

Causa C-287/19**Sintesi della domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'articolo 98, paragrafo 1, del regolamento di procedura della Corte di giustizia****Data di deposito:**

5 aprile 2019

Giudice del rinvio:

Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria)

Data della decisione di rinvio:

25 gennaio 2019

Resistente e ricorrente in cassazione:

DenizBank AG

Ricorrente e resistente in cassazione:

Verein für Konsumenteninformation (Associazione per l'informazione dei consumatori, Austria)

Oggetto del procedimento principale

Tutela dei consumatori – Controllo di trasparenza – Validità di clausole di silenzio assenso che spostano il rischio di pagamenti non autorizzati sull'utente dei servizi di pagamento – Applicabilità della deroga di cui all'articolo 63, paragrafo 1, della direttiva 2015/2366

Oggetto e fondamento giuridico del rinvio pregiudiziale

Interpretazione della direttiva 2015/2366/UE (in prosieguo: la «direttiva sui servizi di pagamento»), articolo 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (in prosieguo: il «TFUE»)

Questioni pregiudiziali

- 1) Se l'articolo 52, paragrafo 6, lettera a), in combinato disposto con l'articolo 54, paragrafo 1, della direttiva 2015/2366/UE (direttiva sui servizi di

pagamento), ai sensi del quale la proposta di modifica delle condizioni contrattuali si considera accettata dall'utente di servizi di pagamento, a meno che quest'ultimo non notifichi al prestatore di servizi di pagamento, prima della data proposta per l'entrata in vigore delle condizioni quali modificate, che le medesime non sono accettate, debba essere interpretato nel senso che un silenzio assenso può essere concordato anche con un consumatore in modo del tutto illimitato per tutte le possibili condizioni contrattuali.

2.a) Se l'articolo 4, paragrafo 14, della direttiva sui servizi di pagamento debba essere interpretato nel senso che la funzione NFC [Near Field Communication; comunicazione in prossimità] di una carta bancaria personalizzata multifunzionale, mediante la quale vengono effettuati pagamenti di importo ridotto addebitati sul conto collegato intestato al cliente, è uno strumento di pagamento.

2.b) In caso di risposta affermativa alla questione 2.a):

Se l'articolo 63, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento, relativo alle deroghe per i pagamenti di importo ridotto e moneta elettronica, debba essere interpretato nel senso che un pagamento di importo ridotto contactless [senza contatto, ossia tramite avvicinamento della carta] che utilizza la funzione NFC di una carta bancaria personalizzata multifunzionale deve essere considerato come utilizzo anonimo dello strumento di pagamento ai sensi della deroga.

3) Se l'articolo 63, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento debba essere interpretato nel senso che un prestatore di servizi di pagamento può avvalersi di tale deroga solo qualora sia dimostrabile che lo strumento di pagamento, in base all'attuale, obiettivo, sviluppo tecnologico, non può essere bloccato o che non è possibile impedirne un ulteriore utilizzo.

Disposizioni rilevanti di diritto dell'Unione europea

Direttiva 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (in prosieguo: la «direttiva sui servizi di pagamento»), articolo 4, paragrafo 14, nonché articoli 52, 54 e 63

Direttiva 2002/22/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (in prosieguo: la «direttiva servizio universale»), articolo 20, paragrafo 4

Disposizioni nazionali rilevanti

Zahlungsdienstgesetz (legge austriaca sui servizi di pagamento) (in prosieguo: il «ZaDiG»), articolo 4, paragrafo 14, nonché articoli 48, 50 e 57

Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile austriaco; in prosieguo: l'«ABGB»), articolo 879, paragrafo 3

Konsumentenschutzgesetz (legge austriaca sulla tutela dei consumatori; in prosieguo: il «KSchG»), articolo 6, paragrafo 3

Breve esposizione dei fatti e del procedimento

- 1 Il ricorrente è un'associazione legittimata ad agire per far valere gli interessi dei consumatori, ai sensi del Konsumentenschutzgesetz austriaco. La resistente svolge attività bancaria sul territorio federale e, nei suoi rapporti commerciali con i consumatori, utilizza condizioni generali e moduli contrattuali, inter alia per l'utilizzo di carte di pagamento dotate della funzione NFC (Near Field Communication; comunicazione in prossimità).
- 2 Dette carte di pagamento della resistente consentono di pagare importi ridotti fino a EUR 25 contactless (senza contatto, ossia tramite avvicinamento della carta), senza dover inserire un codice PIN, alle casse tecnicamente predisposte. Il pagamento di importi superiori richiede un'ulteriore autenticazione mediante un codice. La funzione NFC delle carte bancarie si attiva automaticamente quando il cliente utilizza la carta per la prima volta.
- 3 Ai fini del procedimento pregiudiziale rilevano le seguenti clausole delle suddette condizioni generali della resistente:

Clausola 14

«Modifiche alle condizioni generali per il cliente: qualsiasi modifica alle presenti condizioni generali per il cliente è proposta al cliente con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data prevista della loro entrata in vigore. Il consenso del cliente a tali modifiche si considera prestato e le modifiche si considerano quindi concordate se il cliente non ha comunicato il suo rifiuto a DenizBank AG prima della data prevista per la loro entrata in vigore. La proposta di modifica di cui sopra è notificata al cliente su supporto cartaceo o, se il cliente è d'accordo, su altro supporto durevole. Nella propria proposta di modifica DenizBank AG fa presente al cliente che il suo silenzio nel senso di cui sopra è considerato come assenso alla modifica. Inoltre, DenizBank AG pubblicherà sul proprio sito internet un raffronto delle disposizioni interessate dalla modifica delle condizioni generali per i clienti e, inoltre, invierà tale raffronto al cliente. Nei confronti di un'impresa è sufficiente rendere accessibile la proposta di modifiche secondo le modalità concordate con l'impresa. In caso di una tale modifica delle condizioni generali per il cliente, il cliente che sia un consumatore ha il diritto di recedere dai propri

contratti quadro per servizi di pagamento (in particolare il contratto di conto corrente) gratuitamente e senza preavviso prima dell'entrata in vigore delle modifiche. DenizBank AG fornirà al cliente anche tale informazione nella propria proposta di modifica».

Clausola 15

«Assenza di prova dell'autorizzazione: Poiché lo scopo dei pagamenti di importo ridotto senza inserimento del codice personale è di semplificare il trattamento di un'operazione di pagamento senza autorizzazione, DenizBank AG non ha bisogno di dimostrare che l'operazione di pagamento è stata autorizzata, correttamente registrata e contabilizzata e che non è stata compromessa da un guasto tecnico o da altro intoppo».

Clausola 16

«Assenza di responsabilità per pagamenti non autorizzati: Poiché, in caso di utilizzo della carta bancaria per pagamenti di importo ridotto senza l'inserimento del codice personale, DenizBank AG non è in grado di dimostrare che l'operazione di pagamento è stata autorizzata dal titolare della carta, DenizBank AG non è tenuta a rimborsare l'importo in caso di operazione di pagamento non autorizzata e di ripristinare il conto addebitato allo stato in cui si sarebbe trovato senza detta operazione. Sono escluse anche ulteriori pretese nei confronti di DenizBank AG nella misura in cui esse siano dovute a una sua lieve negligenza».

Clausola 17

«Avvertenze: Il rischio di uso improprio della carta bancaria per pagamenti di importo ridotto senza inserimento del codice personale è a carico del titolare del conto».

Clausola 18

«Impossibilità di bloccare i pagamenti di importo ridotto in caso di perdita della carta bancaria: non è tecnicamente possibile bloccare la carta bancaria per i pagamenti di importo ridotto. In caso di perdita (ad esempio smarrimento o furto) della carta bancaria, è possibile effettuare pagamenti di importo ridotto fino a EUR 75,00 senza inserire il codice personale anche dopo il blocco della carta ai sensi del punto 2.7. Detti importi non saranno rimborsati. Poiché si tratta di pagamenti di importo ridotto ai sensi dell'articolo 33 del ZaDiG (Zahlungsdienstgesetz), e poiché sono possibili solo pagamenti singoli fino ad un massimo di EUR 25,00 e non vi è la possibilità di bloccare la carta per pagamenti di importo ridotto senza inserimento del codice personale, l'articolo 44, paragrafo 3, del ZaDiG non è applicabile».

Clausola 19

«Nella misura in cui il punto 3 non prevede espressamente una deroga per i pagamenti di importo ridotto, si applicano anche a questi ultimi le disposizioni del punto 2 (servizio carte)».

- 4 Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso relativo alle clausole da 14 a 19. La clausola 14 sarebbe gravemente discriminatoria. Le condizioni per l'applicazione della deroga per gli strumenti di pagamento di importo ridotto non sarebbero soddisfatte poiché la carta bancaria potrebbe essere utilizzata anche per altri pagamenti. La funzione aggiuntiva del pagamento contactless senza autenticazione non potrebbe assolutamente essere considerata come uno strumento di pagamento.
- 5 Il giudice d'appello ha condiviso tale argomentazione giuridica. Nei casi in cui si utilizza solo la funzione di pagamento contactless, non si tratterebbe dell'utilizzo di uno strumento di pagamento, in quanto la transazione andrebbe equiparata alle transazioni con carta di credito MOTO [Mail Order Telephone Order, in cui i dati della carta di credito sono comunicati dall'acquirente all'esercente]. Ciò sarebbe supportato dal fatto che la funzione di pagamento NFC senza inserimento del PIN per importi ridotti può essere attivata automaticamente, a differenza del «borsellino elettronico». Inoltre, la carta bancomat utilizzata per le transazioni NFC non sarebbe anonima, ma personalizzata e protetta da un codice.

Principali argomenti delle parti nel procedimento principale

- 6 Il ricorrente ha sostenuto che le clausole sono invalide. Inoltre, la clausola 14 potrebbe riguardare prestazioni principali e sarebbe gravemente discriminatoria e non trasparente. La funzione di pagamento NFC collegata a una carta bancomat non rientrerebbe nella deroga per gli strumenti di pagamento di importo ridotto e moneta elettronica.
- 7 Secondo la resistente, la clausola 14 sarebbe conforme ai requisiti di legge. Le singole funzioni di pagamento della carta dovrebbero essere valutate separatamente.

Breve esposizione della motivazione del rinvio pregiudiziale

- 8 Nel suo ricorso in cassazione («Revision»), la resistente sostiene che la clausola 14 soddisfa i requisiti letterali della direttiva e della legge e non deve pertanto essere sottoposta ad alcun ulteriore controllo di adeguatezza e trasparenza. La possibilità di concordare anche con i consumatori un silenzio assenso di tal genere sarebbe indispensabile per la certezza del diritto nella prassi di una transazione di ampio consumo, perché dalla stragrande maggioranza dei clienti non sarebbe possibile ottenere dichiarazioni esplicite di assenso. Limitare tale possibilità a determinate condizioni contrattuali o richiedere che le modifiche apportabili per silenzio assenso siano dettagliate in anticipo in modo che le clausole soddisfino il rigoroso requisito della trasparenza sarebbe eccessivo e richiederebbe che le

condizioni generali, per essere ammissibili, fossero formulate nel rispetto di requisiti praticamente impossibili da soddisfare.

- 9 L'Oberster Gerichtshof (Corte suprema, Austria), invece, ha già ripetutamente statuito che una clausola di silenzio assenso non è automaticamente ammissibile solo perché soddisfa i requisiti formali, in quanto le clausole di modifica contrattuale così rese possibili sono, inoltre, soggette a controllo ai sensi della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, nonché ai sensi della loro normativa nazionale di attuazione (articolo 879, paragrafo 3, dell'ABGB e articolo 6, paragrafo 3, del KSchG).
- 10 Secondo tale concezione, modifiche contrattuali particolarmente estese che incidono sui fondamenti dei rapporti giuridici tra le parti non possono essere apportate per silenzio assenso; se una clausola consente modifiche praticamente illimitate a favore dell'impresa a scapito del consumatore per mero silenzio assenso, essa è considerata gravemente svantaggiosa. Inoltre, la giurisprudenza considera una clausola come non trasparente se non sono assolutamente precisati né i servizi che il prestatore di servizi di pagamento può limitare per silenzio assenso, né in che misura sia possibile modificare i corrispettivi pagati dal consumatore. Tuttavia, sarebbe certamente ammissibile apportare modifiche dirette, ad esempio, ad includere modifiche prescritte da cambiamenti di legge o da esigenze ufficiali o giudiziarie, o modifiche a favore degli utenti, o volte a dettarne la finalità in determinati settori.
- 11 Detta giurisprudenza si fonda sulla considerazione che, in pratica, il silenzio assenso contrattuale equivale, nonostante il diritto formale di opposizione, ad un potere unilaterale di modifica da parte dell'impresa, perché l'esperienza dimostra che, di norma, i consumatori non si curano in alcun modo delle proposte di modifica.
- 12 Gli articoli 48, paragrafo 1, punto 6, lettera a), e 50, paragrafo 1, del ZaDiG del 2018 stabiliscono, conformemente al testo della direttiva sui servizi di pagamento, quali informazioni l'impresa deve fornire e cosa essa deve indicare qualora preveda modifiche, *nel caso in cui* sia stato concluso un accordo di silenzio assenso. Secondo l'Oberster Gerichtshof tale formulazione presuppone l'esistenza di un accordo in tal senso senza però disciplinarne il contenuto. La direttiva non consente direttamente al prestatore di servizi di pagamento - a differenza del prestatore di servizi di telecomunicazione di cui all'articolo 20, paragrafo 4, della direttiva 2002/22/CE (direttiva servizio universale) - di concordare direttamente e unilateralmente, per silenzio assenso, la possibilità di modificare tutte le possibili condizioni contrattuali generali.
- 13 Una volta concordato un silenzio assenso illimitato sarebbe sempre possibile far passare i clienti, senza restrizione alcuna, a modelli contrattuali per essi meno favorevoli e, in tal modo, contare sulla loro carente attenzione verso documenti contrattuali di ampia portata, sulla loro mancata comprensione degli effetti o sulla

loro accettazione delle modifiche in quanto inevitabili poiché la sola alternativa sembrerebbe la risoluzione del contratto.

- 14 A parere dell'Oberster Gerichtshof, detta interpretazione è confermata dal considerando 63 della direttiva sui servizi di pagamento, che recita: «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».
- 15 Ai sensi dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento, nel caso di strumenti di pagamento che conformemente al contratto quadro riguardano unicamente singole operazioni di pagamento per un importo non superiore a EUR 30 oppure che hanno un limite di spesa di EUR 150, o sono avvalorati per un importo che non supera in alcun momento EUR 150, i prestatori di servizi di pagamento possono convenire con i propri utenti che gli articoli 72 e 73 e l'articolo 74, paragrafi 1 e 3, non si applicano se lo strumento di pagamento è utilizzato in modo **anonimo** o se il prestatore di servizi di pagamento **non è in grado di dimostrare**, per altri motivi intrinseci allo strumento di pagamento, che l'operazione di pagamento è stata **autorizzata**.
- 16 Nel procedimento principale si pone la questione preliminare se la funzione di pagamento NFC di una carta personalizzata sia in generale uno strumento di pagamento ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 14, della direttiva sui servizi di pagamento. L'Oberster Gerichtshof risponde in senso affermativo.
- 17 Inoltre è necessario chiarire quando uno strumento di pagamento è utilizzato in forma anonima.
- 18 Secondo la formulazione dell'articolo 63, paragrafo 1, lettera b), della direttiva sui servizi di pagamento, l'utilizzo «anonimo» e «altri motivi intrinseci allo strumento di pagamento» hanno in comune il fatto che il prestatore di servizi di pagamento non può dimostrare che un'operazione di pagamento non è stata autorizzata.
- 19 Non è chiaro se sia realmente impossibile fornire una prova del genere quando si utilizza una carta bancaria personalizzata senza PIN ai sensi della direttiva. In tale contesto occorre chiarire in che misura il possesso della carta riconduca al diritto di disporne.
- 20 Nel procedimento principale, le clausole contrattuali controverse contengono anche eccezioni fondate sull'articolo 63, paragrafo 1, lettera a), della direttiva sui servizi di pagamento. Al riguardo occorre chiarire se sia tecnicamente possibile bloccare la carta bancaria per pagamenti di importo ridotto, ossia se si tratti propriamente di una questione di fattibilità tecnica. In altri termini, occorre chiarire se il prestatore di servizi di pagamento possa evitare di sfruttare appieno le potenzialità tecniche, così trasferendo il rischio di pagamenti non autorizzati sull'utente dei servizi di pagamento.