

Mål C-448/21**Begäran om förhandsavgörande****Datum för ingivande:**

21 juli 2021

Domstol som begär förhandsavgörande:

Tribunal Judicial da Comarca do Porto – Juízo Central Cível
(Förstainstansdomstolen i Porto – Centrala tvistemålsavdelningen
(Portugal))

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

5 februari 2021

Kärande:

Portugália – Administração de Patrimónios, SGPS, S.A.

Svarande:

Banco BPI, S.A.

**Tribunal Judicial da Comarca do Porto (Förstainstansdomstolen i Porto,
Portugal)****Porto – JC Cível (Centrala tvistemålsavdelningen) – Juiz 5 (rotel 5)**

[utelämnas] 5º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do
Porto, Portugal (Förstainstansdomstolen i Porto (Portugal), centrala
tvistemålsavdelningen, rotel 5)

Kärande: Portugália — Administração de Patrimónios, SGPS, S.A., Lissabon,
Portugal [utelämnas]

Svarande: BANCO BPI, S.A., Porto, Portugal [utelämnas]

BEGÄRAN OM FÖRHANDESAVGÖRANDE

Tolkning av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den
25 november 2015

(Artikel 267.1 b och 267.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt)

Förstainstansdomstolen i Porto – Centrala tvistemålsavdelningen – Rotel 5 begär att Europeiska unionens domstol ska meddela ett förhandsavgörande avseende de frågor som anges nedan och som rör tolkningen av artiklarna 61, 72, 73 och 74 i Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015, eftersom det är nödvändigt för att lösa tvisten vid den nationella domstolen.

[utelämnas]

A. *Frågor som hänskjuts till Europeiska unionens domstol*

Vid tillämpningen av Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015 (nedan kallat direktivet):

- 1) Utgör genomförandet, av en fysisk person hos betaltjänstleverantören, av en betalningsorder avfattad på papper, digitaliserad och översänd via e-post till betaltjänstleverantören från ett e-postkonto som skapats av användaren, en ”betalningstransaktion” i den mening som avses i artikel 73.1 i direktivet?
- 2) Ska artikel 73.1 i direktivet tolkas på följande sätt:
 - 2) a) Med förbehåll för vad som anges i artikel 71 eller om det föreligger rimliga misstankar om bedrägeri som angetts i vederbörlig ordning, är redan ett meddelande om att en betalningstransaktion inte har auktoriserats, utan något bevis för detta, tillräckligt för att det ska uppstå en skyldighet (för betaltjänstleverantören) avseende återbetalning (till betalaren)?
 - 2) b) Om föregående fråga besvaras jakande, är det då möjligt att inte tillämpa bestämmelsen, enligt vilken det räcker med ett meddelande från betalaren, till följd av att parterna (betalaren och tjänsteleverantören) avtalat bort tillämpningen av bevisbördereglerna i artikel 72 i direktivet, såsom är möjligt enligt artikel 61.1 i direktivet?
 - 2) c) Om föregående fråga besvaras jakande, är betaltjänstleverantören då skyldig att omedelbart verkställa återbetalning till betalaren endast om betalaren visar att transaktionen inte var auktoriserad, för det fall det enligt de tillämpliga lag- eller avtalsrättsliga bestämmelserna – när artikel 72 inte ska tillämpas – krävs att betalaren lägger fram sådant bevis?
- 3) Är det enligt artikel 61.1 i direktivet tillåtet inte bara att avstå från att tillämpa bestämmelserna i artikel 74 i direktivet, utan även att, i stället för den ordning som avtalats bort, genom avtal mellan användaren (som inte är konsument) och betaltjänstleverantören införa en ordning med strängare ansvar för betalaren, nämligen genom undantag från artikel 73 i direktivet?

B. Saken i det nationella målet

- 1 Sökanden, Portugália SGPS, S.A. (nedan kallat Portugália), har ett bankkonto hos svarandeinstitutionen, Banco BPI, S.A. (nedan kallad Banco BPI). Portugália har väckt talan och yrkat att nämnda bank ska betala 2 500 000 euro jämte ränta.
- 2 Portugália gör gällande att Banco BPI genomförde en icke auktoriserad överföring av detta belopp från företagets bankkonto.
- 3 Banco BPI bestrider och gör gällande att transaktionen genomfördes i enlighet med instruktioner som mottagits via e-post.

C. Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna

- 4 Portugália, ett aktiebolag med ett resultat på 9 039 882,33 euro för räkenskapsåret 2018, har ett transaktionskonto hos Banco BPI, ett kreditinstitut som är inskrivet i Portugals bankregister.
- 5 Portugália begärde att Banco BPI skulle tillåta bolaget att sända order via e-post till Banco BPI för att genomföra transaktioner från dess bankkonto.
- 6 I januari 2018 ingick parterna, i syfte att tillåta genomförandet av instruktioner som lämnats per telefax eller e-post och som avsåg sökandens bankkonto, ett skriftligt avtal med följande lydelse:
 - 6.1. ”Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. ... ger Banco BPI, S.A. rätt att utföra ... varje typ av transaktion ... som företaget ger order om per telefax eller e-post ... för att genomföras på de konton som anges nedan och som företaget är innehavare av hos Banco BPI, S.A.”
 - 6.2. ”Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. ger i detta syfte Banco BPI, S.A. rätt att ... b) underlåta att följa instruktioner som översänds via e-post när de inte åtföljs av en digitaliserad kopia av den instruktion som vederbörligen undertecknats med giltig(a) underskrift(er) av den eller de personer som har tillräckliga befogenheter för att genomföra kontorörelser.”
 - 6.3. ”Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. medger ... att Banco BPI, S.A.:s ansvar begränsas till en kontroll av att de villkor som anges ovan är uppfyllda ... Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. tar på sig det fulla ansvaret och alla följder av icke auktoriserad, oegentlig eller bedräglig användning ... av e-post, genom att bära alla skador som följer av genomförandet av instruktioner avseende företagets konto(n), vilka på ett eller annat sätt har förfalskats eller snedvridits, eller som inte härrör från innehavaren. ... Banken ska inte bära något ansvar för skador eller olägenheter som uppstår till följd av användningen ... av e-post, inbegripet skador eller olägenheter som uppstår till följd av försenade betalningar, förluster, obehörigt intrång, förvrängning eller missförståelse av de överförda uppgifterna samt förfalskning av underskrifter eller handlingar.”

- 7 Det e-postkonto som skapats av Portugália skyddas av ett lösenord som företaget själva utformat och som inte ingår i den elektroniska banktjänst som upprättats av Banco BPI.
- 8 Banco BPI har inte på något sätt deltagit i skapandet av Portugalias e-postkonto, den har inte tillhandahållit några åtkomstuppgifter för e-kontots användning och nämnda e-postkonto finns inte lagrat på bankens servrar.
- 9 Den 25 mars 2020 fick en utomstående, på obestämt sätt, utan tillstånd åtkomst till Portugalias e-postkonto och skickade från detta e-postkonto en överföringsorder på 2 500 000,00 euro till Banco BPI.
- 10 Överföringsordern av den 25 mars 2020, som Portugália inte auktoriserat, verkställdes av Banco BPI:s administrativa avdelningar, efter det att banken hade jämfört underskrifterna på den mottagna instruktionen med de egenhändiga underskrifter som lämnats av Portugalias företrädare, vilka fanns registrerade i bankens datasystem.

D. Tillämplig nationell rätt

- 11 Tillämpliga bestämmelser i förevarande fall är bland annat artiklarna 100.2, 113.1, 113.3, 114.1 och 114.2 i Decreto-Lei n.º 91/2018 (lagstiftningsdekret nr 91/2018) av den 12 november (som införlivar direktivet med den nationella rättsordningen).
- 12 I dessa artiklar återges, utan relevanta ändringar, artiklarna 61, 72, 73 och 74 i direktivet.¹ Det är därför inte nödvändigt att skriva ut dem här.

[utelämnas]

13 [utelämnas]

14 [utelämnas]

15 [utelämnas]

16 [utelämnas]

F. Skälen till att det är tveksamt hur direktivet ska tolkas

F.1. Inledande anmärkningar – Tvistens förhållande till direktivet

- 17 Svaranden har gjort gällande att bestämmelsen i artikel 73.1 inte är tillämplig på betalningstransaktioner som genomförs med hjälp av ”betalningsinstrument” som innefattar att betaltjänstleverantörens genomförande (utförandet av ordern) sker

¹ Förutom när en annan källa särskilt anges hänför sig de artiklar som nämns till Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2366 av den 25 november 2015.

genom medverkan av betaltjänstleverantörens (fysiska) anställda [utelämnas]. Svaranden har även gjort gällande att parterna, när användaren varken är en ”konsument” eller ett ”mikroföretag”, kan avtala om att bestämmelsen i artikel 73.1 i direktivet inte ska tillämpas [utelämnas].

- 18 Det förefaller som om att den tjänst som tillhandahålls av tjänsteleverantören, såsom den beskrivits ovan – det vill säga att en anställd hos tjänsteleverantören fullgör order som sänds via e-post, på grundval av ett tidigare ingånget avtal som möjliggör detta sätt att översända instruktionen –, vid tillämpningen av direktivet, är en ”betaltjänst” som omfattas av artikel 4 led 3 (och punkt 3 i bilagan) och som inte omfattas av något undantag enligt artikel 3 i direktivet.
- 19 Enligt ordalydelsen i artikel 4 led 5 kan ”betalningstransaktion” utan svårighet omfatta den tjänst som innebär att tjänsteleverantören överför medel, i enlighet med en order från kunden, som översänts via e-post, från ett av kunden skapat personligt e-postkonto (utan medverkan av leverantören). Denna slutsats stöds av ordalydelsen i den sista delen av artikel 4 led 13, som hänvisar till begreppet ”betalningsorder”.
- 20 Det kan antas att det tillvägagångssätt som parterna har valt utgör ett ”betalningsinstrument” i den mening som avses i artikel 4 led 14. Det är riktigt att enbart den instruktion som översänds genom ett personligt e-postmeddelande inte är någon ”fysisk anordning” och inte heller någon särskild ”rutin” som utformats för att översända betalningsorder eller för något annat syfte i affärsrelationen mellan användaren och leverantören (se fråga 34 i handlingen med rubriken ”Your questions on PSD”, publicerad av Europeiska kommissionen (<https://ec.europa.eu/>)). Om parterna föreskriver att instruktionen endast utfärdas korrekt om den avfattas på papper, egenhändigt undertecknas av företrädarna för betalaren och därefter digitaliseras och skickas till tjänsteleverantören, rör det sig emellertid om ett förfarande som kan omfattas av begreppet ”betalningsinstrument”. EU-domstolen har redan, med avseende på detta begrepp, mot bakgrund av [första direktivet om betaltjänster] slagit fast att ”[a]rtikel 4[led]23 i direktiv 2007/64 ska tolkas så, att såväl förfarandet för utfärdande av en betalningsorder med användning av ett inbetalningskort som betalaren egenhändigt undertecknat som förfarandet för utfärdande av en betalningsorder via internet utgör betalningsinstrument i den mening som avses i nämnda bestämmelse” (dom av den 9 april 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, punkterna 29–44).
- 21 Det framgår av artikel 64.1 och 64.2 andra stycket att en betalningstransaktion ska anses vara ”icke auktoriserad” om den utförs av någon som inte är behörig (på grund av att det inte rör sig om betalaren eller någon som bemyndigats av betalaren). Om den användare vars e-postkonto obehörigen har använts inte auktoriserar den begärda transaktionen, förefaller det som om att denna ska kvalificeras som en icke auktoriserad betalningstransaktion (jämför EU-domstolens dom av den 11 april 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, EU:C:2019:320, punkterna 43 och 54).

22 Även om det är klart att bevisningen för *autentiseringen* ankommer på tjänsteleverantören, är det inte klart att bevisningen för *auktoriseringen* (vem som utfärdat ordern) ankommer på denne, även om detta verkar vara den lösning som följer av artiklarna 4 led 29, 72.1, 73.1 och (*e contrario*) artikel 63.1 b: när en användare nekar till att ha auktoriserat en utförd betalningstransaktion bär betaltjänstleverantören bevisbördan inte endast för den formella autentiseringen av transaktionen – det vill säga, i sådana fall som det förevarande, bevis i form av jämförelsen (och likheten) av de ”behöriga underskrifterna” – utan även för att transaktionen verkligen auktoriserats av betalaren (eller för att betalaren uppsåtligt eller av grov oaktsamhet gjort sig skyldig till bedrägeri).

F.2. Första tolkningsfrågan: Huruvida artikel 73.1 i direktivet är tillämplig

- 23 Det förefaller som om unionslagstiftaren i artiklarna 73 och 74 har hänfört risken för förluster till följd av genomförandet av en icke auktoriserad transaktion till den part som kan kontrollera den. Idén om riskkontroll (genom kontroll av betaltjänsten) förefaller även ingå i exempelvis reglerna i artiklarna 68.2, 69.1 a, 69.2 70.1 a, c och e och 70.2.
- 24 Kontrollen över källan till risken kan i sig endast förklara varför tjänsteleverantören (nästan) *automatiskt* tillskrivs förlusterna från en ”icke auktoriserad betalningstransaktion” i de fall då transaktionen utförs med hjälp av en *automatiserad* ”betaltjänst” som inrättats av tjänsteleverantören, vilken innefattar tilldelning av ”säkerhetsbehörighetsuppgifter”. Det rör sig således om fall av en ”fjärrbetalningstransaktion” eller om användning av ett bankkort, där betalningshanteringen – eftersom användarna är passiva – är helt automatiserad (utan medverkan av någon fysisk person hos betaltjänstleverantören).
- 25 Inom ramen för tjänsten ”internetbank” (*telebanking eller home banking*) är de lösningar som anges i artiklarna 73 och 74 begripliga. Banken kontrollerar den risk som är förenad med användningen av den elektroniska plattform som den själv har *skapat* – *banken är plattformens ägare, den som ansvarar för att förvalta den och ägare till den server på vilken den är installerad* – till vilken dess kunder kan få tillträde på distans via internet genom att använda inloggningsuppgifter som *banken tillhandahållit*, varvid dessa *direkt* – det vill säga utan medverkan av någon fysisk person hos bankinstitutet – kan utföra till exempel överföringar. Kunden kontrollerar dock i stor utsträckning risken för obehörig tillgång till de inloggningsuppgifter som avses i artikel 4 led 31.
- 26 Denna riskfördelning är även tillämplig på exempelvis transaktioner med bankkort som skyddas genom personliga säkerhetsanordningar.
- 27 Utförandet, med medverkan av fysiska personer anställda hos tjänsteleverantören, av en undertecknad och digitaliserad betalningsorder, som skickas via e-post från betalarens e-postkonto skiljer sig väsentligt från de ovan beskrivna fallen med ”internetbank” eller användning av ett bankkort. Vid nämnda utförande tillhandahålls varken det valda betalningsinstrumentet eller

säkerhetsbehörighetsuppgiften av tjänsteleverantören och kontrolleras inte heller av denne. De skapas och kontrolleras huvudsakligen av användaren, som exempelvis skapar sitt e-postkonto, bestämmer säkerhetsnivån för det lösenordet han eller hon väljer, bestämmer säkerhetsnivån på de anordningar som används för att få tillgång till sitt e-postkonto och väljer vilka nätverk (fasta eller mobila) som han eller hon använder för att få tillgång till internet.

- 28 När det rör sig om en ”betalningstransaktion” som föregås av en *vederbörligen autentiserad* betalningsorder – enligt det ”betalningsinstrument” som har överenskommit mellan parterna – och som förmedlas genom mänsklig medverkan (för att utföra ordern) av betaltjänstleverantören (det vill säga dess ”fysiska” anställda), kan orsaken till det grundläggande felet i form av brist på auktorisation nödvändigtvis hänföras till skedet för ”betalningsordern” (som helt kontrolleras av betalaren) och inte till det skede då tjänsteleverantören utför nämnda betalningsorder. Den bästa kontrollen av *källan* till risken förefaller således inte i sig vara tillräcklig för att förklara att artikel 73.1 eventuellt är tillämplig i fall som det förevarande.
- 29 Frågan är således huruvida artikel 73.1 ålägger betaltjänstleverantören ansvar för icke auktoriserade betalningstransaktioner, *när denne inte är den som bäst kontrollerar källan till risken.*
- 30 Det ska i detta hänseende medges att vissa betaltjänstanvändare även har förutsättningar att ”bedöma bedrägeririsken och vidta motåtgärder” på ett lämpligt sätt (se skäl 73 i direktivet), och tanken att det är tjänsteleverantören som mest gagnas av ”betalningsinstrumentet” är inte giltig i de fall där detta instrument kräver medverkan av fysiska personer i form av tjänsteleverantörens anställda för att utföra ordena, vilket med nödvändighet är dyrare och långsammare.
- 31 Det är emellertid också möjligt att unionslagstiftaren avsiktligt har ålagt tjänsteleverantören ett oproportionerligt stort ansvar i förhållande till den risk denne har kontroll över, i ett tvingande syfte att ”bidra till att säkrare instrument ges ut” (det syfte som anges i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/64/EG av den 13 november, såsom det återges i skäl 34 i direktivet).
- 32 Om det antas att artikel 73.1 inte har utformats för fall som det förevarande och inte är tillämplig på dessa, ska de berördas ansvar bedömas mot bakgrund av nationell rätt, bland annat genom att låta en eller båda parterna bära de skador som transaktionen orsakat på grundval av den bedömning som domstolen gjort av parternas konkreta handlande.

F.3. Den andra tolkningsfrågan: Förutsättningar för omedelbar återbetalning och ändring av denna

- 33 Den första delen av artikel 73.1 är en bestämmelse om civilrättsligt ansvar för förluster till följd av genomförandet av en icke auktoriserad transaktion. I denna bestämmelse fastställs emellertid även, eller anses fastställt i de föregående

bestämmelserna (det vill säga i artikel 72), att (utan att det påverkar tillämpningen av artikel 71 och om det inte finns rimlig anledning att misstänka bedrägeri) *betalaren*, för att tjänsteleverantören ska vara skyldig att omedelbart återbetala till denne, *endast bär bördan att meddela (påstå) att betalningstransaktionen inte auktoriserats*, utan att behöva styrka detta (*bevisa*).

- 34 Mot bakgrund av denna rättsliga ram uppkommer, under förutsättning att bestämmelsen om civilrättsligt ansvar för förluster till följd av genomförandet av en icke auktoriserad transaktion är oförändrad – med betaltjänstleverantören som ansvarig för betalarens förluster –, frågan huruvida bestämmelsen (även den i artikel 73.1), enligt vilken återbetalningsskyldigheten inträder omedelbart (dock med förbehåll för att det senare konstateras att betalaren gjort sig skyldig till uppsåtligt bedrägeri eller bedrägeri av grov oaktsamhet – *solve et repete* –) redan till följd av meddelandet (påståendet) om att en betalningstransaktion inte auktoriserats, inte är tillämplig till följd av att parterna kommit överens om att bestämmelserna om bevisbördan i artikel 72 inte ska vara tillämpliga, såsom de har möjlighet att göra enligt artikel 61.1.
- 35 Den osäkerhet som uppkommer är således huruvida det förhållandet att bevisbördereglererna i artikel 72 inte tillämpas, trots att artikel 61.1 inte hänvisar till artikel 73, innebär att betaltjänstleverantören är skyldig att omedelbart återbetala beloppet till betalaren endast om (om inte annat följer av bestämmelserna i artikel 71 eller om det finns rimliga skäl att misstänka att det föreligger ett bedrägeri) betalaren *först* lägger fram bevis för att transaktionen inte autentiserades eller för att betalaren inte auktoriserade transaktionen, förutsatt att den tillämpliga ordningen (enligt andra giltiga rättsregler eller avtalsvillkor), eftersom artikel 72 inte är tillämplig, medför att det är betalaren som har denna bevisbörda.

F.4. Den tredje tolkningsfrågan: Avtalsmässig begränsning av leverantörens ansvar

- 36 Den andra fråga som svaranden har ställt angående undantaget från den ordning som föreskrivs i artikel 73.1, nu som följd av att artikel 74 enligt överenskommelse mellan parterna inte ska tillämpas, tar sig uttryck i ett påstående att bestämmelsen i artikel 61.1 tillåter inte bara nämnda undantag utan även att det genom avtal införs en ordning med *strängare ansvar* för betalaren i stället för den lagstadgade ordning som inte ska tillämpas.
- 37 Det förhåller sig så att det i artikel 61.1 ordagrant endast fastställs att betaltjänstanvändaren och betaltjänstleverantören får ”avtala om att [artikel 74] helt eller delvis inte ska vara [tillämplig]”. I detta hänseende skulle man kunna säga att denna bestämmelse endast gör det möjligt för parterna att underlåta att tillämpa de bestämmelser (som samlats i artikel 74) som fastställer betalarens ansvar, medan resten av ordningen upprätthålls. Detta skulle innebära att den endast ger parterna möjlighet att nå en överenskommelse *till förmån för betalaren* (genom att helt eller delvis undanröja den rättsliga grunden för betalarens ansvar).

Enligt denna tolkning säkerställs till exempel enligt artikel 61.1 att betalarens skyldighet att stå för förluster upp till 50 EUR (som föreskrivs i artikel 74.1) kan avtalas bort, men inte att detta värde genom avtal kan höjas till 500 euro.

- 38 Det gäller även, såsom anges i de första skälen i direktivet, att direktivet ger användarna, särskilt konsumenterna, en mycket hög skyddsnivå. Det är emellertid just av detta skäl som nämnda tolkning av artikel 61.1 innehåller en motsägelse. Om tillämpningen av artikel 74 endast kan avtalas bort *till förmån* för betalaren, finns det ingen anledning till att det i artikel 61.1 föreskrivs att det endast är möjligt att avtala om att artikel 74 inte ska vara tillämplig ”om betaltjänstanvändaren inte är konsument”. Det finns ingen anledning att förbjuda att tillämpningen utesluts genom avtal om ett sådant avtal endast kan gynna konsumenten.
- 39 Denna slutsats, sedd mot bakgrund av skälen 53 och 73 i direktivet, tyder på att parterna kan *skärpa* betalarens ansvar för icke auktoriserade betalningstransaktioner när betalaren inte är konsument och på så sätt begränsa leverantörens ansvar enligt artikel 73.1.

G. Samband mellan bestämmelserna i direktivet och tillämplig nationell lagstiftning

- 40 Det finns ett direkt samband mellan bestämmelserna i direktivet och den tillämpliga nationella lagstiftningen, eftersom den nationella lagstiftningen utgörs av lagstiftningsdekret nr 91/2018 av den 12 november 1999, genom vilket direktiv (EU) 2015/2366 införlivas med den nationella rättsordningen.
- 41 För att tvisten ska kunna lösas på ett riktigt sätt är det nödvändigt att tolka artikel 114.1 och 114.2 i lagstiftningsdekret nr 91/2018, i vilken artikel 73 i direktivet återges, för att det ska kunna avgöras om de bestämmelser som den innehåller är tillämpliga på den typ av förfarande som parterna valt. Det är endast genom en korrekt (och enhetlig) tolkning av direktivet som tvisten kan lösas på ett korrekt sätt.

Porto, den 5 februari 2021

Domstolen