'ATM; (ii) la circostanza che la carta sia apparentemente presente all'interno dell'ATM; (iii) il fatto che il *software* contenuto nella carta di pagamento riesca a comunicare con il *software* contenuto all'interno dell'ATM al fine di verificare che la carta sia autentica, e (iv) la corrispondenza fra il numero di identificazione personale (il cd. PIN) consegnato all'utente al momento del rilascio dello strumento di pagamento (che costituisce una forma di firma

---

<sup>358</sup> S. MASON, T. S. REINIGER, "Trust" between machines? Establishing identity between humans and software code, or whether you know it is a dog, and if so, which dog?, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 5, 2015, pp. 135-148.

elettronica<sup>359</sup>) e quello inserito nell'ATM al fine di autorizzare l'operazione<sup>360</sup>.

Le risposte ad ognuno di questi interrogativi vengono ricevute dal sistema centrale del PSP che utilizza le prove così accumulate per valutare automaticamente se consentire che la transazione abbia luogo.

Il problema è che, nonostante i notevoli sforzi e i grandi investimenti compiuti dall'industria bancaria per innalzare il livello di sicurezza dei pagamenti, i sistemi bancari non sono e non possono essere, per le ragioni viste sopra, perfetti.

Il rischio che si verifichino delle operazioni fraudolente o non autorizzate, oppure che il *software* che gestisce l'operazione di pagamento elettronica contenga (e di conseguenza produca) un errore, è ineliminabile.

È un rischio, in altri termini, intrinseco all'attività di pagamento e che la caratterizza, come tale suscettibile di essere mitigato e correttamente allocato ma mai completamente eliminato.

Così, se in alcuni casi è senz'altro vero che il prodursi di un evento dannoso - quale è il compimento di un'operazione fraudolenta - sia rimproverabile ad uno o più soggetti che intervengono nell'operazione di pagamento (utente, PSP, esercente, etc.), non è parimenti revocabile in dubbio che, anche in assenza di negligenze imputabili a qualcuno, l'evento dannoso si possa ed anzi quasi sempre si verifichi comunque.

---

<sup>359</sup> Sulla firma elettronica v. *ex multis* V. RIZZO, *Documento informatico. Firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2001; A. GENTILI, *Documento informatico*, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, 2012, p. 629 ss.; P. SIRENA, *La forma del documento informatico: atto pubblico e scrittura privata*, in *Studi e materiali*, 1, 2008, p. 141 ss.; G. FINOCCHIARO, *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2011, p. 495; M. BIANCA, *I contratti digitali*, in *Studium juris*, 1998, p. 1035 ss.; F. DELFINI, *Il d.p.r. 513/1997 e il contratto telematico*, in *I Contratti*, 1998, 293; ID., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002.

<sup>360</sup> Il processo viene così descritto da S. MASON, N. BOHM, *op.cit.*, p. 238.

In termini di maggior dettaglio, può dunque dirsi che l'evento dannoso rappresentato dall'operazione non autorizzata realizza un rischio direttamente inerente alle stesse caratteristiche che definiscono la fattispecie considerata, e risulti pertanto «interno» a quella. In altri termini, «il danno prodotto dall'operazione di pagamento non autorizzata non risulta “eccentrico” rispetto alla fattispecie stessa ma, viceversa, ne costituisce un connotato, una qualità»<sup>361</sup>.

Un simile rapporto di correlazione è d'altronde testimoniato, in via empirica, da una misura di incidenza statistica tendenzialmente regolare del rischio e, soprattutto, del suo verificarsi, ovvero del suo trasformarsi in danno<sup>362</sup>.

Il rischio di operazioni fraudolente e quindi il danno conseguente al verificarsi dello stesso può essere in questi termini descritto come «normale» in quanto, alta o bassa che sia la sua incidenza statistica<sup>363</sup> essa risponde comunque a dinamiche attuarialmente prevedibili e pertanto razionalizzabili.

Alla luce di tali rilievi e rivolgendo ora l'attenzione alla dimensione «micro», ci appare come l'incidenza dell'evento di frode anche sulla singola transazione non possa essere considerata alla stregua di un elemento

---

<sup>361</sup> Su tale ricostruzione, anche se dalla prospettiva dell'esercente, si veda U. MALVAGNA, *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Milano, 2018, p. 45.

<sup>362</sup> Il tasso di frode nel totale dei pagamenti basati su carta in Francia e nel Regno Unito durante il lustro 2009-2013 ha seguito la seguente evoluzione: 0,048% nel 2009; 0,040% nel 2010; 0,036% nel 2011; 0,038% nel 2012; 0,039% nel 2013. I dati mostrano chiaramente che le variazioni su base annua siano piuttosto contenute e che pertanto il tasso di rischio di operazioni non autorizzate si mantenga tendenzialmente regolare durante i periodi considerati. I dati sono stati presi da EUROPEAN CENTRAL BANK, *Fourth report on card fraud*, 2015.

<sup>363</sup> Circostanza che dipenderà poi dal grado di sicurezza garantito dai sistemi che il PSP ha concretamente implementato al fine di diminuire il rischio di frode. Sul punto v. EPC, *Payment Threats and Fraud Trends report*, v. 1.0, 2017.



imprevedibile ed estraneo alla fattispecie (ovvero fortuito), bensì derivante da una circostanza - l'esito positivo del tentativo di frode da parte di un terzo - che anche quando non sia agevolata da alcun comportamento negligente delle parti, realizza un fattore di rischio «comune» se riferito all'attività dei pagamenti<sup>364</sup>.

Se tutto ciò è vero, appare chiaro come le scelte di politica del diritto effettuate dal legislatore europeo in questo ambito debbano essere (ed in effetti sono) funzionalizzate a raggiungere un livello quanto più elevato possibile di sicurezza delle transazioni, senza poter però aspirare ad eliminare il rischio di frode completamente.

Invero, il rilievo secondo il quale il rischio di frode sia ineliminabile e che non si possa creare per un periodo di tempo prolungato un sistema inviolabile, emerge anche dagli stessi *consideranda* della PSD2 come uno dei principi fondamentali che hanno guidano le scelte di *policy* del legislatore europeo in ambito di sicurezza dei pagamenti e di responsabilità per operazioni fraudolente<sup>365</sup>.

---

<sup>364</sup> Sulla nozione del fortuito appare necessario richiamare la tesi di autorevole dottrina secondo la quale questa «assumerà una portata diversa secondo quale configurazione generica dell'evento venga ritenuta rilevante ai fini del giudizio sul fortuito: cioè secondo che ci si riferisca al semplice fatto che la cosa ha causato un danno, o invece anche al fatto che si sia trattato di un certo tipo di danno, e/o di un danno a un bene di una determinata classe, e/o di un danno il cui processo di causazione si sia svolto in un certo modo; e secondo la misura in cui queste determinazioni dell'evento siano particolareggiate. E ancora: secondo la classe di eventi in relazione alla quale la probabilità viene valutata, in particolare secondo il periodo di tempo al quale la valutazione si riferisce; secondo le conoscenze poste a fondamento della valutazione; secondo il grado di probabilità al di sotto del quale si considera l'evento come fortuito». P. TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961, p. 174.

<sup>365</sup> Cfr. i *consideranda* 95 e 96 PSD2 in tema di sicurezza dei pagamenti nei quali, con riferimento al rischio di frode, si parla sempre di «riduzione massima» e mai di eliminazione dello stesso. Ancora, il *considerando* 96 PSD2, affermando il principio della necessaria

Una tale presa di coscienza deve, ad avviso di chi scrive, essere parimenti assunta dall'interprete il quale, nell'ambito del tentativo di raccordo tra regole e innovazioni che caratterizza la PSD2, dovrebbe impostare i propri sforzi interpretativi in chiave funzionale e dinamica piuttosto che in chiave statica.

Ad una lettura dogmatica dovrebbe essere allora preferita una lettura funzionalistica delle norme della PSD2, che consenta di leggere le stesse alla luce degli obiettivi che si pone la direttiva così mirando a creare un aumento di collante tra innovazione e legislazione che dovrebbe essere il filo conduttore della nuova disciplina<sup>366</sup>.

Adottando la prospettiva ermeneutica suggerita e ragionando ora in termini di inquadramento sistematico, la disciplina ora richiamata deve essere correttamente qualificata come un «meccanismo di responsabilità contrattuale»<sup>367</sup>, espressamente derogatorio rispetto al modello basato sulla colpa, «nel quale il comportamento gravemente colposo o doloso della

---

compatibilità tra misure di sicurezza e livello di rischio, si riferisce a quest'ultimo come «insito nel servizio di pagamento prestato».

<sup>366</sup> La necessità di un approccio ermeneutico basato sulla comprensione della tecnologia (fatto regolamentato) e sulla funzionalizzazione degli sforzi dell'interprete al raggiungimento degli obiettivi che la direttiva si pone appare particolarmente avvertita da parte della dottrina che si occupa di servizi di pagamento. V. *ex multis* M. C. PAGLIETTI, *Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018.

<sup>367</sup> L'affermazione riportata rimanda all'interpretazione consolidata che individua nella diligenza il criterio alla cui stregua valutare l'impegno debitorio e nella colpa il contrattare che qualifica anche l'impossibilità della prestazione e delimita l'area dell'inadempimento (v. artt. 1218, 1256, 1176 c.c.). Sui criteri di valutazione dell'imputabilità dell'inadempimento nel giudizio di responsabilità contrattuale v. A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, *Libro IV, Delle obbligazioni*, art. 1173-1176, 1985, Bologna-Roma, p. 454 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 11 ss.

controparte esclude la responsabilità del soggetto indicato dalla legge» (il PSP)<sup>368</sup>.

Principio ispiratore della disciplina in esame risiederebbe dunque nella considerazione in forza della quale i danni conseguenti ad operazioni di pagamento non autorizzate siano esternalità negative ineliminabili dell'attività economica svolta dal PSP e che pertanto l'efficienza economica si raggiunga trasformando il relativo rischio, che come si è visto è statisticamente prevedibile e dunque assicurabile<sup>369</sup>, in un costo che l'impresa (cd. *best risk bearer*<sup>370</sup>) può efficacemente distribuire sui propri utenti attraverso delle politiche di prezzo<sup>371</sup>.

---

<sup>368</sup> In tale prospettiva si muove in particolare l'interpretazione fornita dall'ABF secondo il quale si tratterebbe di un'ipotesi di responsabilità oggettiva. Tale meccanismo di responsabilità oggettiva avrebbe la finalità di indurre il PSP ad adottare ogni precauzione al fine di evitare l'evento lesivo. Cfr. sul punto ABF, Collegio Roma, 17 maggio 2013, n. 2770; ABF, Coll. Milano n. 2027/2011; Coll. Napoli 2610/2011; Coll. Roma 8 aprile 2013, n. 1865; Coll. Roma 18 febbraio 2013, n. 1089). In dottrina v. E. DELLAROSA, *Sub Art. 28*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 314 ss; I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una lettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 2, p. 470.

<sup>369</sup> Si parla in tema della «funzione assicurativa» svolta dal prezzo fissato dal produttore, come evidenziato dall'analisi economica del diritto. Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2010, p. 130 ss.

<sup>370</sup> Cfr. L. CABELLA PISU, *La responsabilità del produttore*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004, p. 441.

<sup>371</sup> Cfr. la ricostruzione storica e sistematica dell'alternanza tra criteri di imputazione soggettiva delle responsabilità e responsabilità oggettiva, in CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, pp. 276-349, nonché C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 533ss. Sul principio del *cheaper cost avoider*, alla base dell'approccio adottato dalla direttiva in tema di operazioni non autorizzate, e secondo il quale il giudizio di responsabilità deve essere fondato, in un'ottica di deterrenza, sull'individuazione del soggetto in grado di prevenire il prodursi dell'evento lesivo al minor costo, cioè colui che

In questo senso, l'impostazione adottata dal legislatore comunitario appare una trasposizione, in un contesto che è però contrattuale, della regolamentazione della responsabilità (extracontrattuale) per i danni di massa nella società capitalistica, sull'assunto, confermato dalla giurisprudenza ABF, secondo il quale è razionale «far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente “pericolose”, che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa»<sup>372</sup>.

Il sistema complessivo determina pertanto una distribuzione del rischio fortemente sbilanciata a favore dell'utente di servizi di pagamento, attribuendo quasi per l'intero la responsabilità per le perdite derivanti da operazioni non autorizzate al PSP (ovvero ai PSP, nel caso in cui ne intervenga più di uno), salvo che quest'ultimo riesca in qualche modo a (rintracciare e) rivalersi sull'effettivo impostore. Tutto ciò con il dichiarato scopo di favorire la diffusione di nuovi strumenti di pagamenti elettronici, strumentale a sua volta a sostenere la strategia dell'Unione per lo sviluppo di un mercato unico digitale.

---

può adottare le misure atto a prevenirlo più economicamente v. M. CALABRESI, *The costs of accidents*, Yale, 1970.

<sup>372</sup> La giustificazione della responsabilità oggettiva richiamando l'idea della pericolosità dell'attività svolta è presente in ABF, Collegio di coordinamento, 26 ottobre 2012, n. 3498 che a sua volta richiama ABF, Collegio Roma, 1111/2010. In particolare, secondo tale pronuncia del collegio la disciplina sarebbe evidentemente ispirata al principio del “rischio d'impresa”, e cioè all'idea secondo la quale «è razionale far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente “pericolose”, che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa, in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di fornitura del servizio, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi».

## **2. La responsabilità dell'utente di servizi di pagamento tra *zero liability rule* e necessità di controllo dell'azzardo morale.**

Chiarito come l'allocazione a titolo oggettivo della responsabilità per operazioni fraudolente o non autorizzate sul prestatore di pagamento consegua al fatto che l'evento dannoso realizzi un rischio tipico ed ineliminabile, caratterizzante la stessa attività dei pagamenti, e che pertanto il PSP è il soggetto che può più agevolmente, nell'organizzazione della propria attività d'impresa, gestire e prevenire le conseguenze di tale rischio, occorre focalizzare ora l'attenzione sulle ipotesi in cui la PSD2 prevede una responsabilità dell'utente.

Tali ipotesi assumono nell'impianto della direttiva carattere residuale, nel senso che, come si è visto nel precedente paragrafo, il soggetto che deve normalmente sopportare il verificarsi dell'evento dannoso è il prestatore di servizi di pagamento.

Sono dunque delle ipotesi eccezionali previste a parere di chi scrive, non tanto per ragioni connesse ad un comportamento particolarmente riprovevole dell'utente (dolo o colpa grave), bensì alla necessità di controllo dell'azzardo morale post-contrattuale.

Infatti, in un contesto di completa irresponsabilità, gli utenti potrebbero tenere comportamenti in spregio al rischio, soprattutto per quanto riguarda gli aspetti relativi all'obbligo di notifica e di conservazione delle credenziali di sicurezza, il che condurrebbe ad una diminuzione del livello di sicurezza dei pagamenti e ad un aumento generalizzato dei costi.

Di conseguenza, nonostante l'allocazione delle conseguenze dell'evento dannoso in capo al PSP sia economicamente più efficiente, il legislatore avverte - a ragione - la necessità di introdurre ipotesi di responsabilità dell'utente, presumibilmente sulla base del fatto che chiamare gli utenti a

concorre in una qualche misura nelle perdite con il prestatore, contribuirà a garantire un comportamento più responsabile da parte degli stessi<sup>373</sup>.

Ciò, se è senz'altro vero per le ipotesi di (limitata) responsabilità dell'utente che versi nello stato di colpa<sup>374</sup>, lo è anche nell'ipotesi di «grave negligenza» in quanto la *ratio* sottesa appare essere la medesima.

Compiute tali premesse, necessarie a comprendere le ragioni di politica del diritto che hanno ispirato la nuova direttiva, si può ora procedere all'analisi del sistema di responsabilità per operazioni non autorizzate delineato dal Titolo IV della PSD2.

### **3. L'obbligo del pagatore di notificare senza indugio le operazioni di pagamento non autorizzate e l'obbligo di rimborso del PSP.**

L'utente che venga a conoscenza dello smarrimento, del furto, dell'appropriazione indebita o dell'utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento è tenuto a darne comunicazione senza indugio al proprio prestatore di servizi di pagamento (art. 69, comma 1, lett. b) PSD2).

Il momento della notifica/comunicazione al PSP da parte del titolare dello strumento di pagamento dell'esistenza di operazioni non autorizzate ovvero

---

<sup>373</sup> V. sul punto M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 834.

<sup>374</sup> Si veda infatti il *considerando* 71 PSD2 il quale esplicita le ragioni di controllo del *moral hazard* degli utenti disponendo che «al fine di incentivare l'utente dei servizi di pagamento a notificare senza indugio al relativo prestatore l'eventuale furto o perdita di uno strumento di pagamento e di ridurre pertanto il rischio di operazioni di pagamento non autorizzate, è opportuno prevedere che l'utente debba rispondere solo per un importo molto limitato, a meno che non abbia agito in modo fraudolento o con grave negligenza. In tale contesto, un importo di 50 EUR appare adeguato al fine di garantire una protezione armonizzata e di livello elevato degli utenti nell'Unione».

della perdita del controllo sullo stesso, assume un ruolo centrale nel regime di responsabilità tracciato dalla direttiva.

Gli effetti economici conseguenti all'utilizzo dello strumento di pagamento smarrito, rubato o comunque utilizzato senza il necessario consenso del pagatore, ricadono infatti nella sfera economica dell'utilizzatore o dell'intermediario a seconda che l'operazione non autorizzata sia anteriore o successiva alla notifica del cliente.

Nel caso in cui l'operazione sia successiva alla comunicazione di smarrimento, ovvero il PSP non abbia fornito strumenti adeguati per effettuare la notifica, in qualsiasi momento, dello smarrimento, del furto o dell'appropriazione indebita di uno strumento di pagamento, secondo quanto disposto dall'articolo 70, paragrafo 1, lettera c) PSD2<sup>375</sup> le intere conseguenze economiche ricadranno sicuramente sul prestatore.

Nel caso in cui invece sia avvenuta in un momento precedente alla comunicazione, la perdita sarà subita - al ricorrere di determinate condizioni - dal cliente titolare dello strumento di pagamento<sup>376</sup>.

---

<sup>375</sup> V. art. 70, comma 1, lett. c) PSD2 e l'art. 12, comma 2, d.lg. 11/2010. Tali strumenti dovranno essere sempre disponibili e forniti all'utente a titolo gratuito. La giurisprudenza ABF interpreta tale obbligo inclusivo non solo dell'attivazione di un numero verde attivo h24 ma anche di un servizio di *sms alert*. Cfr. I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una lettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 2, p. 479. Al contrario, la mancata attivazione del *token* di sicurezza per l'autenticazione forte del cliente non sembra integrare un'ipotesi di negligenza grave a carico del prestatore. Cfr. ABF, Collegio Milano, 16 maggio 2012, n. 1603.

<sup>376</sup> Con riferimento all'ambito applicativo della regola in esame occorre segnalare come questa non sia applicabile ai cd. addebiti diretti. Per la loro esecuzione, infatti, il pagatore non utilizza uno strumento di pagamento in quanto l'ordine viene emanato dal beneficiario. Sul punto v. O. TROIANO, *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 25. L'autore, alla nota 35 rileva inoltre «ancora una volta, il differente funzionamento di *debit* e *credit transfers* si ripercuote sulla disciplina

In tema di notifica, un'importante innovazione apportata dalla PSD2 è l'introduzione dell'obbligo di fornire all'utente un sistema «gratuito» per effettuare la notifica di furto o smarrimento dello strumento, separando chiaramente le spese connesse alla notifica (non dovute) da quelle relative alla sostituzione dello strumento di pagamento (eventualmente dovute)<sup>377</sup>.

La novità appare propedeutica al regime di *zero liability* di cui si è detto, previsto dalla direttiva in seguito all'invio della notifica, in quanto l'applicazione di costi per la stessa o la sottoposizione della notifica a penalizzanti oneri formali e limitazioni per l'utente<sup>378</sup> potrebbe avere importanti ripercussioni sul regime di responsabilità e potrebbe portare i PSP ad utilizzare tali strumenti per limitare i diritti degli utenti.

Sempre in tema di notifica, un ulteriore profilo critico attiene alla finestra temporale entro il quale questa, ai sensi dell'art. 69 PSD2 (art. 7 d.lg. 11/2010) deve avvenire.

---

(degli ordini non autorizzati). Nei *credit transfers* (e così pure nelle carte di pagamento), dove l'iniziativa del pagamento parte dal debitore (titolare del conto da addebitarsi), il problema dell'ordine non autorizzato coincide con la spendita - da parte di un impostore - dei codici di accesso (sostituiti moderni della sottoscrizione) o "strumenti di pagamento", come li chiama il legislatore europeo, che il titolare del conto è tenuto a custodire segretamente e che gli consentono di accedere al servizio. Il diverso funzionamento delle procedure di *credit transfers* muta i termini del problema. Qui il beneficiario - che attiva l'ordine di riscossione - accede il servizio (quando reso *on-line*, come nei moderni sistemi di *corporate banking*) con l'uso di propri "strumenti di pagamento", ma il problema dell'ordine non autorizzato non riguarda l'uso illecito di tali strumenti. Il beneficiario, infatti, con l'uso dei propri strumenti di pagamento può solo originare una richiesta di riscossione a valere su un conto altrui (quello del debitore)»

<sup>377</sup> Cfr. Art. 70, comma 1, lett. d) PSD2 recepito all'art.8, comma 1, let. c bis) d.lg. 11/2010. Sul punto v. M. DONNELLY, *ult. op. cit.*, p. 833.

<sup>378</sup> Si pensi al caso in cui il PSP permetta ai propri utenti di effettuare la notifica di furto o smarrimento dello strumento soltanto durante determinate fasce orarie ovvero richieda che la comunicazione possa avvenire soltanto a mezzo posta raccomandata.



Quest'ultimo articolo prevede infatti l'obbligo in capo all'utente di comunicare immediatamente al proprio PSP «lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'utilizzo non autorizzato dello strumento di pagamento».

Dal canto suo l'art. 74, comma 3, PSD2 sancisce invece che «il pagatore non sopporta alcuna conseguenza finanziaria derivante dall'uso di uno strumento di pagamento smarrito, rubato o oggetto di appropriazione indebita, intervenuto dopo la notifica ai sensi dell'articolo 69, paragrafo 1, lettera b)».

Dalla lettura combinata delle due disposizioni deriva il fatto che l'utente non sosterrà alcun costo nel caso in cui, avvedutosi del furto o dello smarrimento dello strumento di pagamento si attivi prontamente, ovvero prima che l'operazione non autorizzata sia stata compiuta. Mentre potrà essere chiamato a rispondere, nell'ipotesi in cui l'operazione sia già intervenuta, per le ipotesi di colpa nei limiti della franchigia di 50 euro<sup>379</sup> e illimitatamente nei casi di dolo o colpa grave.

Se, dunque, nel caso di perdita di uno strumento di pagamento basato su carta, l'utente può sottrarsi a qualsivoglia perdita economica attraverso una tempestiva comunicazione al proprio PSP, lo stesso non può dirsi per le ipotesi in cui l'operazione non autorizzata avvenga attraverso un ordine di pagamento effettuato *on line*.

Nella maggior parte di tali ipotesi, infatti, l'utente non si accorge della sottrazione delle proprie credenziali di sicurezza o della violazione del

---

<sup>379</sup> La franchigia che è tenuto a pagare l'utente nel caso di operazioni non autorizzate, nei casi in cui non abbia agito con dolo o colpa grave, è stata abbassata dalla PSD2 da 150 euro a 50 euro. La diminuzione è stata effettuata al fine di assicurare un alto livello di protezione dei consumatori Sul punto v. R. WELLS, S. COCHRANE, J. SMITH, *Payments services regulation update*, in *Compliance Officer Bulletin*, 2017, I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una lettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 2, p. 459 ss.

proprio portale di *home banking* fino a che la operazione fraudolenta non si verifica.

Ebbene, nella vigenza della vecchia direttiva, tale circostanza aveva persuaso la dottrina a ritenere che, potendo l'utente denunciare l'operazione soltanto quando questa era già avvenuta, in questi casi l'utente rimanesse responsabile, nei limiti della franchigia al tempo stabilita in euro 150<sup>380</sup>, delle operazioni non autorizzate avvenute prima della comunicazione al proprio PSP.

Alla luce del nuovo art. 74, comma 1, lett. a) tale interpretazione non appare più convincente dovendosi al contrario ritenere che, anche nel caso di operazioni di pagamento disposte *on line* (eventualmente anche attraverso un PISP), l'utente sia completamente esente da responsabilità ogni qualvolta l'appropriazione indebita di uno strumento di pagamento non possa essere notata dal pagatore prima del verificarsi dell'operazione stessa. Ad una simile conclusione era d'altronde possibile giungere già nella vigenza della precedente direttiva, posto che la definizione di «strumento di pagamento», contenuta nell'art.4, paragrafo 1, n. 14 PSD2 e rimasta invariata rispetto a quella contenuta nella PSD, non si riferiva soltanto ai dispositivi fisici ma a qualsiasi «insieme di procedure concordate tra l'utente di servizi di pagamento e il prestatore di servizi di pagamento e utilizzate per disporre un ordine di pagamento». Si comprende pertanto come un eventuale impossessamento (con conseguente eventuale modifica) delle credenziali personalizzate necessarie all'accesso nel sito di *home banking* del PSP

---

<sup>380</sup> Cfr. O. TROIANO, V. V. CUOCCI, A. PIRONTI, *Sub Art. 12 d.lg. 11/2010*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p.146 i quali fanno derivare tale circostanza dalla funzione di socializzazione del rischio della franchigia.

rappresenti comunque una forma di «appropriazione indebita» dello strumento di pagamento digitale<sup>381</sup>.

Come già stabilito nella PSD (art. 60, comma 1 PSD), nel caso di notifica tempestiva di una operazione di pagamento non autorizzata da parte del pagatore, il prestatore di servizi di pagamento ha l'obbligo di rimborsare immediatamente al primo l'importo delle transazioni non autorizzate.

In particolare, ai sensi dell'art. 73, comma 1, PSD2, quando un conto di pagamento viene addebitato in seguito a transazioni non autorizzate, il prestatore di servizi di pagamento del pagatore è tenuto a riportare il conto di pagamento addebitato nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non autorizzata non avesse avuto luogo<sup>382</sup>.

A tale proposito, particolarmente importante appare l'introduzione nella PSD2 di un termine oggettivo entro il quale il PSP deve provvedere al rimborso.

A differenza della precedente direttiva, che disponeva genericamente l'obbligo del PSP di provvedere «senza indugio» al rimborso delle somme sottratte, il nuovo art. 73 PSD2 prevede che il rimborso debba avvenire

---

<sup>381</sup> Sul tema delle frodi perpetrate nell'ambito di servizi di *home banking*, con particolare attenzione al fenomeno del cd. *phishing* v. M. R. FARINA, *Responsabilità degli intermediari bancari e finanziari e sistemi di internet banking: aggressione informatica e protezione del cliente*, in C.G. CORVESE, G. GIMIGLIANO, *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016, p. 97 ss.

<sup>382</sup> Il termine «riportare» unitamente al fatto che in questo caso l'intermediario avrebbe eseguito l'ordine di pagamento in assenza di potere autorizzativo, fanno protendere la dottrina maggioritaria ad individuare nel rimedio restitutorio la tutela più efficace per il cliente che ha subito l'operazione fraudolenta. Cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016 secondo il quale «il comma 1 dell'art. 11 consacra una tutela rimediale in termini fattuali, equiparabile sotto il profilo funzionale a quella possessoria, e che dunque consente al cliente di vedersi stornato l'addebito non autorizzato andando indenne da ogni difesa od eccezione, salvo quella del «motivato sospetto di frode»».

immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva a quella in cui prende atto dell'operazione o riceve una notifica in merito.

La previsione è finalizzata a risolvere i dubbi interpretativi che erano sorti rispetto alla locuzione «senza indugio» presente nel vecchio testo della PSD e che avevano permesso un'applicazione disomogenea dei termini di rimborso fra i differenti prestatori e nei vari Stati membri.

Viene inoltre previsto - esplicitamente - per la prima volta che la data valuta dell'accredito sul conto di pagamento del pagatore non sia successiva alla data in cui l'importo è stato addebitato. Ciò con l'evidente intento di tutelare gli utenti di servizi di pagamento, che non siano responsabili a titolo di colpa grave o dolo, da ogni conseguenza negativa derivante dalla transazione non autorizzata.

Il PSP può sottrarsi all'obbligo di rimborsare immediatamente il pagatore solo qualora abbia ragionevoli motivi per sospettare una frode (non quindi la colpa grave dell'utente) e previa comunicazione degli stessi per iscritto al pagatore stesso e alla Banca d'Italia<sup>383</sup>.

Il prestatore deve, in sostanza, giustificare le ragioni che lo inducono a tale conclusione, soprattutto nel caso in cui ritenga che sussistano fattispecie di responsabilità illimitata del proprio cliente.

L'obbligo di comunicare alla Banca d'Italia (o alla rispettiva autorità competente di un altro stato membro) il rifiuto al rimborso per fondato sospetto di frode era sconosciuto al testo della PSD e pare avere anche in questo caso la funzione di innalzare il livello di protezione degli utenti di servizi di pagamento. Nella vigenza della precedente direttiva infatti, molti utenti si vedevano spesso opporre rifiuti ingiustificati di rimborso dovuti,

---

<sup>383</sup> Cfr. art. 73, comma 1 PSD2.

più che ad un reale sospetto di frode, alla volontà del PSP di dilazionare i termini<sup>384</sup>.

Qualora il sospetto di frode si basi su ragioni obiettive il PSP, dopo aver comunicato le stesse al pagatore e alla Banca d'Italia, svolgerà un'indagine interna la quale, conformemente al considerando 71 PSD2, deve tuttavia svolgersi in «tempi ragionevoli».

Posto che, qualora il PSP giunga alla conclusione della responsabilità dell'utente, quest'ultimo non avrebbe altro rimedio (salvo il caso in cui si persuada di essere nel torto) che intraprendere iniziative giudiziali, durante le quali l'addebito permane, la presente disciplina mira a invertire il «gioco».

La portata fortemente innovativa della norma risiede proprio nel fatto che esclude la prassi di autotutela dell'intermediario: se l'utente contesta, il fornitore, anche se certo delle proprie ragioni, non può procedere all'addebito del conto e, se lo ha già fatto, dovrà tornare sui propri passi finché sia accertato, eventualmente in sede giudiziaria, il suo diritto di rivalersi sull'utente<sup>385</sup>.

L'accredito sul conto del pagatore ovvero il rimborso dell'importo delle transazioni non autorizzate non impedisce naturalmente al pagatore di essere ritenuto responsabile, in tutto o in parte, in un momento successivo (ad es. perché ha violato i suoi obblighi con grave negligenza).

---

<sup>384</sup> R. STEENNOT, *Reduced payer's liability for unauthorized payment transactions under the second Payment Services Directive (PSD2)*, in *Computer law & Security review*, 2018, p. 5.

<sup>385</sup> O. TROIANO, V. CUOCCI, *Art. 11*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011 p. 139. Gli autori segnalano come, nonostante una tale soluzione possa lasciare spazio alle frodi di utenti senza scrupoli, l'intermediario potrà sempre avvalersi degli strumenti di tutela messi a sua disposizione dall'ordinamento, primo fra tutti il sequestro conservativo.

In tali casi infatti al prestatore di servizi di pagamento spetta «il diritto di chiedere direttamente all'utente e ottenere da quest'ultimo la restituzione dell'importo rimborsato»<sup>386</sup>.

Infine, è importante sottolineare come il soggetto tenuto a ripristinare immediatamente il conto di pagamento sia sempre il PSP di radicamento del conto (ASPSP), e ciò anche nel caso in cui nell'operazione di pagamento siano intervenuti altri soggetti<sup>387</sup>.

Così ad esempio, se l'operazione non autorizzata si sia svolta in *internet* a mezzo carta di credito (*recte* attraverso i dettagli della carta stessa, essendo una transazione CNP), l'obbligo di rimborso spetta comunque alla banca che ha emesso la carta e con cui il pagatore ha stipulato il contratto quadro<sup>388</sup>.

Le stesse considerazioni varranno anche nell'ipotesi, che si analizzerà meglio nel prosieguo, in cui l'ordine di pagamento sia stato impartito attraverso un prestatore di servizi di disposizione di ordini di pagamento (PISP). Il che è notevole, se si considera che, a differenza dell'ipotesi appena vista di pagamento basato su carta, fra PSP di radicamento del conto e PISP non esiste, normalmente, alcuna relazione contrattuale.

#### **4. La responsabilità illimitata del PSP in caso di mancata adozione di misure di autenticazione forte del cliente.**

---

<sup>386</sup> Art. 11, comma 3, d.lg. 11/2010.

<sup>387</sup> La *ratio* della norma deve essere ricercata nel rapporto di prossimità che normalmente lega l'utente al proprio PSP di radicamento del conto. Quest'ultimo infatti, sarà spesso la banca presso la quale l'utente intrattiene il proprio conto corrente. Un soggetto dunque maggiormente strutturato e più facilmente individuabile dall'utente. Sul punto v. G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in corso di pubblicazione.

<sup>388</sup> R. STEENNOT, *ult.op.cit.*, p. 5.

L'aspetto di maggior rilevanza, nell'ambito delle modifiche apportate dalla PSD2 al regime di responsabilità del pagatore per operazioni di pagamento non autorizzate, è senz'altro costituito dal nuovo obbligo del PSP, previsto dall'art. 97 PSD2, di procedere all'autenticazione forte del cliente (cd. *Strong Customer Authentication* o SCA)<sup>389</sup> ogni volta l'utente disponga un'operazione di pagamento ovvero effettui qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode<sup>390</sup>.

Si tratta, senza voler qui ripercorrere le considerazioni svolte nel secondo capitolo al quale si rimanda interamente, di un approccio molto più severo al tema della sicurezza dei pagamenti rispetto a quanto fatto finora<sup>391</sup>.

---

<sup>389</sup> Per autenticazione forte del cliente si intende un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce, ad esempio una *password* o un PIN ), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede , ad esempio un *token* ) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente, ad esempio l'impronta digitale o altri dati biometrici), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione. Sul nuovo obbligo di *Strong Customer Authentication* si rinvia alle considerazioni svolte nel secondo capitolo.

<sup>390</sup> Ai sensi dell'art. 97, commi 1 e 2, PSD2 «1. Gli Stati membri provvedono a che un prestatore di servizi di pagamento applichi l'autenticazione forte del cliente quando il pagatore: a) accede al suo conto di pagamento on line; b) dispone un'operazione di pagamento elettronico; c) effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi.

2. Nel caso dell'avvio di un'operazione di pagamento elettronico a distanza di cui al paragrafo 1, lettera b), gli Stati membri provvedono affinché, per le operazioni di pagamento elettronico a distanza, i prestatori di servizi di pagamento applichino l'autenticazione forte del cliente che comprenda elementi che colleghino in maniera dinamica l'operazione a uno specifico importo e a un beneficiario specifico». L'articolo è stato recepito nel nostro ordinamento a mezzo dell'art. 10-bis, d.lg. 11/2010.

<sup>391</sup> Invero, l'obbligo di prevedere sistemi di autenticazione forte della clientela era stato introdotto nel nostro ordinamento, a livello pretorio, già prima dell'entrata in vigore della PSD2 tramite alcune pronunce dell'ABF. In particolare, l'ABF aveva ritenuto che l'adozione da parte dei PSP di sistemi di autenticazione forte (*recte* a due fattori). fosse

La PSD2 infatti, richiedendo a tutti i PSP un potenziamento generalizzato delle misure di sicurezza, introduce il principio secondo il quale «tutti i servizi di pagamento offerti elettronicamente dovrebbero essere prestati in maniera sicura, adottando tecnologie in grado di garantire l'autenticazione sicura dell'utente e di ridurre al massimo il rischio di frode»<sup>392</sup>.

A tale obbligo, in particolare, fa da contraltare la previsione contenuta all'art. 74, comma 2, PSD2 che preclude al prestatore di servizi di pagamento che non abbia effettuato l'autenticazione forte del pagatore di potersi rivalere su quest'ultimo, salvo qualora abbia agito in modo fraudolento.

Al fine di comprendere meglio l'ambito di applicazione di tale regola appare fondamentale chiarire come l'esenzione dell'utente da ogni responsabilità a titolo di colpa opererà non solo nei casi, previsti dall'art. 91, comma 1, PSD2, in cui l'operazione di pagamento doveva essere autenticata in maniera forte dal PSP e questo non abbia assolto ai propri doveri, ma

---

necessaria per garantire l'effettività dei diritti degli utenti. A tal fine l'ABF aveva lavorato sia su norme di diritto generale che *sub* primarie. Sotto il primo aspetto, l'interpretazione si basava sugli artt. 1176 e 2050 c.c. quanto alla diligenza dell'accorto banchiere (il cd. *bonus argentarius*) ed in particolare alla circostanza che l'attività bancaria essendo un'attività pericolosa dovesse portare il banchiere ad adottare tutte le misure di sicurezza necessarie, paramtrate allo stadio delle conoscenze tecniche disponibili. A livello di legislazione *sub* primaria perché dal 2013 sia EBA che Banca d'Italia erano intervenuti sulla necessità di un sistema di autenticazione a due fattori. Occorre segnalare, tuttavia, come l'autenticazione a due fattori richiesta dall'ABF fosse notevolmente differente rispetto alla *Strong Customer Authentication* richiesta oggi dalla PSD2 in quanto la seconda, a differenza della prima, prevede due importanti requisiti ulteriori: quello dell'indipendenza delle distinte misure di sicurezza (a cui invero era arrivato anche l'ABF) e quello del cd. collegamento dinamico (cd. *dynamic link*). Sul punto v. M. C. PAGLIETTI, *Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018.

<sup>392</sup> Cfr. *considerando* 95, direttiva 2366/2015/UE.



anche nel caso in cui il PSP poteva avvalersi di una delle esenzioni dalla SCA previste dai *Regulatory Technical Standards* sviluppati dall'EBA<sup>393</sup>.

Per tale ragione appare cruciale che i PSP valutino attentamente la propria scelta di avvalersi o meno di una delle esenzioni previste dagli RTS, in quanto questo potrebbe avere un significativo impatto sul loro regime di responsabilità nei confronti del pagatore, rispetto al quale come detto saranno responsabili per ogni operazione non autorizzata<sup>394</sup>.

Quanto sopra esposto non significa che sarà sempre il prestatore di servizi di pagamento del pagatore il soggetto che finirà per sopportare le perdite finanziarie derivanti dalle operazioni di pagamento non autorizzate che sono state autenticate senza l'uso di sistemi di *Strong Customer Authentication*.

Qualora infatti l'autenticazione forte non sia avvenuta a causa del fatto che il beneficiario o il suo prestatore di servizi di pagamento non accettano sistemi di SCA (ad es. perché non dotati dei necessari dispositivi tecnologici), essi saranno tenuti a rimborsare il danno finanziario causato al PSP del pagatore (art. 94, comma 2, PSD2) che nel frattempo avrà provveduto, entro la giornata operativa successiva al ricevimento della notifica, a rimborsare le somme al proprio cliente.

## **5. La definizione di colpa grave nelle pronunce dell'Arbitro Bancario e Finanziario e lo scenario delle nuove tecnologie.**

---

<sup>393</sup> La Commissione europea ha adottato i RTS mediante il regolamento delegato 2018/389 in data 27 novembre 2017 che si applicherà a decorrere dal 14 settembre 2019, ad eccezione dei paragrafi 3 e 5 dell'art. 30 che si applicheranno a decorrere dal 14 marzo 2019.

<sup>394</sup> R. STEENNOT, *Reduced payer's liability for unauthorized payment transactions under the second Payment Services Directive (PSD2)*, in *Computer law & Security review*, 2018, p. 7.

Come si è visto nel primo paragrafo, la previsione di un regime di responsabilità oggettiva da un lato mira ad una corretta allocazione dei rischi derivanti dall'attività dei pagamenti, dall'altra sposa l'esigenza particolarmente avvertita all'interno del settore bancario di poter contare su regole di responsabilità chiare e certe (ed in quanto tali traducibili in rischi calcolabili attuarialmente), come dimostra il fatto che una disciplina simile a quella introdotta dal legislatore europeo era già rinvenibile nei precedenti modelli contrattuali adottati dalle banche prima dell'adozione della PSD<sup>395</sup>.

Tali esigenze, alle quali sia la PSD che la PSD2 hanno tentato di dare una risposta comunitaria armonizzata, sono state purtroppo nei fatti disattese da alcune importanti differenze interpretative che si sono cristallizzate già durante i primi periodi di vigenza della PSD<sup>396</sup>.

Mi riferisco in particolare alla definizione di «grave negligenza» la quale, assieme al dolo, rappresenta l'elemento soggettivo principe utilizzato dalla direttiva per imputare all'utente l'intera responsabilità di un'operazione di pagamento non autorizzata.

Sebbene la *ratio* della norma sia individuabile, come si è visto nel secondo paragrafo, nel pregevole tentativo di limitare l'azzardo morale da parte dell'utente il quale, in un contesto di responsabilità fortemente limitata, potrebbe tenere comportamenti in spregio al rischio, non può tacersi come il richiamo alla «colpa grave» richieda necessariamente l'innestarsi dell'attività interpretativa dei giudici (*recte* degli arbitri) i quali, trovandosi a dover applicare il principio sulla base delle specifiche peculiarità del caso concreto, rischiano di compromettere il raggiungimento degli obiettivi di *policy* a cui mira la direttiva, nonché il suo stesso intento di armonizzazione

---

<sup>395</sup> V. sul punto O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 408.

<sup>396</sup> Ciò anche alla luce del *considerando* 72 PSD2 (vecchio *considerando* 33 PSD), a tenore del quale, «è opportuno che di norma le prove e il grado della presunta negligenza siano valutati sulla base del diritto nazionale». 2

massima, proprio su un punto, quello della ripartizione della responsabilità fra utente e PSP, fra i più delicati di tutta la disciplina.

Nonostante l'onere di provare la grave negligenza ricada sul PSP, non si può nascondere come il meccanismo di presunzioni che si è affermato negli ultimi anni nella giurisprudenza ABF abbia in parte sconfessato il regime di responsabilità *consumer friendly* che mirava (e mira) invece a delineare la direttiva.<sup>397</sup>

Tradendo gli auspici della dottrina che, all'entrata in vigore della prima PSD, invitava l'interprete ad «un'interpretazione tendenzialmente restrittiva delle fattispecie sussumibili in tale ambito»<sup>398</sup>, gli orientamenti giurisprudenziali dell'ABF sul punto sono stati interessati negli anni da una dinamica di lento mutamento che ha condotto da un lato alla sostanziale inversione del regime probatorio previsto dalla direttiva e dall'altro ad un'interpretazione del concetto di «colpa grave» particolarmente ampia.

Se si considera come, al recepimento della PSD non abbia fatto seguito un incremento significativo delle pronunce giurisprudenziali sul tema, si comprende come un tale mutamento negli orientamenti giurisprudenziali

---

<sup>397</sup> Metteva in guardia da un tale rischio, O. TROIANO, voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012, p. 408 il quale temeva che la «colpa grave» potesse finire per assolvere il ruolo di «grimaldello» per sconfessare il regime di responsabilità *consumer friendly* adottato a livello europeo.

<sup>398</sup> O. TROIANO, *ult.op. cit.*, p. 408.

dell'ABF<sup>399</sup>, che è stato invece investito da una vastissima casistica<sup>400</sup>, abbia sostanzialmente trasformato i confini della colpa grave delineati dalla direttiva<sup>401</sup>.

Limitandoci qui all'analisi evolutiva delle tre fattispecie che, ad avviso di chi scrive, sono maggiormente sintomatiche della «colpa grave» del pagatore, ovvero l'obbligo di verificare la permanente disponibilità del dispositivo, la conservazione congiunta dello strumento di pagamento e del

---

<sup>399</sup> Nell'ambito dei pagamenti appare consono parlare delle decisioni dell'Arbitro Bancario e Finanziario in termini di giurisprudenza, nel senso che le pronunce di tale organo, per quanto non emesse dall'autorità giudiziaria, appaiono capaci di cambiare la fisionomia del diritto vivente. D'altra parte, in un tale settore del diritto il giurista non può prescindere dal riferimento all'attività degli organi stragiudiziali il cui operato sia rilevante con riguardo alla prassi. Sul punto v. I. A. CAGGIANO, *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una lettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2016, 2, p. 470, nota 14. Sulla prassi intesa come formante v. anche L. GATT, *Dal trust al trust*, Napoli, 2011, p. 17. Sull'Arbitro Bancario e Finanziario v. G. L. CARRIERO, *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, pp. 35 ss., R. CARLEO, *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2017, 1, pp. 21 ss., I. A. CAGGIANO, *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di «degiurisdizionalizzazione»*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 439 ss.

<sup>400</sup> Si consideri soltanto che, selezionando i campi «Bancomat e carte di debito» e «Utilizzo fraudolento» all'interno del sito *web* dell'Arbitro Bancario e Finanziario, il sistema segnala come le decisioni presenti nel sistema aventi una tale classificazione siano oltre 3400.

<sup>401</sup> Secondo F. CIRAIOLO, *Pagamento fraudolento con carta di credito e ripartizione delle responsabilità. Dagli orientamenti attuali alla revisione della PSD*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, 1, p. 152, la spiegazione del basso numero di pronunce giurisprudenziali sul tema può essere ricollegata da un lato all'avvento del nuovo sistema di risoluzione delle controversie rappresentato dall'Arbitro Bancario e Finanziario, dall'altro nella spesso modesta entità delle liti relative all'uso illegittimo di carte e strumenti di pagamento. A ciò occorre aggiungere il fatto che, nelle rare sentenze reperibili, la giurisprudenza si è mostrata poco incline ad applicare la normativa comunitaria, preferendo l'approccio tradizionalistico della responsabilità per colpa.

PIN e l'ipotesi di utilizzo di SCA, è possibile notare come l'ABF, da una lettura fortemente rigorosa della disciplina che ha caratterizzato i primi anni di attività, sia passato con il tempo ad ammettere il ricorso del PSP a robuste serie di presunzioni con evidenti effetti negativi per la posizione dell'utente.

Si prenda il caso della tempistica delle operazioni non autorizzate. Nonostante, come chiarito da una recente sentenza di merito, nessuna norma imponga la verifica periodica e ravvicinata della disponibilità dello strumento di pagamento da parte del titolare, sicché il fatto che l'utente si sia accorto dello smarrimento o della sottrazione a distanza di qualche giorno non potrebbe essere ascritto ad un'ipotesi di negligenza<sup>402</sup>, l'ABF considera da tempo il ritardo con il quale l'utente si avvede del furto come un elemento sintomatico, non solo della negligenza della custodia dello strumento, ma anche di una colpa grave in capo al titolare, condannandolo pertanto a sostenere interamente le conseguenze economiche derivanti dal furto<sup>403</sup>.

Ancora, sotto diverso profilo, si pensi al caso della valutazione della colpa grave del pagatore nelle ipotesi di conservazione congiunta dello strumento di pagamento e del PIN, nel quale l'evoluzione dell'orientamento dell'ABF nel senso suddetto è maggiormente evidente.

In un suo primo orientamento, rappresentato massimamente nella decisione n. 2118 del 14 ottobre 2011, l'ABF riconosce esplicitamente come, nel paradigma normativo introdotto dal d.lg. 11/2010, la colpa grave dell'utente dei servizi di pagamento venga richiesta «al fine di alterare la

---

<sup>402</sup> Cfr. Trib. Firenze, 19 gennaio 2016, secondo il quale non assume rilevanza nemmeno la circostanza che l'attore abbia omissso, in sede di denuncia penale, di fornire particolari circa data e luogo dello smarrimento o della sottrazione. Secondo il giudice, infatti, «è del tutto coerente e logico, in caso di sottrazione occulta o di smarrimento, che il titolare non sia in grado di collocare con precisione il momento della perdita di possesso sotto il profilo spaziale e temporale».

<sup>403</sup> ABF, Collegio di Napoli, 21 aprile 2016, n. 3686.

ripartizione del rischio attuata in base ad uno schema assicurativo» e pertanto non considera il fatto che sia la carta che la riproduzione del PIN siano custoditi nel medesimo involucro «fatto idoneo a sostenere un giudizio di grave colpevolezza da parte dell'utente». Secondo questo primo orientamento dell'ABF infatti, «non si può non considerare che l'utente per poter utilizzare la carta ha bisogno anche del pin» e poiché «i limiti alla capacità di memorizzazione umana sono quelli che sono» appare ragionevole ritenere che l'utente si possa avvalere della «tecnica della annotazione»<sup>404</sup>.

Secondo il Collegio, non appare rilevante neppure la circostanza che l'utilizzatore non si sia servito, per l'annotazione delle proprie credenziali di sicurezza, di tecniche di criptazione in quanto se ciò potrebbe forse rappresentare un'ipotesi di colpa non integra sicuramente un comportamento gravemente negligente dell'utilizzatore che implicherebbe, invece, «una valutazione della condotta in termini di totale trascuratezza verso i minimi accorgimenti che vengono utilizzati dai consociati al fine di evitare un accadimento dannoso e quindi si svolge più sul versante dell'analisi del nesso causale che non su quello della analisi della diligenza».

L'orientamento viene confermato alcuni anni dopo dal Collegio di Coordinamento ABF con la decisione n. 6168 del 29 novembre 2013 secondo il quale «non appare abnorme, né tantomeno inescusabile, il

---

<sup>404</sup> ABF, collegio di Milano, n. 2118 del 14 ottobre 2011. In breve, la pronuncia del Collegio si riferisce ad ipotesi di prelievo non autorizzato in seguito ad un furto che può essere così brevemente sintetizzato. Il 2 dicembre 2010, fra le ore 16.20 e le 16.30, la ricorrente subiva il furto della borsa dall'auto in sosta. Nella stessa borsa erano contenuti, tra l'altro, una carta di credito e un bancomat rilasciati dalla banca convenuta. La cliente provvedeva al blocco della carta di credito alle ore 17:02:51 e del bancomat alle ore 17:03:09 dello stesso giorno, presentando anche denuncia ai Carabinieri alle ore 17:33, e, il 9 dicembre successivo, disconosceva presso la banca gli addebiti in conto, effettuati lo stesso giorno del furto. In particolare, disconosceva per il bancomat un'operazione di prelievo di € 500,00.

comportamento di chi conserva il codice - come dinanzi accennato, con opportune cautele - nello stesso contenitore della carta, come è avvenuto per il ricorrente nel caso di specie». Il Collegio di Coordinamento conferma inoltre l'orientamento secondo cui l'utilizzo dello strumento di pagamento da parte del terzo in tempi ravvicinati rispetto al furto non possa fondare un indice presuntivo della sussistenza della colpa grave in capo all'utente, in quanto vietato dall'art. 10, d.lg. 11/2010.

Il cambio di rotta che segna il rovesciamento applicativo dell'art. 10 d.lg. 11/2010 avviene con la decisione del Collegio di Coordinamento n. 991 del 21 febbraio 2014 con il quale l'ABF, pur ripetendo nelle proprie premesse come la disparità di posizioni esistente nei rapporti fra fornitore ed utente dei servizi di pagamento trovi una giustificazione di natura «social-commerciale»<sup>405</sup>, ribalta sostanzialmente la ripartizione dell'onere probatorio prevista dalla direttiva nei casi in cui il prelievo non autorizzato sia stato compiuto attraverso una carta di pagamento dotata di microchip di ultima generazione. In tale ipotesi infatti, l'impossibilità tecnica (o l'altissima improbabilità) di contraffare una tale tipologia di carta, consentirebbe di escludere l'ipotesi di una clonazione della stessa in via presuntiva.

Alla luce di tali considerazioni, l'ABF argomenta la sussistenza di un comportamento gravemente negligente destinato ad assumere un rilievo assorbente e determinante nella concreta concatenazione degli eventi, «ogniqualevolta l'utente abbia ommesso di custodire il codice PIN separatamente dalla carta, in violazione dei patti, esplicitati nel contratto quadro, che ne regolano l'emissione e l'uso»<sup>406</sup>. E ciò anche, come nel caso

---

<sup>405</sup> ABF, Collegio coordinamento, 26 ottobre 2012, n. 3498.

<sup>406</sup> ABF, Collegio coordinamento, 21 febbraio 2014, n. 991 del 2014. Da notare come la decisione faccia riferimento ad un caso in cui lo strumento ed il relativo codice PIN erano, a detta dell'utente, stati sempre custoditi all'interno di un cassetto del comodino della camera da letto.

in questione, nell'ipotesi in cui lo strumento di pagamento ed il PIN siano conservati congiuntamente all'interno delle mura domestiche.

Dalle considerazioni fin qui svolte appare evidente come una simile interpretazione rischi di provocare, attraverso una serie di automatismi, una sostanziale presunzione di «colpa grave» in capo all'utente ogni qualvolta l'operazione non autorizzata sia stata disposta attraverso uno strumento di pagamento ritenuto generalmente «sicuro».

Presunzione che al contrario, come si è visto nel primo paragrafo del presente capitolo, non trova conferma nella realtà tecnica che sta alla base dei sistemi di autenticazione elettronici e che pertanto deve essere rigettata anche sul piano giuridico.

Non esiste infatti in materia una prova che può essere considerata «cruciale» e che consenta *a priori* di escludere la responsabilità del prestatore di servizi di pagamento, essendo sempre necessario effettuare una valutazione caso per caso della singola fattispecie concreta.

L'impossibilità di poter effettuare una valutazione, a livello normativo, sulla crucialità o meno di una prova rappresenta, d'altra parte, un elemento cardine della stessa PSD2 la quale prevede espressamente all'art. 72, comma 2, che «l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento, compreso se del caso il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, non è di per sé sufficiente a dimostrare che l'operazione di pagamento sia stata autorizzata dal pagatore né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto, dolosamente o con negligenza grave, a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 69».

La questione appare di fondamentale importanza anche in vista dell'evoluzione che interesserà i servizi di pagamento nel prossimo futuro.

L'obbligo generalizzato di adozione di sistemi di SCA previsto dall'art. 97 PSD2 pone infatti dei delicati profili di coordinamento fra il richiamato art. 72, comma 2, e l'art. 74, comma 2, PSD2 che prevede che



l'intermediario subisca tutto il costo dell'operazione fraudolenta qualora non esiga un'autenticazione forte del cliente.

Una ricostruzione della «colpa grave» nei termini proposti dall'ABF porterebbe alla paradossale conseguenza di passare da un regime in cui viene previsto che, in caso di mancata adozione di SCA, l'utente non sostenga alcun costo derivante da operazioni non autorizzate ad un regime in cui, in caso di adozione di SCA, sia l'intermediario a non sostenere mai alcun costo poiché, data l'altissima sicurezza caratterizzante tali forme di autenticazione, si arriverebbe sempre a presumere la colpa grave in capo all'utente.

Una simile ricostruzione appare evidentemente incompatibile con la disciplina e con le stesse finalità della direttiva europea che, lungi dal prevedere meccanismi di allocazione automatica dei costi derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate sugli utenti, mira invece a «rafforzare la fiducia di imprese e consumatori nei nuovi servizi di pagamento».

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, appare evidente come la decisione rispetto alla sussistenza o meno di un'ipotesi di colpa grave in capo all'utente non può basarsi su alcun automatismo interpretativo che, dall'assunto secondo il quale un determinato sistema di pagamento viene considerato «sicuro» faccia discendere la responsabilità dell'utente, ma deve essere necessariamente condotta caso per caso, indagando l'elemento soggettivo dell'utente anche alla luce delle caratteristiche personali dello stesso ed in particolare alla sua eventuale appartenenza alla categoria dei cd. consumatori vulnerabili<sup>407</sup>.

---

<sup>407</sup> Mi riferisco in particolare ai soggetti anziani, diversamente abili, o semplicemente dotati di un basso livello di alfabetizzazione informatica. Se, come visto in precedenza, la *ratio* sottesa all'introduzione di ipotesi di responsabilità dell'utente deve essere ricercata nella necessità di limitare l'azzardo morale degli utenti, appare evidente come la valutazione dell'elemento soggettivo della colpa grave non possa prescindere da un

## 6. Il regime di responsabilità nelle operazioni di pagamento disposte attraverso un PISP.

Dopo l'introduzione dell'obbligo di autenticazione forte del cliente, la novità maggior rilevante della PSD2 è senz'altro l'introduzione nell'ambito di applicazione della direttiva di nuovi soggetti regolamentati, i cd. *Third Party Provider* (TPP)<sup>408</sup>, che ha comportato la necessità di prevedere uno specifico regime di responsabilità per quei casi in cui l'operazione di pagamento venga disposta attraverso un *Payment Initiation Service Provider* (PISP)<sup>409</sup>.

Tali servizi permettono all'utente che intenda acquistare beni o servizi *on line*, di disporre pagamenti nella forma di bonifici attraverso la piattaforma di *home banking* messa a disposizione dal proprio prestatore di servizi di radicamento di conto (ASPS), previa verifica della disponibilità dei fondi.

Fino al recepimento della nuova direttiva il servizio di disposizione di ordini di pagamento si svolgeva in una «zona grigia» di regolamentazione<sup>410</sup>

---

indagine circa le caratteristiche soggettive dell'utente, alla luce delle quali valutare la sussistenza di comportamenti di *moral hazard* e la conseguente sussistenza della colpa grave. Sulla tutela dei clienti cd. «vulnerabili» v. G. BERTI DE MARINIS, *La tutela del cliente «vulnerabile»*, in *Banca, borsa titoli di credito*, in corso di pubblicazione.

<sup>408</sup> Per una breve analisi dei nuovi servizi di PIS e AIS nonché dei nuovi soggetti regolamentari nella PSD2 (*Third Party Providers*) si vedano le analisi svolte nel secondo capitolo.

<sup>409</sup> Cfr. G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in corso di pubblicazione. Il contributo, dedicato in generale alla disciplina dei pagamenti non autorizzati nella PSD2, rappresenta uno dei primi approcci della dottrina italiana al nuovo tema della responsabilità per operazioni non autorizzate in cui sia intervenuto un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

<sup>410</sup> Cfr. V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 159 s. il quale segnala come già nel provvedimento di Banca d'Italia del 5 luglio

in quanto, pur non entrando mai nella disponibilità dei fondi degli utenti, ai fini dell'operatività di tali servizi era necessario che l'utente comunicasse al PISP le credenziali e le procedure di autenticazione necessarie per poter accedere al proprio conto di pagamento *on line*<sup>411</sup>, in aperta violazione delle disposizioni contenute nel contratto quadro e con l'importante conseguenza che, in caso di operazioni di pagamento non autorizzate, tale comportamento

---

2011, emanato in attuazione dell'art. 31 d.lg. 11/2010, fosse contenuta la seguente definizione degli «*overlay services*»: «servizi che consentono l'esecuzione di pagamenti in ambiente internet attraverso l'interposizione – tra prestatore di servizi di pagamento e utilizzatore – di un soggetto attraverso l'utilizzo dei codici di autenticazione dell'utilizzatore» e di come nel capoverso 2.2. della Sezione IV del medesimo provvedimento, a 29, nt. 13, la Banca d'Italia avvertisse degli importanti rischi connessi alla concessione delle proprie credenziali di sicurezza a soggetti terzi. Nel provvedimento si legge infatti che «gli *overlay services*, [...] qualora svincolati da accordi con il prestatore di servizi di pagamento, risultano particolarmente esposti al rischio di frode» e che pertanto «è necessario che l'utilizzatore ottenga l'autorizzazione del proprio prestatore di servizi di pagamento prima di fornire a terzi i codici per l'utilizzo del servizio o dello strumento di pagamento: in tal modo è possibile per il prestatore individuare le richieste dei codici di sicurezza provenienti da soggetti che simulino la legittimità della richiesta medesima, come nel caso del *phishing*».

<sup>411</sup> Nella prassi sviluppatasi prima del recepimento della PSD2, tali credenziali venivano poi inserite dal PISP all'interno della piattaforma di *home banking* dell'utente attraverso una tecnica, chiamata *screen scraping*, che permette di simulare il comportamento dell'utente sul portale per disporre operazioni o acquisire informazioni per suo conto. In sede di elaborazione dei *Regulatory Technical Standards*, adottati ai sensi dell'art. 98 PSD2, l'EBA ha scelto di vietare tale tecnica, in quanto non ritenuta sicura, preferendo a questa l'utilizzo di API. Sullo *screen scraping* v. S. VEZZOSO, *Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy*, in V. BAGNOLI, *Competition and Innovation*, San Paolo, 2018, p. 35; A. ANTONUCCI, *La regolamentazione dei nuovi player di mercato (TPP) e dei nuovi servizi di pagamento*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018.

dell'utente avrebbe potuto essere considerato gravemente colpevole legittimando così il rifiuto della banca al rimborso<sup>412</sup>.

La necessità di assoggettare i soggetti che svolgono servizi di PIS (o AIS<sup>413</sup>) ad autorizzazione, obblighi di sicurezza e *compliance* nonché di prevedere una specifica disciplina in punto di responsabilità delle operazioni di pagamento disposte attraverso tali soggetti, è stata dunque una delle ragioni principali che ha spinto il legislatore europeo alla riforma della PSD.

Ebbene, senza voler qui replicare le considerazioni e le analisi svolte su tali nuovi servizi nel secondo capitolo, appare a chi scrive che, se dal punto di vista pratico l'avvento nel mercato di nuovi *player* tecnologici prometta una straordinaria semplificazione delle modalità di pagamento *on line*, l'interposizione fra il PSP del pagatore ed il PSP del beneficiario di un terzo prestatore, il PISP appunto, introduca dal punto di vista giuridico una notevole complicazione.

Complicazione che deriva da un lato dalla previsione di un nuovo diritto soggettivo in capo all'utente di servizi di pagamento, ovvero quello di potersi servire di un soggetto terzo (TPP) per la disposizione dei propri

---

<sup>412</sup> La protezione delle proprie credenziali di sicurezza personalizzate rappresenta uno dei principali obblighi che l'art. 69 PSD2 pone in capo all'utente di servizi di pagamento il quale, non appena riceve uno strumento di pagamento, è tenuto ad adottare «tutte le ragionevoli misure» per proteggerle. Si veda sul punto anche la pronuncia ABF, Collegio di Roma, decisione del 13 gennaio 2012, n. 85, con la quale l'Arbitro ha ritenuto la comunicazione delle proprie credenziali a terzi un'ipotesi di colpa grave, imputando interamente le conseguenze finanziarie derivanti dall'operazione fraudolenta in capo all'utente.

<sup>413</sup> A differenza del PIS, il nuovo servizio di *Account Information Server* (AIS) opera al di fuori della procedura dell'operazione di pagamento vera e propria, e consiste nel monitoraggio di uno o più conti di pagamento con ampio spettro di configurabilità dell'offerta. Sul punto cfr. le considerazioni svolte nel secondo capitolo.

ordini di pagamento<sup>414</sup>, dall'altro dalla nuova disciplina introdotta in caso di operazioni non autorizzate in cui sia intervenuto un PISP.

Limitandoci in questa sede all'aspetto delle operazioni non autorizzate, la prima cosa che occorre segnalare è come il servizio di disposizione di ordini di pagamento, pur risolvendosi essenzialmente in un *software* che mette in connessione la piattaforma di commercio elettronico con il sito *internet* dell'ASPSP e non consentendo pertanto al PISP di entrare nella disponibilità dei fondi oggetto di intermediazione, assume un ruolo decisivo e fondamentale nella fase iniziale del processo di pagamento.

È il PISP infatti, nel caso in cui il cliente si avvalga del servizio di disposizione, il soggetto al quale il pagatore presta il proprio consenso esplicito all'esecuzione di un pagamento<sup>415</sup> e che successivamente

---

<sup>414</sup> La PSD2 prevede infatti che il PSP di radicamento del conto debba provvedere all'esecuzione dell'ordine disposto attraverso un PISP anche in mancanza di una relazione contrattuale con quest'ultimo. In particolare, in sede di attuazione della direttiva è stato introdotto il nuovo art. 5 ter del d.lg. 27 gennaio 2010, n. 11, ai sensi del quale «il pagatore ha il diritto di avvalersi di un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento per il servizio di pagamento di cui all'articolo, 1, comma 2, lettera h-septies.1), n. 7, del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385». La norma ha carattere inderogabile sia per i contratti stipulati con consumatori che con professionisti, non rientrando all'interno delle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 2, comma 4, lett. b), d.lg. 11/2010. Ne deriva che un'eventuale pattuizione in senso contrario fra ASPSP ed il proprio cliente, che ad esempio escluda la facoltà di quest'ultimo di potersi servire di TPP, sarà nulla per contrasto a norma imperativa (nullità virtuale) ex art. 1418 cc. Parimenti, qualora il PSP di radicamento del conto rifiuti di eseguire una operazione di pagamento correttamente disposta dall'utente attraverso un servizio di PIS egli sarà senz'altro obbligato al risarcimento del danno (contrattuale) eventualmente cagionato al proprio cliente, ad esempio nel caso in cui gli abbia impedito di perfezionare la transazione. Sul diritto degli utenti di poter disporre ordini di pagamenti attraverso un PISP cfr. anche i *consideranda* 4, 27, 29 e 30 PSD2.

<sup>415</sup> Cfr. Art. 64, comma 2, PSD2 ai sensi del quale «il consenso ad eseguire un'operazione di pagamento o una serie di operazioni di pagamento è prestato nella forma convenuta tra il pagatore e il prestatore di servizi di pagamento. Il consenso ad eseguire un'operazione di pagamento può anche essere prestato tramite il beneficiario o il prestatore

trasmetterà, senza modificare l'importo o qualsiasi altro dato dell'operazione, l'ordine di pagamento all'ASPSP identificandosi presso lo stesso in maniera sicura<sup>416</sup>.

Tali circostanze mostrano chiaramente come la partecipazione al processo di pagamento di un ulteriore intermediario (il PISP) possa comportare importanti ricadute in punto di responsabilità ogni qualvolta il pagamento non sia autorizzato ovvero, ai sensi dell'art. 64 PSD2, paragrafo 2, quando manchi «un valido consenso espresso dal titolare del conto di pagamento».

Sotto tale profilo, le ipotesi più rilevanti saranno certamente quelle collegate all'utilizzo «abusivo» del servizio, nel caso in cui un soggetto terzo riesca a violare le credenziali personalizzate dell'utente che fungono da mezzo per l'attribuzione di paternità dell'ordine.

Le direttrici lungo le quali si muove il nuovo regime di responsabilità introdotto dalla direttiva, nel caso di operazioni non autorizzate<sup>417</sup> nelle quali sia intervenuto un PISP, sono essenzialmente due.

La prima è rappresentata dall'intento del legislatore comunitario di garantire una tutela effettiva ed immediata all'utente di servizi di pagamento che abbia lamentato un'operazione non autorizzata sul proprio conto, prevedendo il diritto dello stesso di chiedere direttamente il rimborso al proprio prestatore di servizi di radicamento del conto (ad es. la propria

---

di servizi di disposizione di ordine di pagamento. In mancanza di consenso, un'operazione di pagamento è considerata non autorizzata».

<sup>416</sup> V. in particolare l'art. 35, regolamento delegato della Commissione 389/2018/UE, ai sensi del quale sia gli ASPSP che i TPP sono tenuti a provvedere affinché, durante lo scambio di dati via *Internet*, sia applicata la crittografia sicura tra le parti coinvolte nella comunicazione durante l'intera sessione di comunicazione al fine di preservare la riservatezza e l'integrità dei dati.

<sup>417</sup> Ai sensi dell'art. 64, comma 2, PSD2 un'operazione di pagamento è considerata non autorizzata ogni qualvolta manchi un consenso valido da parte del titolare dello strumento di pagamento.

banca) e ciò anche qualora un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento sia coinvolto nell'operazione<sup>418</sup>.

Tale previsione, pur non incidendo, come si vedrà in seguito, sul regime di ripartizione delle responsabilità tra i vari PSP coinvolti, appare essenziale al fine di garantire un alto livello di protezione degli utenti di servizi di pagamento e trova la propria giustificazione in ragione della «relazione di prossimità» che normalmente si instaura fra l'utente ed il proprio ASPSP<sup>419</sup>.

Il prestatore di servizi di radicamento del conto infatti, da un lato rappresenta l'intermediario con il quale il consumatore ha comunemente maggiore familiarità e che quindi sarà più facile per lui individuare e contattare, dall'altro è un soggetto necessariamente più strutturato (spesso una banca) rispetto al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

Con una tale scelta si risponde dunque alle «esigenze di rapidità e di semplificazione» caratterizzanti la posizione del consumatore che ha subito l'operazione non autorizzata, dando a quest'ultimo, a prescindere dalle concrete modalità con cui è avvenuta l'operazione non autorizzata, sempre lo stesso unico interlocutore (l'ASPSP) sul quale grava l'obbligo di

---

<sup>418</sup> Cfr. *considerando* 73 PSD2, il quale specifica come una tale previsione sia strumentale a garantire un alto livello di protezione dei consumatori in tutta l'Unione e che pertanto, nel caso di rapporti B2B, possono applicarsi disposizioni diverse su base pattizia, in quanto tali utenti sono normalmente in grado di valutare meglio il rischio di frode e di adottare contromisure.

<sup>419</sup> Riconde la *ratio* di una tale previsione alla «relazione di prossimità» che caratterizza la relazione fra utente ed il proprio prestatore di servizi di radicamento di conto (normalmente un soggetto bancario) P. SIRENA, *Le responsabilità dell'ASPSP per la corretta esecuzione dell'ordine di pagamento*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018.

ripristinare - entro la giornata operativa successiva al ricevimento della denuncia<sup>420</sup> - la provvista compromessa<sup>421</sup>.

D'altra parte, come segnalato da attenta dottrina che si è occupata per prima della tematica<sup>422</sup>, all'obbligo immediato del rimborso da parte del PSP di radicamento del conto corrisponde sempre il potere di controllo dell'ASPSP sul conto di pagamento che trova la sua massima dimostrazione nella facoltà dello stesso di rifiutare, con le modalità previste dall'art. 68, commi 5 e 6, PSD2<sup>423</sup>, la richiesta di accesso di un TPP ad un conto di pagamento «per motivi connessi all'accesso non autorizzato o fraudolento»<sup>424</sup>.

Tale potere di controllo si manifesta inoltre, come visto nel secondo capitolo, nella possibilità dell'ASPSP di imporre al PISP l'autenticazione forte dell'utente.

Infatti, nonostante l'autenticazione dell'utente possa essere effettuata dal PISP, al quale il regolamento delegato 389/2018/UE riconosce allo scopo il diritto di avvalersi di tutte le procedure di autenticazione (inclusa dunque la procedura di autenticazione forte) normalmente fornite dall'ASPSP all'utente del servizio di pagamento tramite il proprio portale di *home banking*<sup>425</sup>, la scelta di procedere o meno all'autenticazione forte del cliente spetta in ogni caso all'ASPSP, il quale sarà anche chiamato a decidere se

---

<sup>420</sup> Cfr. art. 73, comma 1, PSD2 e art. 9, comma 2 bis del d.lg. n. 11 del 2010.

<sup>421</sup> Cfr. G. BERTI DE MARINIS, *ult. op. cit.*

<sup>422</sup> G. BERTI DE MARINIS, *ult. op. cit.*

<sup>423</sup> Il diritto/obbligo del PSP di radicamento del conto di rifiutare l'accesso ad un TPP per motivi connessi all'accesso non autorizzato o fraudolento al conto di pagamento deve tuttavia basarsi su «motivi obiettivamente giustificati e debitamente comprovati». In tali casi l'ASPSP è tenuto ad avvisare il pagatore del rifiuto indicando i relativi motivi e a comunicare immediatamente a Banca d'Italia l'incidente collegato al prestatore di servizi di informazione sui conti o al prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

<sup>424</sup> Cfr. 68, comma 5 PSD2 recepito all'art. 6 *bis*, comma 1, d.lg. n. 11 del 2010.

<sup>425</sup> V. art. 30, comma 2, regolamento delegato della Commissione 389/2018/UE.



alla procedura di autenticazione di accesso al conto di pagamento sia applicabile una delle esenzioni previste dal regolamento RTS<sup>426</sup>.

La seconda direttrice lungo la quale si muove la disciplina prevista dall'art. 73, paragrafo 2 PSD2 (art. 25 bis, d.lg. 11/2010) mira a ripartire la responsabilità nei rapporti interni fra i due PSP, a seconda della parte dell'operazione che si è svolta sotto il loro controllo<sup>427</sup>.

Qualora il responsabile dell'operazione di pagamento non autorizzata sia il PISP, al PSP di radicamento del conto che abbia rimborsato al cliente le somme indebitamente sottratte spetta infatti, ai sensi dell'art. 73, comma 2, PSD2, il diritto ad agire in regresso nei confronti del prestatore del servizio di disposizione di ordini di pagamento per recuperare «le perdite subite o gli importi pagati in conseguenza del rimborso al pagatore, compreso l'importo dell'operazione di pagamento non autorizzata»<sup>428</sup>.

Il PISP è tenuto a rimborsare l'ASPSP immediatamente a fronte di una specifica richiesta di quest'ultimo ma la direttiva non specifica, a differenza di quanto invece avviene per il diritto di rimborso del pagatore, il termine della giornata operativa successiva il ricevimento della richiesta<sup>429</sup>.

In caso di disputa, l'onere della prova ricade sul PISP al quale spetta il compito di dimostrare che, nell'ambito delle sue competenze, l'operazione

---

<sup>426</sup> Sul punto v. *infra* le considerazioni svolte all'interno del secondo capitolo in tema di *Strong Customer Authentication*.

<sup>427</sup> Cfr. *considerando* 74 PSD2.

<sup>428</sup> Sul punto v. M. DONNELLY, *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 834.

<sup>429</sup> Il termine è stato tuttavia inserito dal legislatore italiano in sede di recepimento della direttiva all'art. 11, comma 2 bis, d.lg. 11/2010. Sul punto occorre segnalare come la disciplina italiana sia più dettagliata rispetto a quella europea in quanto, oltre alla puntualizzazione relativa al termine entro il quale deve essere effettuato il rimborso, prevede che il PISP rimborsi in ogni caso l'ASPSP salvo poi dimostrare la propria estraneità rispetto all'operazione non autorizzata.

di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o altri inconvenienti riguardanti il servizio di pagamento del quale è incaricato<sup>430</sup>.

Dalla lettura della direttiva e del relativo decreto di recepimento appare che la responsabilità del PISP nei confronti dell'ASPSP sia di tipo oggettivo, nel senso che il primo sarà sempre responsabile per l'intero nei confronti del secondo ogni qualvolta non riesca a fornire la prova contraria richiesta dalla norma.

Viene dunque trascurato il profilo, che pure appare rilevante a chi scrive e avrebbe forse meritato maggiore attenzione da parte del legislatore, relativo ad un eventuale concorso di colpa, potendosi astrattamente ipotizzare che la causa dell'operazione non autorizzata si realizzi grazie ad un inconveniente tecnico che avviene contemporaneamente sia dal lato del PISP che da quello del PSP di radicamento di conto.

Una tale circostanza induce a ritenere che l'allocatione della responsabilità extracontrattuale<sup>431</sup> in capo al PISP persegua una funzionalità, più che sanzionatoria, di tipo compensativo, ovvero, avendo concesso a tali soggetti l'ingresso nel mercato dei servizi di pagamento, fino a questo momento a loro precluso, il legislatore europeo pone in capo a questi ultimi l'onere di fornire la prova contraria.

La disposizione mira a indurre i soggetti che intervengono nel processo di pagamento ad assumersi la responsabilità per la parte dell'operazione sotto il loro controllo ed a stimolare in tale maniera la massima attenzione degli stessi nell'implementazione dei necessari presidi di sicurezza<sup>432</sup>.

---

<sup>430</sup> V. art. 73, comma 1, e art. 72, comma 1 PSD2.

<sup>431</sup> Naturalmente, è ben possibile che i due prestatori di servizi di pagamento decidano di regolamentare i propri interessi attraverso un accordo negoziale. In tale caso la responsabilità avrà certamente natura contrattuale.

<sup>432</sup> Cfr. il *considerando* n. 74 della direttiva PSD2.

Appare infatti evidente come, a fronte del moltiplicarsi degli intermediari che intervengono - ognuno rispetto ad uno specifico segmento - in una stessa operazione di pagamento, «sarebbe estremamente rischiosa la deresponsabilizzazione di uno dei due soggetti»<sup>433</sup>.

Nelle operazioni di pagamento disposte tramite PISP la direttiva delinea dunque un sistema di responsabilità «a cascata» in cui le perdite economiche derivanti dall'operazione non autorizzata vengono automaticamente e tempestivamente trasferite dal titolare del conto di pagamento al soggetto che, venendo meno al proprio obbligo di presidiare la sicurezza della parte di operazione che si svolge sotto la propria sfera di controllo, ha permesso o comunque agevolato il verificarsi dell'evento lesivo. Infine, da questo soggetto, le relative perdite economiche verranno scaricate sull'impresa assicurativa con la quale il PISP è obbligato a stipulare<sup>434</sup>, ai sensi dell'art.

---

<sup>433</sup> Cfr. sul punto G. BERTI DE MARINIS, *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in corso di pubblicazione.

<sup>434</sup> Come visto nel secondo capitolo, la direttiva non richiede ai PISP (che svolgono esclusivamente tale servizio) di dotarsi di fondi propri, limitandosi a prevedere, nel tentativo di bilanciare le esigenze di protezione della clientela e la necessità di non limitare il progresso tecnologico con oneri autorizzativi eccessivamente gravosi, la stipula di una polizza assicurativa. Cfr. sul punto il *considerando* 35 PSD2, secondo il quale sarebbe «sproporzionato» imporre ai TPP requisiti di fondi propri dal momento che questi, allorché prestano esclusivamente i servizi di PIS e AIS, «non detengono fondi dei clienti». Da notare come il principio di proporzionalità caratterizzi l'intero impianto della direttiva ed in particolare la disciplina dei nuovi TPP, nei confronti dei quali si teme che un'eccessiva regolamentazione possa inficiare negativamente il loro sviluppo futuro. Un quadro giuridico e normativo proporzionato per i pagamenti è «uno che non è eccessivamente restrittivo e oneroso rispetto alle possibili problematiche che dovrebbe risolvere o al numero e al valore di trasferimenti in gioco». Cfr. E. CERVONE, *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 4, suppl. 1, 2016, p. 60, nota 46.

5, paragrafo 2 PSD2, una polizza assicurativa che copra i danni eventualmente provocati nell'esercizio della propria attività<sup>435</sup>.

Dalla prospettiva dell'utente di servizi di pagamento *on line* risulterà così indifferente, sul punto della responsabilità, lo strumento di pagamento utilizzato, in quanto, in ogni caso, egli si troverà a comunicare con il medesimo soggetto - il proprio PSP di radicamento del conto - e sarà chiamato a sopportare la perdita nei soli casi in cui abbia agito con colpa grave o in modo fraudolento<sup>436</sup>.

Una tale scelta appare coerente con l'intento principale della PSD2 che è quello di rafforzare la fiducia dei consumatori nei nuovi strumenti di pagamento e favorire così il passaggio del commercio *on line*, attualmente caratterizzato da soluzioni di pagamento basate quasi esclusivamente su carta, ad un nuovo stadio caratterizzato da una pluralità di servizi di pagamento (fra cui i PIS), che promettono, tramite soluzioni tecnologiche

---

<sup>435</sup> Cfr. Art. 5, par. 2, direttiva 2366/2015/UE recepito nell'ordinamento italiano all'art. 114-*septies*, comma 1, t.u.b. La garanzia deve essere idonea a coprire i rischi derivanti dal compimento di operazioni di pagamento non autorizzate e dalla mancata o inesatta esecuzione di ordine di pagamento.

<sup>436</sup> V., in dottrina, V. DE STASIO, *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, cit., p. 159 s., il quale fa notare come nel sistema delineato dalla PSD2, «fermo restando che l'autorizzazione all'addebito e al conteggio non può che riportarsi alla volontà dell'utilizzatore del servizio di pagamento il cui conto è destinato ad essere addebitato in conseguenza dell'esecuzione dell'ordine, si dovrà invece verificare, nella nuova disciplina del *payment initiation order*, se e quanto l'«attivo coinvolgimento» del pagatore o del beneficiario nella trasmissione delle credenziali del pagatore circoscriva l'attività del TPP a una mera funzione di trasmissione (di «*nuncius*» dell'ordine di pagamento del pagatore o del beneficiario) o se, piuttosto, il servizio fornito dal TPP al cliente, non limitandosi in concreto a una mera trasmissione, possa comportare che l'emissione dell'ordine di pagamento venga giuridicamente imputata al TPP stesso».

originali, un abbattimento dei costi collegati alle singole operazioni ed una maggior efficienza del mercato stesso<sup>437</sup>.

---

<sup>437</sup> Sul punto si veda F. CASCINELLI, V. PISTONI e G. ZANETTI, *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016; M. M. PIMPINELLA, G. CARRAFIELLO, *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017.



## CONCLUSIONES

A) Por muchos aspectos, la directiva PSDII ofrece un enfoque más eficaz a la tutela del usuario de servicios de pago respecto al mantenido hasta ahora. La mayor parte de las innovaciones que se han discutido en este trabajo pueden considerarse como una mejora de las tutelas prestadas precedentemente a la PSD.

Desde un punto de vista más amplio, lo que interesa de las modificaciones más significativas es sin duda la prestación de servicios de pago en el contexto *on line* y su consecuente exigencia de tutela del *ciber-consumidor*.

El fuerte carácter innovador de la PSD2 bajo este aspecto debe entenderse en un contexto de constante tensión entre las exigencias de desarrollo de un mercado – como el de los servicios de pago- permanentemente influenciado por el desarrollo de la tecnología ICT, la voluntad de favorecer la difusión de instrumentos de pago más eficientes y las consecuentes exigencias de tutela del usuario.

En cuanto a esto, la PSD2 representa el acto con el cual el legislador europeo afronta el mutado contexto económico y tecnológico y se ha centrado en el objetivo de *«contribuir a un ulterior desarrollo del mercado UE para los pagos electrónicos, en los que los consumidores, minoristas y otros operadores del mercado podrán aprovecharse de las ventajas ofrecidas por el mercado interno de la UE, en línea con la estrategia Europa 2020 y con la agenda digital»*.

Si bien, como se ha visto en el primer capítulo, la evolución normativa en el ámbito de los servicios de pago siempre se ha guiado por la innovación tecnológica, el cambio de perspectiva de la PSD2 respecto a las PSD resulta notable.

Mientras la PSD no se ocupaba, o lo hacía de manera marginal, de los pagos electrónicos efectuados en internet y de los concretos problemas que éstos conllevaban, la PSD2 se centra en la voluntad de contribuir al desarrollo del comercio electrónico dentro la Unión Europea y en ampliar el

espacio competitivo (*level playing field*) en el que los sujetos bancarios y no bancarios ( en particular, los nuevos prestatarios de servicios de pago electrónicos) puedan operar en condiciones de igualdad.

En realidad, se trata de la convicción de que la introducción de una mayor dinámica competitiva entre sujetos que prestan servicios de pago unido a un incremento de tutela para los usuarios de tales servicios pueda favorecer el paso del pago «en contante», a herramientas de pago más eficientes.

**B)** La voluntad de aumentar el nivel de protección de los usuarios de servicios de pago que operan dentro de la UE se ha pretendido en primer lugar a través de la ampliación del ámbito de aplicación de la directiva y de la modificación de los casos de exención existentes.

Sobre este punto, es relevante la extensión del *positive scope* de la directiva a las transacciones denominadas *one leg*, puesto que representa un significativo aumento de nivel de protección de los usuarios europeos, particularmente de los consumidores que realizan operaciones trámite internet o que utilizan servicios de envío de dinero con operadores extra-UE (por ejemplo los inmigrantes que usan tales servicios para enviar dinero a su país de origen), los cuales, a partir de la transposición de la PSD2, estarán tutelados por las normas en materia de transparencia contractual y de responsabilidad en caso de operaciones fraudulentas o no autorizadas.

Siempre dentro de los casos de extensión del *positive scope*, se retiene oportuna la disciplina de los nuevos servicios de *Payment Initiation* e *Account Information*.

La falta de una específica regulación sobre los nuevos *players* del mercado (TPP) y los nuevos servicios de pago (*overlay Payment Services – OPS*) dentro de la PSD, hacía que surgieran de hecho, en el plano de la tutela de los usuarios, numerosas cuestiones jurídicas derivadas de la falta de aplicación de las normas en materia de transparencia y de derechos y obligaciones de las partes, de la seguridad de las operaciones y de la responsabilidad derivada de las operaciones no autorizadas, así como de la competencia y de la protección de datos de los usuarios.



La regulación relativa a los *Overplay Payment Services* en la PSD2 y el sometimiento de los *Third Party Providers* a específicas obligaciones de autorización, de organización y de adecuada cobertura aseguradora, nos ha parecido proporcionada, consiguiendo, en el intento de garantizar un adecuado nivel de protección de los usuarios y de favorecer, al mismo tiempo, el desarrollo tecnológico de los nuevos servicios de pago.

Del mismo modo, también retenemos oportuna la remodelación de algunos casos de exención disciplinados anteriormente (*negative scope*), para adaptarlos al nuevo panorama tecnológico y eliminar algunas diferencias interpretativas que, cristalizándose en el curso de los años, habían reducido notablemente la tutela de los ciber-consumidores que usaban algunos de estos servicios.

En particular, la exclusión de los agentes comerciales, con frecuencia utilizada por las plataformas de *e-commerce* para eludir las rígidas normas previstas por la PSD para tutelar a los usuarios, ha sido modificada adecuadamente con el fin de introducir en el ámbito de aplicación de la directiva todos aquellos casos en los que el agente tiene posesión de los fondos del cliente u opera tanto para el prestatario como para el beneficiario.

Dedicamos consideraciones análogas a los cambios de las exenciones relativas a las redes de gasto limitado (*limited network*), a los ATM independientes y a los operadores de las telecomunicaciones. Sin embargo, en referencia a éstos últimos, aunque la exención deba retenerse positiva, dado el incremento del nivel de la tutela de los consumidores, el nuevo límite previsto en el art.3.1 parece excesivamente elevado, teniendo en cuenta el hecho de que los consumidores que más adquieren contenidos digitales pertenecen a las categorías más jóvenes y vulnerables de la población.

C) Desde otro aspecto, una de las novedades más importantes en cuanto a la protección de los usuarios de servicios es, sin duda, la introducción de las nuevas normas en materia de protección de datos y correcto funcionamiento de los sistemas de pago.

Con esa finalidad, la PSD2, solicitando a todos los PSP un potenciamiento general de las medidas de seguridad, introduce el principio según el cual «*todos los servicios de pago ofrecidos electrónicamente deberían garantizar la autenticación segura del usuario y reducir al máximo el riesgo de fraude*».

Bajo este perfil, la novedad más relevante introducida por la PSD2 es la relativa a la disciplina de los sistemas de autenticación reforzados de las operaciones de pago (*Strong Customer Authentication*).

Por autenticación reforzada del cliente se entiende la autenticación basada en la utilización de dos o más elementos categorizados como conocimiento (algo que sólo conoce el usuario, como una contraseña o un PIN), posesión (algo que sólo posee el usuario, por ejemplo un Token) e inherencia (algo que es el usuario, como la huella digital u otros datos biométricos), que son independientes —es decir, que la vulneración de uno no compromete la fiabilidad de los demás—, y concebida de manera que se proteja la confidencialidad de los datos de autenticación. La introducción de una obligación general de SCA para todas las operaciones de pago es instrumental a la reducción del número de fraudes cometidos con el uso no autorizado de herramientas de pago y asume en este sentido una importante función de tutela preventiva de los usuarios.

La importancia que el legislador europeo le asigna a la autenticación reforzada como medida destinada a elevar la seguridad de los pagos y la confianza de los usuarios, la verificamos en el hecho de que según el art.74.2 de la PSD2, en el caso en el que un PSP no realice la SCA deberá reembolsar a quien realiza el pago todos los eventuales daños derivados de una operación no autorizada.

Parte de la doctrina retiene que el legislador europeo ha introducido el art.74 para permitir a los PSP (y a los beneficiarios) no tener que solicitar la identificación reforzada del cliente, siempre que estén dispuestos a soportar los daños financieros que pudiesen existir. Según los seguidores de esta teoría, además, este desplazamiento de responsabilidad ha sido aplicado por

más de 25 años para los pagos con tarjetas de chip, basadas en el estándar de EMV y ha consentido a los comerciantes adoptar de manera eficaz mecanismos propios de gestión del riesgo.

Pero tales afirmaciones no aparecen del todo convincentes. Aun cuando no se comparta el parecer del EBA, según el cual el art.74.2 tendría vigencia transitoria, una interpretación del mismo que permitiese a los PSP elegir libremente si adoptar o no los sistemas de SCA, desnaturalizaría la elección del legislador europeo que ha querido introducir un deber general para los PSP y beneficiarios de utilizar la SCA para identificar las operaciones de pago, contribuyendo de este modo a aumentar la seguridad de los pagos y a disminuir drásticamente el índice de fraudes *on line* hacia los consumidores.

Siempre en referencia al ámbito de la tutela de los consumidores, además, la aplicación coherente de *Strong Customer Authentication* (SCA) tiene por efecto que las exclusiones se apliquen, con las mismas condiciones y del mismo modo, y que tengan una experiencia de consumo coherente.

Una interpretación distinta de la disposición, en base a la cual sería posible para los PSP no adoptar SCA cada vez que éstos decidan querer soportar el riesgo financiero de la transacción, chocaría además con la delegación del EBA contenida en la PSD2 de establecer exenciones a la aplicación de la SCA. Por definición, de hecho, una exención es sólo tal sólo si aplicable a casos limitados.

Una lista “abierta” de exclusiones, por último, determinaría un alto grado de incertidumbre sobre la aplicación de los SCA y supondría, con el tiempo, un vacío del principio de la autenticación segura de los pagos, que se coloca, sin embargo, en el centro de la nueva arquitectura dispuesta en la PSD2 sobre la tutela de la seguridad de los usuarios.

Por las razones recientemente descritas, la referencia del art.74.2 de la PSD2, a los casos en los que el PSP o el beneficiario no exijan autenticación reforzada del cliente, debe ser interpretado en el sentido de que ese régimen se aplicará sólo en los casos en los que el PSP quiera servirse de una de las exclusiones previstas. En tal caso, cuando de la

operación de pago derivasen pérdidas, éste deberá reembolsar los perjuicios al ordenante, a excepción de los casos en los que haya obrado dolosamente.

**D)** Entrando ahora en las formas de tutela contractual y precontractual del usuario de servicios de pago, analizadas en el tercer capítulo, se señala cómo la PSD2 establece una disciplina contractual uniforme de los servicios de pago – que determina los derechos y obligaciones de las partes - a la que se le suman normas concretas relativas a garantizar transparencia contractual, ya sea *ex ante* que *in executivis*.

Dentro del mercado de los servicios de pago, la transparencia representa uno de los aspectos principales que involucra a todos los actores que en él operan: usuarios, intermediarios y productores.

A cada uno de esos sujetos se dirige la normativa en cuestión, que nace de la necesidad de tutelar al usuario de servicios de pago, protegiéndolo de comportamientos incorrectos del empresario que puedan influenciar sus decisiones, con efectos distorsionantes de la competencia en todo el mercado.

El legislador, como en otros sectores del derecho, ha individuado en la transparencia la respuesta principal a tal problemática, asumiendo que una correcta información del uso de los servicios de pago pueda ser idónea para paliar la asimetría informativa que desde siempre ha caracterizado la relación consumidor-empresario, en particular en el ámbito bancario y financiero.

Con el fin de realizar un mercado único de servicios de pago transparente y competitivo, en el que los clientes puedan tomar decisiones racionales y orientarse libremente entre los servicios ofrecidos dentro de la Unión europea, la directiva prevee que los PSP deben facilitar información i) clara y de alta calidad; ii) proporcionales a la necesidad de los usuarios y comunicadas de modo estandarizado; iii) diferentes según se trate de operaciones de pago o de contratos marco.

La información a facilitar antes de la celebración del contrato tiene que ser amplia y siempre en formato papel u otro soporte duradero (como por ejemplo los resguardos bancarios, los CD-ROM, discos duros de ordenadores personales donde se pueden memorizar los mensajes de correo electrónico).

Al contrario, las partes pueden determinar libremente la modalidad de transmisión de la información sucesiva relativa a las operaciones de pago realizadas.

Un elemento central para la tutela del consumidor, la reserva la directiva en el derecho que éste tiene de recibir información importante por el PSP a título gratuito, ya sea antes de la celebración del contrato o cuando el consumidor lo solicite en el curso de la relación contractual.

Teniendo en cuenta la importancia de la transparencia para establecer los costes y las diferentes exigencias del cliente, la directiva permite a las partes acordar el pago de los gastos de información más frecuentes o añadidas. La entidad de tales gastos no se deja a la completa discreción del proveedor, en cuanto que deben ser *«adecuadas y proporcionadas a los costes efectivos soportados»*.

Así se confirma también en la PSD2 la atención por controlar la recuperación de los *«costes de información»*, para evitar que éstos puedan representar un modo para conseguir lucrarse de manera oculta.

Tal previsión, como se señala por parte de la doctrina, representa *«una indudable intromisión legislativa en el ámbito objetivo de las políticas tarifarias»*: la finalidad es impedir tarifas poco

transparentes que camuflen abusos en costes de información.

Al mismo tiempo, la presencia y la entidad de los costes ligados al envío de comunicaciones evidencia el nivel de eficacia del proveedor respecto a la competencia.

E) En general, las normas contenidas en el Título III de la Directiva están destinadas a dejar constancia al cliente de las condiciones contractuales

estipuladas por los proveedores de servicios de pago, de modo que les permita, antes de estipular el contrato, valorar las diferentes ofertas y tomar decisiones con conocimiento de causa.

Durante el curso del trabajo, sin embargo, se ha visto cómo a pesar de la opinión contraria de algunos autores que contemplan en el Título III sólo la finalidad comparativa y de transparencia, del esquema de la directiva se puede apreciar la voluntad del legislador comunitario- aunque de manera limitada- de reequilibrar las posiciones negociales en favor de la parte débil.

Los deberes de información y de transparencia previstos por la directiva, de hecho, desarrollan la función de garantía hacia el cliente contra las «*sorpresas contractuales*» en un doble nivel. En el momento de la formación del contrato, puesto que el PSP está vinculado a respetar las condiciones preventivamente anunciadas, en la fase ejecutiva, dado que el PSP no sólo no puede negarse a aplicar dichas condiciones sino que está también obligado a erogar el servicio tal cual está descrito, sin poder negarse a la prestación.

La coexistencia de ambas funciones, la de garantizar la transparencia de las condiciones contractuales y permitir la comparación de ofertas contractuales y la de tutelar al contratante débil, se aprecia particularmente en la disciplina de los «contratos marco».

F) El ámbito subjetivo de la disciplina contractual está regulado en el art.38 PSD2 ( art.30 PSD) a tenor del cual, las disposiciones contenidas en el Título III se aplican, independientemente de la forma que revista el cliente, a las operaciones de pago singulares, a los contratos marco y a las operaciones de pago sujetas a dichos contratos.

Sin embargo, mientras que algunas son inderogables siempre, otras, lo son sólo si el usuario de servicios de pago es un consumidor.

A los Estados miembros se les da, además, la posibilidad – bien usada por el legislador italiano desde la transposición de la “ primera” PSD - de equiparar la figura del consumidor a la microempresa.

La necesidad de tutela de la microempresa aparece de hecho comparable a la del consumidor sobretudo en el sector financiero (sobretudo en el de pagos) en el que «*la específica incompetencia financiera*» caracteriza una realidad empresarial cuantitativa y cualitativamente «*pequeña*», haciéndola particularmente vulnerable frente al intermediario, sujeto fuerte de la relación contractual.

En todos los casos en los que el cliente no es un consumidor o una microempresa, las partes pueden por tanto acordar el no aplicar en todo o en parte la normativa en cuestión, con el nuevo límite representado por el respeto del hecho que la disciplina pactada diversamente no puede contrastar con lo estipulado en el reglamento 751/2015/UE sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta.

El cuadro de referencia como resultado, parece más bien fragmentado, descompuesto en una articulación tripartida.

En primer lugar, la directiva extiende el propio ámbito de aplicación a todos los clientes, independientemente de su calificación subjetiva, realizando una armonización de *minimis* respecto a las obligaciones de información y a las reglas contractuales.

El principal objetivo de la directiva (al menos en lo que a las normas de los Títulos III y IV se refiere) es el de establecer una disciplina armonizada, aunque de tipo contractual, aplicable a todos los tipos de clientela, hasta el punto que para su no aplicación, en el caso de clientes *corporate*, será necesario un pacto específico distinto.

En segundo lugar, la directiva propone normas «*en cualquier caso*» inderogables, independientemente de la naturaleza subjetiva del cliente, destinadas a elevar la calidad y competitividad del mercado de los servicios de pago.

Dentro de este «*núcleo duro de protección*» contenido en el Título IV, relativo a los derechos y obligaciones en relación con la prestación y utilización de servicios de pago, se exceptúan sólo nuevos preceptos ( art. 62.1, art.64.3, arts. 71, 72, 74, 76, 77, 80 y 89) taxativamente enumerados

por el art.61 PSD2, los cuales, como los contenidos en el Título III, podrán no aplicarse cuando el cliente no sea consumidor.

Del análisis de los artículos expuestos, resulta evidente que el trazo común de todas las normas «*inderogables*» contenidas en el Título IV se representa por su función de modernizar y racionalizar la disciplina de los servicios de pago y por ello a incrementar el nivel general de eficiencia y favorecer una mayor difusión de los nuevos instrumentos de pago entre el público.

Por último, nos encontramos con las normas cuya aplicación puede derogarse cuando el cliente no sea un consumidor o una microempresa, o como se ha visto, aquellas contenidas en el Título III (por previsión expresa del art.38) y aquellas enumeradas en el art.61 PSD2.

No obstante la división entre normas aplicables a todas las categorías de contratos y aquellas relativas únicamente a los consumidores, pertenezca desde hace tiempo a «*la nomenclatura del léxico del legislador europeo*», tal previsión no nos parece oportuna puesto que crea una «*desviación disciplinar*», un «*doble camino*» que amenaza la unidad de la disciplina: donde en efecto las normas son derogables, la concreta regulación de la relación reside de hecho en la *lex mercatoria*.

El riesgo es que, sin defender oportunamente el papel de *law making* desarrollado por el proveedor de servicios de pago (quien predispone los reglamentos contractuales), vuelven a aparecer en las relaciones entre empresarios las cláusulas contractuales penalizadoras que tan fuertemente se combaten en el área de los consumidores.

A diferencia del consumidor, quien, además de las normas de protección inderogables estipuladas en su favor, puede beneficiarse de la disciplina en tema de cláusulas abusivas, los clientes *corporate* quedan expuestos al poder contractual del proveedor del servicio de pago a quienes la PSD2 continúa reconociéndoles la posibilidad de intervenir contractualmente también en los aspectos más delicados de la relación, o sea, a aquellos relativos al incumplimiento y a las órdenes de pago no autorizadas.



Enfocado así, la reproposición en la PSD2 de la misma lógica “bipartida” presente en la PSD, representa una ocasión perdida para el legislador europeo que habría podido introducir reglas, aun diferenciadas y de menor tutela respecto a las previstas para los consumidores, aplicables inderogablemente también a las transacciones *Business to Business*.

**G)** Dada la relevancia económica que están asumiendo en los últimos años los servicios de pago electrónico, contratados con frecuencia por los consumidores a distancia a través de internet, ha sido oportuno dedicarle atención a la modalidad en la que esa información debe ser facilitada cuando no es posible recurrir a un soporte de papel.

Considerando que la información difusa de la tecnología electrónica tiene normalmente carácter efímero, la directiva determina que dicha información se facilite en «*soporte de papel u otro soporte duradero*», con el fin de permitir al cliente recibir y conservar la información necesaria para proteger sus intereses.

Del análisis de la legislación europea y de la transposición podemos deducir que el soporte duradero debe contar con los siguientes cuatro requisitos: 1) permitir la conservación de la información transmitida personalmente al cliente; 2) consentir al cliente el acceso a la información en cualquier momento; 3) garantizar la conservación de la información en él contenida por un período de tiempo idóneo a garantizar la tutela de los intereses del cliente; 4) asegurar la integridad de la información y en particular su no transformación por parte del PSP.

A la luz de estas consideraciones, se retiene por lo tanto que, si la información en los extractos bancarios o la depositada en la bandeja de entrada del correo electrónico en la página del *home banking* se memorizan en el servidor del banco y el cliente tiene que entrar en el área virtual accediendo, y por lo tanto recuperando activamente la información, no podemos afirmar que eso sea suficiente para pensar que la información haya sido facilitada.

En el caso en el que el PSP quisiese poner la información a disposición del usuario a través del propio portal de *home banking* deberá por lo tanto informar al cliente de la presencia y de la disponibilidad de dicha información en el sitio web. Tal comunicación, deberá ser naturalmente enviada a través de un canal distinto del correo electrónico presente en el portal *home banking*.

**H)** La PSD2 no disciplina expresamente la modalidad de celebración del contrato marco de servicios de pago, respetando las distintas tradiciones jurídicas de los Estados miembros y dejando consecuentemente la relativa tarea a los legisladores nacionales.

Sin embargo, sí contempla normas concretas para regular los casos en los que el contrato marco, ya perfeccionado, sea objeto de modificación unilateral (*ius variandi*) por parte del proveedor de servicios de pago.

El art.54 PSD2 regula el poder de iniciativa del PSP referente a «*las condiciones contractuales y de la información y las condiciones especificadas en el artículo 52*», estableciendo que cualquier propuesta de modificación para el usuario se lleve a cabo con una antelación no inferior a dos meses respecto a la fecha de aplicación propuesta.

Anteriormente, en vigencia de la PSD, el plazo respecto al cual contar los dos meses de antelación era el acordado entre las partes, estipulado en el contrato marco.

La PSD2 ha sustituido el plazo previsto, precedentemente usado para indicar la fecha de aplicación de la modificación propuesta por el PSP, con el de «*propuesta*», aclarando que el plazo es el establecido en la misma propuesta de modificación determinada por el proveedor y dando mayor certeza en este aspecto al asunto relativo a las modificaciones unilaterales del contrato.

A la luz de las novedades introducidas por la PSD2, la propuesta de modificación deberá por lo tanto contener también una indicación concreta del plazo para su entrada en vigor, poniendo así al usuario en la condición

de disponer de un único documento que contenga todas las condiciones y términos para decidir si aceptar o, reaccionando rápidamente a la iniciativa del PSP, negarse a la propuesta de modificación.

En cualquier caso, condición necesaria para que se pueda proceder a la modificación unilateral de las condiciones contractuales es que esa posibilidad haya sido expresamente pactada dentro del contrato marco original. La directiva, de hecho, no atribuye *ex lege* el denominado *ius variandi*, sino que, al contrario, hace que derive del derecho de existencia de una específica condición contractual acordada entre las partes.

A tenor de la nueva fórmula del art.54 PSD2, retenemos, además, que al PSP no le corresponde un verdadero y propio *ius variandi*, un verdadero derecho potestativo de modificación unilateral del contrato, frente al cual el usuario tendría la única facultad, en caso de desacuerdo respecto a las modificaciones propuestas, de rescindir el contrato sin onerosidad.

Por contra, como se ha visto en el tercer capítulo, creemos que la facultad de resolver el contrato se suma, y no sustituye el derecho del usuario de negarse a las propuestas de modificación del contrato y que por tanto el artículo en objeto tenga la finalidad de reforzar la tutela del usuario, quien podría siempre elegir negarse a la propuesta, pero seguir manteniendo el vínculo contractual.

En favor de esta interpretación se mueven dos razones literales. La primera es el hecho de que ya sea el art.54 PSD2 que el 126-sexies t.u.b., a excepción de la fórmula planteada en la rúbrica, utilizan exclusivamente la expresión de «*modificación unilateral de las condiciones contractuales*». El sustantivo “*propuesta*”, junto al hecho de que la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato deba haber sido acordada contractualmente en precedencia por las partes, induce a pensar que el PSP tenga el poder de “*proponer*” la modificación de las condiciones pero no de “*modificar*” directamente las mismas.

La segunda razón, sin embargo, está ligada a los cambios aportados por la PSD2. La directiva del 2015, de hecho, aun sin suponer grandes

innovaciones al texto del “*antiguo*” art.44 PSD, ha introducido al final del primer apartado otro punto que no estaba presente en la versión anterior, en el que se insiste en que «*El usuario de servicios de pago podrá aceptar o rechazar las modificaciones antes de la fecha propuesta para su entrada en vigor*».

La disposición parece, a juicio de quien escribe, determinante. A la luz de la dificultad interpretativa que caracterizaba la precedente versión del art.44, es como si el legislador europeo hubiese querido aclarar la disposición, reafirmando que al usuario siempre le corresponde la «*elección*» de «*aceptar o rechazar las modificaciones*».

I) Llegando al perfil de la protección del usuario en caso de operaciones no autorizadas, nos parece que los numerosos cambios efectuados por la nueva directiva son aptos e idóneos para aumentar su tutela, en el sentido de disminuir los casos en los que éste será llamado a soportar las consecuencias financieras derivadas de una operación fraudulenta.

En particular, entre las nuevas reglas destinadas a incrementar la tutela de los usuarios, se señalan:

- 1) La introducción de un deber general de *Strong Customer Authentication* y la imposibilidad para el PSP de hacer responsable al usuario, por culpa o culpa grave, cada vez que la operación no haya sido validada por los sistemas de autenticación reforzada, también en el caso en el que el PSP opte por servirse de uno de los casos de exención contenidos en los *Regulatory Technical Standards* emanados por el EBA.
- 2) La previsión, según la cual el ordenante no puede considerarse responsable, ni siquiera limitadamente, cada vez que el usuario no pueda darse cuenta de la sustracción del instrumento de pago o de los códigos de seguridad personalizados necesarios para acceder a un servicio de pago online.

- 3) La reducción del importe máximo que el usuario está llamado a concurrir con el PSP, en el caso en el que el cumplimiento de la operación no autorizada no sea consecuencia de comportamientos fraudulentos o negligencias graves, de 150 euros a 50 euros.
- 4) La introducción del nuevo derecho subjetivo del usuario de servicios de pago, de poder disponer de sus propias órdenes de pago a través de un PISP y su consecuente nulidad virtual en caso de cláusula predispuesta por el ASPSP destinada a limitar el ejercicio de dicho derecho.
- 5) La equiparación, desde el punto de vista ya sea de los derechos de los que gozan como de las concretas modalidades a través de las cuales pueden hacer valer tales derechos, entre los usuarios que disponen una orden de pago a través de un *Payment Initiation Services Provider* y aquellos que se sirven directamente de la plataforma de *home banking* establecida por el proveedor de servicios de pago gestor de cuentas.
- 6) La obligación para el PSP que quiera afirmar la subsistencia de graves comportamientos negligentes o fraudulentos del usuario y excluir de tal modo su responsabilidad, de alegar pruebas suficientes que respalden sus afirmaciones. Dichas pruebas no pueden consistir en una mera demostración de que la operación ha sido correctamente autenticada a través de un sistema de SCA, puesto que, como se ha visto, no está en grado de probar, de por sí, la ausencia de defectos en el *software* que sirve al instrumento de pago que hayan podido producir un error o colaborar al ingreso de terceros no autorizados en el sistema.
- 7) El hecho de que los términos contractuales que regulan el uso de la herramienta de pago tengan que ser «*proporcionales*».
- 8) La obligación para el PSP de predisponer sistemas adecuados para poder efectuar la notificación en caso de pérdida, hurto o sustracción de la herramienta de pago a título gratuito y la consiguiente previsión

de responsabilidad ilimitada en caso de inobservancia del PSP de esa obligación.

- 9) El hecho de que, en caso de operaciones no autorizadas, la fecha válida de acreditación no tenga que ser sucesiva a la fecha en la que la suma haya sido sustraída.
- 10) El intento, aun contenido en los considerandos de la directiva, de delimitar mejor la noción de «negligencia grave» para evitar que el injerto de la actividad interpretativa de los jueces pueda nuevamente discrepar con el régimen de *consumer friendly* establecido por el legislador europeo.

En su conjunto, las modificaciones aportadas por la PSD2 parecen dirigidas a limitar más los casos de responsabilidad del usuario, consolidando la tendencia, ya presente en la PSD, de que los costes de los fraudes sean metabolizados por el sistema.

A pesar de que hayan sufrido una disminución sustancial, siguen existiendo casos en los que el usuario deberá soportar integralmente las consecuencias económicas de la operación no autorizada.

Se trata de casos que se han establecido, en mi opinión, no tanto por razones ligadas a un comportamiento reprochable al usuario (dolo o culpa grave), sino por la necesidad de controlar el azar moral postcontractual.

Es decir, en un contexto de completa irresponsabilidad, los usuarios podrían tener comportamientos despreocupados en cuanto al riesgo, sobretodo en los que a los aspectos relativos al deber de notificación y de conservación de las contraseñas se refiere, que supondría con el tiempo, una disminución del nivel de seguridad de los pagos y un aumento general de los costes.

En virtud de las consideraciones hasta ahora desarrolladas, parece evidente que la decisión respecto a la subsistencia o no de un caso de culpa grave por parte del usuario no puede basarse en algún automatismo interpretativo según el cual un determinado sistema de pago se considera “seguro” y haga reducir la responsabilidad del usuario, pero debe ser

examinada caso por caso, indagando el elemento subjetivo del usuario también en base a las características personales del mismo y en particular, su calificación como consumidor vulnerable.

En definitiva, las novedades introducidas por la PSD2 pueden ser valoradas positivamente, siendo conscientes, no obstante, de que el rápido desarrollo tecnológico que afecta al sector de pagos se traducirá pronto en obsolescencia normativa que, probablemente, hará que el legislador europeo deba adaptar el sistema de pagos a las futuras novedades que la ciencia propondrá o intentará imponer.

En realidad, algunas de las novedades ya estaban presentes en el mercado en el momento de la emanación de la PSD2 y habrían podido ser incluidas en el ámbito de la directiva.

Me refiero en particular, a las monedas virtuales y a la tecnología *blockchain*, cuya falta de regulación expone a los usuarios a notables riesgos y podría representar en el futuro un obstáculo a la difusión de nuevos servicios de pago.





## BIBLIOGRAFIA

ABI, *Rapporto ABI 2017 sul Mercato del Lavoro nell'Industria finanziaria*, 12 luglio 2018;

ACHILLE, D., e CHERTI, S., *Le clausole vessatorie nei contratti tra professionista e consumatore*, in RECINTO, G., MEZZASOMA, L., CHERTI, S., (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 85 ss.;

ALPA, G., *Contratti a distanza. Prime considerazioni*, in *Contratti*, 1999, p. 848 ss.;

ALPA, G., *La disciplina delle clausole abusive in Italia e nel Regno Unito. Metodi di controllo e questioni aperte*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2003, fasc. 2, pp. 783-822;

ALPA, G., *Le clausole vessatorie nei contratti con i risparmiatori (sintesi della relazione). Relazione al Convegno "La disciplina civilistica dei contratti di investimento"*, Milano, 22 maggio 2009, in *Rivista di diritto privato*, 2009, fasc. 3, pp. 9-14;

ALPA, G., *New perspectives in the protection of consumer: a general overview and some criticism on financial services*, in *European Business Law Review*, 2005, p. 729;

ALPA, G., *Nuove garanzie a tutela del consumatore. Commento alla direttiva 97/77/CE*, in *Contratti*, 1999, p. 421 ss;

AMOROSINO, S., *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008;

ANTONUCCI, A., *La regolamentazione dei nuovi player di mercato (TPP) e dei nuovi servizi di pagamento*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018;

ARENA, R. E., *La Direttiva comunitaria 93/13 sulle clausole abusive. Suo recepimento nell'ordinamento italiano con particolare riferimento alla disciplina dei contratti bancari*, in *Giurisprudenza di merito*, 1998, fasc. 1, 4, pp. 156-170;

AVGOUELEAS, E., *The global financial crisis and the disclosure paradigm in European Financial Regulation; the Case for Reform*, in *European Company and Financial Law Review*, 2009, vol. 6, 4;

BACCETTI, N., *Creditori extracontrattuali, patrimoni destinati e gruppi di società*, Milano, Giuffrè, 2009, 115 ss;

BAESSATO, B., D'ARCANGELI, A., ONZA, M., SALAMONE, L., *La trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*, in SALAMONE, L., SPADA, P., *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, V ed., Padova, 2014, 845 ss;

BAGELLA, M., *Note sull'evoluzione della moneta nell'economia contemporanea*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2015;

BAGELLA, M., *Note sulla evoluzione della moneta nell'economia contemporanea*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2015, p. 7 ss;

BANCA CENTRALE EUROPEA, *Fourth report on card fraud*, 2015, p. 7;

BANCA CENTRALE EUROPEA, *Recommendations for the Security of Internet Payments: Final Version Payments*, Frankfurt am Main, 2013;

BANCA CENTRALE EUROPEA, *The Single Euro Payments Area (SEPA): an Integrated Retail Payments Market*, Frankfurt am Main, 2013;

BANCA D'ITALIA, documento per la consultazione, *Recepimento in Italia degli orientamenti dell'ABE in materia di sicurezza dei pagamenti tramite canale internet*,  
<https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/consultazioni/2015/recepimento-orientamenti-abe/index.html>;

BANCA D'ITALIA, *Libro bianco sul sistema dei pagamenti in Italia: Progetti di intervento*, Roma, 1988;

BANCA D'ITALIA, *Provvedimento 5 luglio 2011 per l'attuazione del Titolo II del decreto legislativo n. 11 del 27 gennaio 2010 relativo ai servizi di pagamento (Diritti e obblighi delle parti)*;

BARBERIS, N., THALER, R., *A Survey of Behavioural Finance*, in *Handbook of the Economics of Finance*, Amsterdam, 2003, vol. 1, pp. 1053-1128;

BARCELLONA, M., *Per un codice civile europeo*, in M. MELI, M. R. MAUGERI (a cura di) *Armonizzazione del diritto privato europeo. Il Piano d'azione 2003*, Milano, 2004, 175 ss;

BATIZ-LAZO, B., e EFTHYMIU, L., (a cura di), *The Book of Payments*, London, 2016, p. 99;

BECK, T., DE LA TORRE, A., *The Basic Analytics of Access to Financial Services*, in *Financial Markets, Institutions & Instruments*, 16, 2, 2007, pp. 79-117;

BERTI DE MARINIS, G., *La disciplina dei pagamenti non autorizzati nel nuovo sistema delineato dalla direttiva PSD 2*, in *Diritto della Banca e del Mercato Finanziario*, 3, 2018, in corso di pubblicazione;

BERTI DE MARINIS, G., *La tutela del cliente «vulnerabile»*, in *Banca, borsa titoli di credito*, in corso di pubblicazione;

BIANCA, C. M., *Diritto civile, 3, Il contratto*, Milano, 2000, p. 342 ss;

BIANCA, C.M., *Diritto civile, 5, La responsabilità*, Milano, 2012, p. 11 ss.

BIANCA, M., *I contratti digitali*, in *Studium juris*, 1998, p. 1035 ss.;

BONFATTI, S., *Definitività delle operazioni compiute nell'ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Il fallimento*, 2001, p. 857;

BONZANINI, L., *Bonifici UE: si avvicina sempre di più la direttiva*, in *Informazioni legali*, 1995, 11, p. 63;

BONZANINI, L., *Un nuovo "fronte" per la protezione degli utenti bancari: la trasparenza sui bonifici transfrontalieri*, in *Informazioni legali*, 1995, 1, p. 73 ss;

BOSCHIERO, N., *La lex mercatoria nell'era della globalizzazione: considerazioni di diritto internazionale pubblico e privato*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p. 83;

BRADFORD, T., HAYASHI, F., HUNG, C., ROSATI, S., SULLIVAN, R.J., WANG, Z., WEINER, S.E., *Nonbanks and Risk in Retail Payments: EU and U.S.*, in M. E. JONHSON, *Managing Information Risk and the Economics of Security*, Berlino, 2009, pp. 17–53;

BUONOCORE, V., *Gli effetti sulle operazioni bancarie della nuova disciplina dei contratti con i consumatori. Nota a Trib. di Roma 21 gennaio 2000*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2000, fasc. 3, 2, pp. 237-247;

BURGE, M. E., *Apple Pay, Bitcoin, and Consumers: The ABCs of Future Public Payments Law*, in *Hastings Law Journal*, 2017, 67;

BUSSANI, M., INFANTINO, M., *Diritto europeo dei contratti: un'introduzione*, Torino, 2010, p. 21 ss;

CABELLA PISU, L., *La responsabilità del produttore*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, Napoli, 2004;

CAGGIANO, I. A., *L'arbitro bancario finanziario, esempio virtuoso di «degiurisdizionalizzazione»*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2015, pp. 439 ss;

CAGGIANO, I. A., *Pagamenti non autorizzati tra responsabilità e restituzioni. Una rilettura del d. legisl. 11/2010 e lo scenario delle nuove tecnologie*, in *Rivista di diritto civile*, 2, 2016, p. 459-510;

CALABRESI, M., *The costs of accidents*, Yale, 1970;

CALVO, R., *I contratti del consumatore*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, XXXIV, Padova, 2005, p. 70 ss.;

CAPGEMINI e BNP PARIBAS, *World Payments Report*, 2017.

CAPOBIANCO, E., *Art. 3*, in CAPOBIANCO, E., e PERLINGIERI, G., (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 16 ss;

- CAPOBIANCO, E., e PERLINGIERI, G., (a cura di), *Codice del consumo annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, Napoli, 2009, p. 16 ss;
- CAPRIGLIONE, F., (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2254 ss;
- CAPRIGLIONE, F., voce *Moneta*, in *Enciclopedia giuridica*, agg. III, 1999;
- CARIOTA FERRARA, L., *Riflessioni sul contratto normativo*, in *Scritti Minori*, Napoli, 1986, p. 144;
- CARLEO, R., *L'arbitro bancario-finanziario: anomalia felice o modello da replicare*, in *Rivista dell'arbitrato*, 2017, 1, pp. 21 ss.;
- CARRIERO, G. L., *ABF e principali ADR in materia finanziaria: profili comparatistici*, in *Contratto e impresa*, 2018, 1, pp. 35 ss.;
- CARRIERO, G., *La vigilanza della Banca d'Italia sul sistema dei pagamenti: obiettivi e strumenti*, in *Rivista di diritto dell'impresa*, 1999, p. 93 ss.;
- CASCINELLI, F., PISTONI, V., e ZANETTI, G., *La Direttiva (UE) 2015/2366 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno*, in *Diritto bancario*, 2016;
- CASTRONOVO, C., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006;
- CATENACCI M., e FORNASARO, C., *PSD2: i prestatori di servizi d'informazione sui conti (AISP)*, in *Diritto bancario*, 2018;
- CERENZA, L., *La legge-tipo sui trasferimenti internazionali di fondi predisposta dall'UNCITRAL*, in *Atti del Convegno su «Il sistema dei pagamenti»*, Perugia 23-24 ottobre 1992 e pubblicati in *Quaderni di ricerca giuridica della Banca d'Italia*, 29, 1993, p. 165 ss.;

CERVONE, E., *Strumenti di pagamento innovativi, interoperabilità e neutralità tecnologica: quali regole e quale governance per un mercato sicuro, efficiente ed innovativo*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, supplemento 1, 4, 2016, p. 41 ss.;

CIRAIOLO, F., *Pagamento fraudolento con carta di credito e ripartizione delle responsabilità. Dagli orientamenti attuali alla revisione della PSD*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, 1, p. 152;

COCCHI, E., *Sub. Art. 126-quinquies*, in CAPRIGLIONE F., (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2264;

COMMISSIONE EUROPEA, *Public consultation on the future of electronic commerce in the internal market and the implementation of the Directive on electronic commerce (2000/31/EC)*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/consultations/2010/e-commerce\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/2010/e-commerce_en.htm);

COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un mercato integrato dei pagamenti tramite carte, internet e telefono mobile*, COM (2011) 941 def.;

CONDEMI, M., *Gli istituti di pagamento tra orientamenti comunitari e disciplina nazionale*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI e O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, cit., p. 323 ss.;

COPPOLA, I., *"Markets in Financial Instruments Directive" (MiFID): trasparenza ed adeguatezza nel procedimento di formazione del contratto di investimento*, in *Rivista di diritto privato*, 2017, fasc. 2, pp. 113-125;

D'ARCANGELO, F., *Il contratto normativo*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 1, p. 62 ss;

D'ORAZIO, R., *Aspetti evolutivi della disciplina CEE delle carte di pagamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 765;

D'ORAZIO, R., *L'azione comunitaria in tema di carte di pagamento*, in *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, 1989, p. 767;

DE POLI, M., Sub. Art. 126-septies, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2279;

DE STASIO, V., *Ordine di pagamento non autorizzato e restituzione della moneta*, Milano, 2016, p. 156 ss;

DE STASIO, V., *Riparto di responsabilità e restituzioni nei pagamenti non autorizzati*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018;

DE' CAPITANI DI VIMERCATE, P., *Condizioni generali di contratto*, in *Il nuovo contratto*, Bologna, 2010, p. 801 ss;

DELFINI, F., *Contratto telematico e commercio elettronico*, Milano, 2002;

DELFINI, F., *Il d.p.r. 513/1997 e il contratto telematico*, in *I Contratti*, 1998, 293;

DELLAROSA, E., Sub Art. 28, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 314 ss;

DERMINE, J., *European Banking Integration: Don't Put the Cart before the Horse*, in *Financial Markets, Institutions & Instruments*, 2006;

DI AMATO, A., *I servizi di investimento*, in S. AMOROSINO, *Manuale di diritto del mercato finanziario*, Milano, 2008, p. 89;



DI MAIO, D., *Sicurezza dei pagamenti via internet: l'aggiornamento della Circolare Banca d'Italia n.285/2013 in recepimento degli Orientamenti dell'Autorità Bancaria Europea*, in *Diritto bancario*, 2016;

DI MAJO, A., *Obbligazioni in generale*, in *Commentario Scialoja-Branca* a cura di F. GALGANO, *Libro IV, Delle obbligazioni*, art. 1173-1176, 1985, Bologna-Roma, p. 454 ss.;

DI MARCO, G., *Trasparenza e qualità d'esecuzione dei pagamenti interni all'Unione Europea*, in *Le Società*, 1995, p. 23;

DOLMETTA, A.A., SCIARRONE ALIBRANDI, A., (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 59 ss;

DONNELLY, M., *Payments in the digital market: Evaluating the contribution of Payment Services Directive II*, in *Computer law & security review*, 2016, p. 828 ss.;

EBA, *Consultation Paper on the draft Regulatory Technical Standards specifying the requirements on strong customer authentication and common and secure communication under PSD2*, EBA-CP-2016-11, 12 agosto 2016;

EBA, *Consultation Paper on the implementation of draft EBA Guidelines on the security of internet payments prior to the transposition of revised Payment Services Directive (PSD2)*, 20 ottobre 2014;

EBA, *Final Guidelines on the Security of Internet Payments*, EBA/GL/2014/12\_Rev1, 2014;

EBA, *Final Report. Draft Regulatory Technical Standards on Strong Customer Authentication and common and secure communication under Article 98 of Directive 2015/2366 (PSD2)*, EBA/RTS/2017/02, 23 febbraio 2017, p. 8;

EBA, *Opinion of the European Banking Authority on the implementation of the RTS on SCA and CSC*, EBA-Op-2018-04, 13 giugno 2018, p. 10;

EBA, *Orientamenti sulle informazioni che devono essere fornite per ottenere l'autorizzazione degli istituti di pagamento e degli istituti di moneta elettronica, nonché per la registrazione dei prestatori di servizi di informazione sui conti ai sensi dell'articolo 5, paragrafo 5, della direttiva (UE) 2015/2366*, EBA/GL/2017/09.

EICHENGREEN, B., *Globalizing Capital. A History of the International Monetary System*, Princeton, 2008;

EUROPEAN PAYMENTS COUNCIL, *Euroland: our single payment area!*. *White Paper*, Brussels, 2002;

EVANS, D. S., e SCHMALENSEE, R., *Paying with Plastic. The digital revolution in buying and borrowing*, Cambridge, 2005;

FALCE, V., *Dalla self regulation al payment package. Storia delle commissioni interbancarie*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 1, 2015, p. 55;

FARINA, M. R., *Responsabilità degli intermediari bancari e finanziari e sistemi di internet banking: aggressione informatica e protezione del cliente*, in C.G. CORVESE, G. GIMIGLIANO, *Profili interdisciplinari del commercio elettronico*, Pisa, 2016, p. 97 ss;

FAVA, M., *Strong customer authentication. A business perspective*, Relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018, p. 2;

FERRARI, R., *L'era del FinTech. La rivoluzione digitale nei servizi finanziari*, Milano, 2016, p. 17;

FERRETTI, R., *Art. 126-septies*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, pp. 1118 ss;

FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Implementation of the revised Payment Services Directive (PSD II): Approach Document and final Handbook changes*, Policy Statement PS17/19, 2017, p. 20;

FINOCCHIARO, G., *Ancora novità legislative in materia di documento informatico: le recenti modifiche al Codice dell'amministrazione digitale*, in *Contratto e impresa*, 2, 2011, p. 495;

FLORENCIO, D., HERLEY, C., *Is everything we know about password stealing wrong?*, in *IEEE Security and Privacy*, 2012, pp. 63 ss.;

FORESTIERI, G., *Concorrenza e innovazione dei sistemi di pagamento retail*, in *Banca impresa società*, 3, 2002, p. 445;

GABASSI, G., LANGER, S., *Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento. Considerazioni distopiche tra il diritto nazionale italiano e austriaco e diacroniche tra PSD e PSD2*, in *Contratto e impresa*, 2018, 2, p. 650 ss;

GALE, D., *Money: in equilibrium*, Cambridge, 1982;

GALE, D., *The core of monetary economy without trust*, in *Journal of Economic Theory*, 18, 1978;

GALLIANI, F., *Della moneta*, Napoli, 1751, riedizione a cura di A. MEROLA, Milano, 1963;

GAMBINI, M., *Ius variandi bancario e finanziario tra tolleranza e reazione del cliente*, in *Banca borsa titoli di credito*, 2012, p. 415 ss.;

- GATT, L., *Dal trust al trust*, Napoli, 2011;
- GENTILI, A., *Documento informatico*, in *Enciclopedia del diritto. Annali V*, 2012, p. 629 ss.;
- GEVA, B., *Bank collections and Payment Transactions, Comparative Study of Legal Aspects*, Oxford, 2011, p. 312;
- GEVA, B., *Target2 Transfer of Funds and Harmonization of EU Payment Law*, in *41 Uniform Commercial Code Law Journal*, 2008, p. 113 ss.;
- GHINÈ, G., *Art. 3*, in CUFFARO, V., (a cura di), *Codice del consumo e norme collegate*, Milano, 2012, p. 8 ss.;
- GIMIGLIANO, G., *La trasparenza dei servizi di pagamento: profili ricostruttivi della disciplina comunitaria*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 78 ss.;
- GIMIGLIANO, G., PIRONTI, A., *L'attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno: prime osservazioni sul d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2, pp. 701 ss.;
- GITTI, G., *Appunti sull' «accordo normativo»*, in *Rivista di diritto privato*, 2002, 2, p. 249 ss.;
- GITTI, G., *Contratti regolamentari e normativi*, Padova, 1994;
- GIUGGIOLI, P. F., *Il contratto del consumatore*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, IV, Torino, 2012, p. 80 ss.;

GLAESSNER, T., KELLERMANN, T., MCNEVIN, V., *Electronic Security: Risk Mitigation in Financial Transactions Public Policy Issues*, World Bank Policy Research Working Paper 2870, 2002;

GOMEZ POMAR, F., *EC Consumer Protection Law and EC Competition Law: How Related are They? A Law and Economics Perspective*, InDret Working Paper n. 113, 2003;

GÓRKA, J., *Transforming Payment Systems in Europe*, London, 2016;

GRANATA, E., *Contratti bancari e clausole vessatorie alla luce della legge 52/96*, in *Bancaria*, 1996, fasc. 9, pp. 56-66;

GRANIERI, M., *Le liberalizzazioni dei servizi di pagamento e l'impatto della direttiva comunitaria sull'industria delle carte di credito. Alcune riflessioni preliminari*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009, p. 100;

GRISI, G., *La frontiera telematica della contrattazione a distanza*, in *Europa e diritto privato*, 1998, p. 895;

GUADAMUZ GONZALES, A., *PayPal: the legal status of c2c payments systems*, in *Computer Law & Security Review*, 20, p. 293;

GUGLIELMETTI, G., *I contratti normativi*, Padova, 1969;

GUIMARÃES, M. R., *Los medio de pago en el derecho europeo y en los instrumentos de armonización del derecho privado*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 4, 2017, p. 555 ss.;

HARRIS-BURLAND, W., DONÀ, A., *La proposition de directive de la Commission sur les virements transfrontaliers: première étape vers*

*l'établissement d'un cadre juridique*, in *Revue du Marché Unique Européen*, 1996, p. 185;

HELOIRE, M. C., *Politique communautaire à l'égard des consommateurs: les conditions d'une impulsion nouvelle*, in *Revue européenne de droit de la consommation*, 1987, p. 3 ss;

HILEMAN, G., *A history of alternative currencies*, London, 2014, p. 8;

JANCZUK-GORYWODA, A., *Evolution of EU retail payments law*, in *European Law Review*, 2015, 40 (6), p. 8;

JUNKER, J-C., *Un nuovo inizio per l'Europa. Il mio programma per l'occupazione, la crescita, l'equità e il cambiamento democratico*. Discorso di apertura della seduta plenaria del Parlamento europeo Strasburgo, 15 luglio 2014;

KEMP, R., *Mobile payments: current and emerging regulatory and contracting issues*, in *Computer Law & Security Review*, 29, p. 175;

KIRSCHEN, S., *Art. 3*, in G. ALPA, L. ROSSI CARLEO (a cura di), *Codice del consumo. Commentario*, Napoli, 2005, p. 48 ss;

LEE, N., *Tomorrow's Checkless, Cashless Society: the Problems, the Solutions, the Benefits*, in *Management Review*, Settembre 1967, pp. 58-62;

LEMME, G., PELUSO, S., *Criptomoneta e distacco dalla moneta legale: il caso bitcoin*, in *Rivista di Diritto bancario*, 11, 2016;

LEMME, G., PELUSO, S., *Criptomoneta e distacco della moneta legale: il caso Bitcoin*, in *Rivista trimestrale di diritto dell'economia*, 2016, p. 149 ss;

LIVI, M.A., *L'attuazione della direttiva 97/7/CE riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza*, in *Contratto e Impresa. Europa*, 1998, p. 1077;

LLAMAS POMBO, E., *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2018;

LOCARATOLO, S., *Patrimoni destinati ed insolvenza*, Milano, Giuffrè, 2005, 23 ss.;

LONDON ECONOMICS and IFF in association with PAYSYS, *Study on the Impact of Directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross border payments in the community*, Bruxelles, 2013;

MALAGUTI, M. C., *The Payment Services Directive. Pitfalls between the Acquis Communautaire and National Implementation*, in *ECRI Research Report*, 9, 2009, p. 21;

MALVAGNA, U., *Clausola di «riaddebito» e servizi di pagamento*, Milano, 2018;

MANCINI, M., *I sistemi di pagamento retail verso la Single Euro Payments Area (SEPA)*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009, p. 43;

MANCINI, M., *Il sistema dei pagamenti e la Banca centrale*, in GALANTI, E., (a cura di) *Diritto delle banche e degli intermediari finanziari*, Padova, 2008;

MANCINI, M., PERASSI, M., (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma 2009;

MANCINI, M., RISPOLI FARINA, M., SANTORO, V., SCIARRONE ALIBRANDI, A., TROIANO, O., *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011;

MANCINI, N., *Il nuovo assetto normativo dei servizi di pagamento*, in *Banca impresa società*, 1, 2013, p. 140;

MANSFIELD- DEVINE, S., *Open banking: opportunity and danger*, in *Computer Fraud & Security*, 10, 2016, pp. 8-13;

MARCOCCIO, G., e CORSINI, E., *Servizi di pagamento via Internet: il contesto normativo comunitario e italiano sugli aspetti rilevanti ai fini della sicurezza delle operazioni*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 16, n. 53, 2, 2015, pp. 271-294;

MARINO, G., *Dalla traditio pecuniae ai pagamenti digitali*, Torino, 2018;

MAROTTA, V., *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del seminario internazionale tenutosi a Montepulciano dal 14 al 17 giugno 2011*, Trento, 2012, p. 161 ss;

MARRELLA, F., *La nuova lex mercatoria tra controversie dogmatiche e mercato delle regole. Note di analisi economica del diritto dei contratti internazionali*, in *Sociologia del diritto*, 2005, p. 249;



MARULLO REEDTZ, C., *Art. 126-quater*, in CAPRIGLIONE, F., (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2254 ss.

MASON, S., BOHM, N., *Banking and fraud*, in *Computer law & security review*, 33, 2017, p. 236 ss.;

MASON, S., *Electronic Evidence*, London, 2017;

MASON, S., REINIGER, T. S., “*Trust*” *between machines? Establishing identity between humans and software code, or whether you know it is a dog, and if so, which dog?*, in *Computer and Telecommunications Law Review*, 5, 2015, pp. 135-148;

MAVROMATI, D., *The Law of Payment Services in the EU. The EC Directive on Payment Services in the Internal Market*, Alphen aan den Rijn, 2008;

MAY, R.M., LEVIN, R. M., SUGIHARA, G., *Complex systems: ecology for bankers*, in *Nature*, 451, 2008, pp. 893–895;

MAZZINI, F., *L’attuazione della direttiva 98/26/Ce sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Diritto della banca e dei mercati finanziari*, 2001, p. 167 ss.;

MECATTI, I., *Sub art. 33. Articolo 114-sexiex Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 403 ss.;

MEZZACAPO, S., *La nuova disciplina nazionale dei “conti di pagamento” alla luce dell’armonizzazione attuata con la Payment Accounts Directive*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2017, p. 787 ss.;

MEZZACAPO, S., *La nuova disciplina UE dei limiti alle interchange fees e delle business rules in materia di “pagamenti basati su carte”, tra regolamentazione strutturale del mercato interno e promozione della concorrenza*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, 2017, p. 455 ss.

MEZZASOMA, L., *Il consumatore e il professionista*, in G. RECINTO, L. MEZZASOMA, S. CHERTI (a cura di), *Diritti e tutele dei consumatori*, Napoli, 2014, p. 13 ss.;

MEZZASOMA, L., *La colpa del consumatore nelle procedure di sovraindebitamento. Relazione al Convegno "Il sovraindebitamento del consumatore tra diritto interno e ordinamenti stranieri"*, Terni, 19 maggio 2017, in *Rassegna di diritto civile*, 2017, 4, pp. 1378-1393.

MINERVINI, E., *Dei contratti del consumatore in generale*, 2° ed, Torino, 2010, p. 19;

MINERVINI, E., *Status delle parti e disciplina del contratto, Relazione svolta a Camerino il 5 settembre 2007 nell'ambito della seconda settimana di studio sul Diritto Privato Comunitario*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, 4, p. 8;

MOLITERNI, F., *Autoregolamentazione e sorveglianza nei sistemi di pagamento*, Bari, 2001, pp.17-18;

MOLITERNI, F., *I bonifici transfrontalieri dalla legge modello UNCITRAL alla Direttiva 97/5/CE*, in *Diritto del commercio internazionale*, 3, 1999, p. 547 ss.

MOLLE, G., *Le “convenzioni di corrispondenza”*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1955, 18, pp. 22-32;

- MONETA (voce), in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012.
- MONTELEONE, C., *Art.3. Definizioni*, in AA. VV., *Codice del consumo. Commento al D.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, Milano, 2006, p. 25 ss.;
- MONTI, G., *The revision of the consumer aquis from a competition law perspective*, in *European Review of Contract Law*, 2007, p. 295 ss.;
- MONTONESE, N., *Sul regolamento comunitario relativo ai pagamenti transfrontalieri in euro*, in *Impresa*, 2001, 10, p. 1556 ss.;
- MORERA, U., MARCHISIO, E., *Finanza, mercati, clienti e regole... ma soprattutto persone*, in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 1, 2012, p. 21;
- MUCCIARONE, G., *La liceità delle «spese secondarie» nelle operazioni bancarie: l'impatto della direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2010, 1, p. 62 ss.;
- MUCCIARONE, G., SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Sub art. 120 bis*, in *Commentario al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Torino, pp. 1767 ss.;
- OLIVIERI, G., *Compensazione e circolazione della moneta nei sistemi di pagamento*, Milano, 2002;
- OLIVIERI, G., *Prime riflessioni in margine alla Direttiva (97/5/CE) sui bonifici transfrontalieri*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1997, 1-2, p.143 ss.;
- OLIVIERI, G., *Usi ed abusi del ius variandi nei contratti bancari*, in *Analisi giuridica dell'Economia*, 1, 2011, p. 157 ss.;
- OLIVIERI, G., voce *Sistemi di pagamento*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIX, Roma, 1995, p. 1 ss.;

ORESTANO, A., *Accordo normativo e autonomia negoziale*, Padova, 2000;

PADOA SCHIOPPA, T., *La moneta e il sistema dei pagamenti*, Bologna, 1992;

PAGLIANTINI, S., *Il nuovo regime della trasparenza nella direttiva sui servizi di pagamento*, in *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 467;

PAGLIANTINI, S., *La nuova disciplina del cd. ius variandi nei contratti bancari: prime note critiche*, in *Contratti*, 2011, p. 191 ss.;

PAGLIETTI, M. C., *Questioni in materia di prova di pagamenti non autorizzati*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018.

PALAO-UCEDA, J., *Algunas breves notas sobre la evolución, medios de pago en la contractación y su impacto en la misma*, in E. LLAMAS POMBO, *Congreso Internacional de Derecho Civil Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Salamanca, 2018, p. 275 ss;

PALMIERI, A., LAGHEZZA, P., *Consumatori e clausole abusive: l'aggregazione fa la forza. Nota a Trib. Roma 21 gennaio 2000 ord. Trib. Palermo 10 gennaio 2000*, in *Il Foro italiano*, 2000, fasc. 6, 1, pp. 2046-2065;

PANETTA, F., *L'innovazione digitale nell'industria finanziaria italiana*, intervento al convegno del Comune di Milano e del Ministero dell'Economia e delle finanze per l'inaugurazione del *Fintech District*, Milano, 26 settembre 2017,

[http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2017/Panetta\\_26092017.pdf](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2017/Panetta_26092017.pdf);

PAOLO, *Digesto*, 18.1;

PAPA, E., *Sub articolo 33. Articolo 114-terdecies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO, *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 477 ss.;

PERASSI, M., *Armonizzazione e contratti bancari*, in F. CAFAGGI (a cura di) *Quale armonizzazione per il diritto europeo dei contratti?*, Padova, 2004, 159 ss.;

PERASSI, M., *L'attuazione della direttiva 98/26/CE sulla definitività degli ordini immessi in un sistema di pagamento o di regolamento titoli*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 2001, 1, p. 816 ss.;

PERLINGIERI, P., *Conclusioni*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA e F. RIZZO (a cura di), *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva Cee 93/13*, Napoli, 2013, p.175 ss.

PERLINGIERI, P., *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 400 ss.;

PERLINGIERI, P., *La tutela del consumatore nella Costituzione e nel Trattato di Amsterdam*, in P. PERLINGIERI, E. CATERINI (a cura di), *Il Diritto dei consumi*, vol. I, Napoli, 2004, p. 34;

PERLINGIERI, P., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, in *Rivista giuridica del Molise e del Sannio*, 1995, p. 99;

PERLINGIERI, P., *Relazione conclusiva*, in M. PARADISO (a cura di), *I mobili confini dell'autonomia privata*, in *Atti del Convegno di studi in onore*

del Prof. Carmelo Lazzara, Catania, 12-14 settembre 2002, Milano, 2005, p. 854;

PIACENTINI, B., *La trasparenza nei servizi di pagamento: il provvedimento di Banca d'Italia 20 giugno 2012*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2014, 3, p. 358.

PIMPINELLA, M. M., CARRAFIELLO, G., *L'evoluzione normativo-regolamentare nel settore dei pagamenti: PSD2 e Regolamento MIF*, Milano, 2017;

PORZIO, M., BELLI, F., LOSAPPIO, G., RISPOLI FARINA, M., SANTORO, V. (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, p. 1111;

PORZIO, M., *La disciplina generale dei contratti bancari*, in C. ANGELICI, F. BELLI, G.L. GRECO, M. PORZIO, M. RISPOLI FARINA (a cura di), *I contratti delle banche*, Torino, 2003, p. 77.

POSNER, R.A., *Economic Analysis of Law*, Aspen, 2010;

PROFETA, V., *Art. 126-sexiex Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 554;

PWC, *Global Fintech Report*, 2017;

R. PARDOLESI, *Contratti di distribuzione (voce)*, in *Enciclopedia giuridica*, IX, Roma, 1998;

RETAIL BANKING RESEARCH LTD, *Study of the impact of regulation 2560/2001 on bank charges for national payments*, London, 2005;

RISPOLI FARINA, M., SANTORO, V., SCIARRONE ALIBRANDI, A., TROIANO, O., (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 98;

RISPOLI FARINA, M., SPENA, A., *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 79;

RISSO, G., *"Consulenza in materia di investimenti" e tutela dell'investitore nella direttiva MiFID: tra armonizzazione europea e soluzioni interpretative nazionali. Commento a Dir. CE 2004/39*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2014, fasc. 2, pp. 807-831;

RISSO, G., *"Consulenza in materia di investimenti" e tutela dell'investitore nella direttiva MiFID: tra armonizzazione europea e soluzioni interpretative nazionali. Commento a Dir. CE 2004/39*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2014, 2, pp. 807-831

RIZZO, V., *Commento sub art. 33, comma 1, cod. cons.*, in E. CESÀRO (a cura di), *I contratti del consumatore – Commentario al Codice del consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206)*, Padova, 2007, p. 11;

RIZZO, V., *Documento informatico. Firma digitale e commercio elettronico*, Napoli, 2001;

RIZZO, V., *La disciplina del codice civile sulle condizioni generali di contratto e la tutela dell'aderente-consumatore: sua insufficienza*, in P. PERLINGIERI e E. CATERINI (a cura di), *Il diritto dei consumi*, I, Napoli, 2004, p. 197 ss.;

RIZZO, V., *Presentazione*, in A. BELLELLI, L. MEZZASOMA E F. RIZZO, *Le clausole vessatorie a vent'anni dalla direttiva CEE 93/13*, Napoli, 2014, p. 46;

ROMAGNOLI, G., *La protezione dei consumatori tra novella e disciplina speciale dei contratti bancari e finanziari. Relazione alla "Giornata di studio sulla nuova disciplina delle clausole vessatorie" organizzata dal "Centro di studi economici e giuridici", Rovigo, 24 gennaio 1998 in Giurisprudenza commerciale*, 1998, fasc. 3, 1, pp. 396-411;

RONCAGLIA, F., SEPE, M., *Art. 26-bis*, F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 2247;

ROPPO, V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppo di un nuovo paradigma*, in *Rivista di diritto privato*, 2001, p. 769 ss;

ROPPO, V., *L'utenza dei servizi di pagamento: consumatori? Professionisti? Clienti?*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 287 ss;

ROPPO, V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo. Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corriere giuridico*, 20019, 267 ss;

ROSSI, S., *FinTech e regole*, considerazioni conclusive del Direttore Generale della Banca d'Italia e Presidente dell'IVASS all'inaugurazione del Corso di Alta formazione per gli Amministratori e gli Organi di controllo delle imprese bancarie, Roma, 10 maggio 2018, in



[https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2018/rossi\\_fintech\\_20180510.pdf](https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-direttorio/int-dir-2018/rossi_fintech_20180510.pdf);

SALAMONE, L., SPADA, P., *Commentario breve al diritto delle cambiali, degli assegni e di altri strumenti di credito e mezzi di pagamento*, V ed., Padova, 2014, 845 ss;

SAMUELSON, P., *Economia*, Bologna, 1983, p. 255;

SANGIOVANNI, V., *L'informazione del consumatore nella commercializzazione a distanza dei servizi finanziari*, in *Diritto dell'internet*, 2009, p. 401;

SANTORO, V. *Artt. 114-terdecies*, in M. PORZIO, F. BELLI, G. LOSAPPIO, M. RISPOLI FARINA e V. SANTORO (a cura di), *Testo unico bancario. Commentario*, Milano, 2010, p. 934 ss.;

SANTORO, V., *Gli istituti di pagamento*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI e O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 51 ss;

SANTORO, V., *I conti di pagamento degli Istituti di pagamento*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 33;

SANTORO, V., *I servizi di pagamento*, in *Ianus*, 2012, p. 9 ss.;

SANTORO, V., *Sub. Art. 2, commi 1 e 2*, in *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 47;

SANTORO., V., *Istituti di pagamento*, in *Enc. dir.*, Ann. V., Milano, 2012, p. 353 ss;

SARTORI, F., *Art. 118 t.u.b.*, in F. CAPRIGLIONE (diretto da), *Commentario al testo unico delle leggi in materia bancaria e finanziaria*, IV ed., Milano, 2018, p. 1897;

SARTORI, F., *Sul potere unilaterale di modificazione del rapporto contrattuale: riflessioni in margine all'art. 118 T.U.B.*, in A.A. DOLMETTA, A. SCIARRONE ALIBRANDI (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e diritto applicato*, Milano, 2012, p. 127 ss.;

SCIARRONE ALBRANDI, A., *La sorveglianza sui sistemi di pagamento: evoluzione morfologica, strumenti e limiti*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1, p. 437;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *La definitività dei pagamenti dalla direttiva 98/26/CE al D.lgs. 12 aprile 2001, n. 2010*, in *Europa e diritto privato*, 2002, 3, p. 797 ss.;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *La direttiva comunitaria n. 97/5 in materia di bonifici transfrontalieri*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, parte 1, p. 786 ss.;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *La Raccomandazione comunitaria n. 97/489 relativa alle operazioni mediante strumenti di pagamento elettronici, con particolare riferimento alle relazioni tra gli emittenti ed i titolari di tali strumenti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1998, 4, 1, pp. 497-501;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Le banche e il sistema dei pagamenti*, in A. BROZZETTI (a cura di) *Riflessioni su banche e attività bancaria, immaginando il "futuribile"*. Atti del convegno «Banche e attività bancaria nel TUB: qualche riflessione su un ventennio di regolamentazione, immaginando il "futuribile" (per dirla con Franco Belli)» tenutosi a Siena il 19-20 settembre 2014, Milano, 2015;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Le recenti iniziative dell'Unione europea in materia di strumenti di pagamento*, in *Europa e Diritto Privato*, 1999, I, p. 269;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., *Le regole contrattuali*, in RISPOLI FARINA, M., SANTORO, V., SCIARRONE ALIBRANDI, A., TROIANO, O., (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 98;

SCIARRONE ALIBRANDI, A., MUCCIARONE, G., *La pluralità delle normative di ius variandi nel t.u.b.: sistema e fratture*, in DOLMETTA, A.A., SCIARRONE ALIBRANDI, A., (a cura di), *Ius variandi bancario. Sviluppi normativi e di diritto applicato*, Milano, 2012, p. 59 ss;

SIRENA, P., *La forma del documento informatico: atto pubblico e scrittura privata*, in *Studi e materiali*, 1, 2008, p. 141 ss.;

SIRENA, P., *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti bancari di credito al consumo*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1997, fasc. 3, 1, pp. 354-387;

SIRENA, P., *Le responsabilità dell'ASPSP per la corretta esecuzione dell'ordine di pagamento*, Considerazioni svolte in occasione del convegno *Innovazione e regole: il bilanciamento degli interessi nella PSD2 direttiva 2015/2366/UE* tenutosi a Roma il 12 ottobre 2018;

SMITH, A., *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, Torino, 1851;

SPENA, A. *Art. 126-sexies*, in PORZIO, M., BELLI, F., LOSAPPIO, G., RISPOLI FARINA, M., SANTORO, V. (a cura di), *Commentario al Testo Unico Bancario*, Milano, 2010, p. 1111;

STEENNOT, R., *Reduced payer's liability for unauthorized payment transactions under the second Payment Services Directive (PSD2)*, in *Computer Law & Security Review*, 2018, p. 1-11;

SZEGO, B., *Sub art. 126 septies Tub*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p. 567 ss;

TAVORMINA, V., *Ius variandi e contratti bancari*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2013, pp. 309-328;

TÉLLEZ, J., ZEADALLY, S., *Mobile Payment Systems. Secure Network Architectures and Protocols*, Cham, 2017, p. 13;

TESAURO, G., D'ALBERTI, M., (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000;

TESAURO, G., *Esportazione di valuta per turismo e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, vol. 107, 4, 1984, pp. 101-118;

TOSI, E., *PSD2, trattamento illecito dei dati personali e responsabilità civile tra Codice Privacy e GDPR*, relazione tenuta al Convegno «Recepimento PSD2 e novità sui servizi di pagamento», Milano, 28 marzo 2018;

TRIMARCHI, P., *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milano, 1961;

TROIANO, O., CUOCCI, V., PIRONTI, A., *Sub Art. 12 d.lg. 11/2010*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011, p.146;

TROIANO, O., CUOCCI, V., Sub *Art. 11*, in M. MANCINI, M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *La nuova disciplina dei servizi di pagamento*, Torino, 2011 p. 139;

TROIANO, O., *I servizi elettronici di pagamento. Addebiti in conto non autorizzati: un'analisi comparata*, Milano, 1996, p. 92 ss;

TROIANO, O., *La disciplina uniforme dei servizi di pagamento: aspetti critici e proposte ricostruttive*, in M. RISPOLI FARINA, V. SANTORO, A. SCIARRONE ALIBRANDI, O. TROIANO (a cura di), *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009;

TROIANO, O., *La nuova disciplina privatistica comunitaria dei servizi di pagamento: realizzazioni e problemi della single euro payments area (Sepa)*, in M. MANCINI, PERASSI (a cura di), *Il nuovo quadro normativo comunitario dei servizi di pagamento. Prime riflessioni*, in *Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, 63, Roma, 2009, p. 55;

TROIANO, O., voce *Contratto di pagamento*, in *Enciclopedia del diritto. Annali.*, V, 2012;

TROIANO, V., *Gli istituti di moneta elettronica*, in *Quaderni di ricerca giuridica della Consulenza legale*, 2001, p. 16 ss;

TROIANO, V., MOTRONI, R. (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, Padova, 2016;

TROIANO, V., MOTRONI, R., (a cura di), *La MiFID II. Rapporti con la clientela – regole di governance – mercati*, Padova, 2016;

TROIANO, V., Sub *art. 126 bis - 126 octies*, in C. COSTA (a cura di), *Commento al Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia*, Tomo 1, Torino, 2013, p. 1476 ss;

VALENTINO, D. *Obblighi di informazione e vendite a distanza*, in *Rassegna di diritto civile*, 1998, p. 377 ss;

VAN DER MEULEN, N. S., *You've been warned: Consumer liability in Internet banking fraud*, in *Computer law & security review*, 29, 2013, pp. 713 ss;

VAN EMPEL, M., *Retail Payments – The Lisbon Agenda and SEPA*, in *Euredia*, 2006, p. 51;

VASSEUR, M., *Les principaux articles de la loi-type de la CNUDCI sur les virements internationaux et leur influence sur les travaux de la Commission de Bruxelles concernant les paiements transfrontaliers*, in *Revue de droit des affaires internationales*, 2, 1993, p. 155;

VELLA, A., *I «digital payments» riscriveranno strategie e operatività delle banche*, in *Il Sole 24 Ore. Management*, <http://www.ilsole24ore.com/art/management/2017-03-09/i-digital-payments-riscriveranno-strategie-e-operativita-banche-121949.shtml?uuid=AEFcckpk>;

VEZZOSO, S., *Fintech, Access to Data, and the Role of Competition Policy*, in V. BAGNOLI, *Competition and Innovation*, San Paolo, 2018;

VISA, *Goodbye, passwords. Hello, biometrics*, <https://usa.visa.com/dam/VCOM/global/visa-everywhere/documents/visa-biometrics-payments-study.pdf>;

WELLS, R., COCHRANE, S., SMITH, J., *Payments services regulation update*, in *Compliance Officer Bulletin*, 2017;

ZEPIERI, E., *L'implementazione in Italia della nuova direttiva sui servizi di pagamento*, in *Diritto bancario*, 2018.