

Causa C-448/21

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

21 luglio 2021

Giudice del rinvio:

Tribunal Judicial da Comarca do Porto - Juízo Central Cível
(Tribunale circondariale di Porto - Sezione centrale civile,
Portogallo)

Data della decisione di rinvio:

5 febbraio 2021

Ricorrente:

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

Resistente:

Banco BPI, S.A.

Tribunal Judicial da Comarca do Porto

Porto - JC Cível - Juiz 5 (Tribunale circondariale di Porto - Sezione centrale civile - Giudice 5)

[omissis] 5.º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto.

Ricorrente: Portugália - Administração de Patrimónios, SGPS, S.A., con sede legale a Lisbona, Portogallo [omissis]

Resistente: BANCO BPI, S.A., con sede legale a Porto, Portogallo [omissis]

DOMANDA DI PRONUNCIA PREGIUDIZIALE

Interpretazione della direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015

(articolo 267, paragrafi 1, lettera b), e 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea)

Il Tribunal Judicial da Comarca do Porto - 5.º Juízo Central Cível do Porto (Tribunale circondariale di Porto - Sezione centrale civile - Giudice 5) chiede alla CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA di pronunciarsi in via pregiudiziale sulle seguenti questioni relative all'interpretazione degli articoli 61, 72, 73 e 74 della direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015, la cui risoluzione è necessaria per la decisione del ricorso summenzionato.

[omissis]

A. *Questioni sottoposte alla Corte di giustizia dell'Unione europea*

Ai fini di quanto previsto dalla direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2015 (in prosieguo: la «Direttiva»):

I. Se l'esecuzione, con l'intervento umano da parte del prestatore di servizi di pagamento, di un ordine di pagamento elaborato in formato cartaceo, scansionato e trasmesso per posta elettronica, inviato al prestatore di servizi di pagamento da un account di posta elettronica creato dall'utente, costituisca una «operazione di pagamento» ai sensi dell'articolo 73, paragrafo 1, della Direttiva.

II. Se quanto previsto dall'articolo 73, paragrafo 1, della Direttiva debba essere interpretato nel senso che:

II.I. fatto salvo l'articolo 71 o un ragionevole sospetto di frode debitamente segnalato, sia sufficiente per l'insorgere dell'obbligo (del prestatore di servizi di pagamento) di rimborso (al pagatore) la semplice notifica della mancanza di autorizzazione di un'operazione di pagamento, non corredata da elementi di prova.

II.II. (in caso di risposta affermativa alla precedente domanda) se la regola secondo cui è sufficiente la semplice notifica del pagatore possa essere disapplicata come conseguenza della disapplicazione delle norme sull'onere della prova di cui all'articolo 72 della Direttiva, per accordo delle parti (pagatore e prestatore di servizi), come consentito dall'articolo 61, paragrafo 1, della Direttiva;

II.III. (in caso di risposta affermativa alla precedente domanda) se il prestatore di servizi di pagamento sia tenuto a rimborsare immediatamente il pagatore solo se quest'ultimo dimostra la mancanza di autorizzazione dell'operazione qualora, esclusa l'applicazione dell'articolo 72 della Direttiva, le norme giuridiche o contrattuali applicabili impongano al pagatore di fornire tale prova.

III. Se l'articolo 61, paragrafo 1, della Direttiva consenta non solo di disapplicare le disposizioni dell'articolo 74 della stessa, ma anche, in

sostituzione del regime disapplicato, di stabilire, mediante accordo tra l'utente (non un consumatore) e il prestatore di servizi di pagamento, un regime più oneroso di responsabilità del pagatore, in particolare in deroga alle disposizioni dell'articolo 73 della Direttiva.

B. Breve esposizione dell'oggetto della controversia

- 1 Portugália, SGPS, S.A., (ricorrente) ha citato in giudizio Banco BPI, S.A. (resistente), un istituto presso il quale la ricorrente detiene un conto corrente aperto, chiedendo la condanna del resistente al pagamento a suo favore dell'importo di EUR 2 500 000,00, più gli interessi.
- 2 Portugália sostiene che il Banco BPI ha eseguito un trasferimento non autorizzato di tale importo dal suo conto bancario.
- 3 Il Banco BPI si difende affermando che l'operazione in discussione è stata effettuata in conformità con le istruzioni ricevute via posta elettronica.

C. Esposizione sommaria dei fatti rilevanti

- 4 Portugália, una società per azioni con un risultato di esercizio nel 2018 pari a EUR 9 039 882,33, è titolare di un conto bancario di deposito a vista presso il Banco BPI, un istituto di credito registrato presso il Banco de Portugal (Banca del Portogallo).
- 5 Portugália ha chiesto al Banco BPI di consentirle di trasmettere ordini, per la realizzazione di operazioni sul suo conto bancario, tramite messaggi inviati per posta elettronica, indirizzati al Banco BPI.
- 6 Nel gennaio 2018, al fine di autorizzare l'esecuzione di istruzioni impartite via fax o posta elettronica sul conto bancario della ricorrente, le parti hanno stipulato un accordo scritto nei seguenti termini, in particolare:
 - 6.1. «Portugália - Adm de Patrimónios, SGPS, SA (...) autorizziamo Banco BPI, S.A., a realizzare (...) tutte le operazioni (...) che trasmettiamo via fax o posta elettronica (...) ai fini della loro l'esecuzione nei seguenti conti di seguito designati che la società detiene presso Banco BPI, S.A.»;
 - 6.2. «A tal fine, autorizziamo Banco BPI, S.A., a (...) b) Non eseguire istruzioni trasmesse per posta elettronica quando non siano corredate da una copia scansionata dell'istruzione debitamente sottoscritta con la/e firma/e valida/e e con poteri adeguati per realizzare movimenti sul conto»;
 - 6.3. «Riconosciamo (...) che Banco BPI, S.A., è responsabile solo della verifica del rispetto dei requisiti sopra definiti (...). Ci assumiamo la completa responsabilità e tutte le conseguenze derivanti dall'utilizzo non autorizzato, abusivo o fraudolento (...) della posta elettronica, sopportando tutti gli effetti

pregiudizievoli risultanti dall'esecuzione di istruzioni relative al nostro conto o ai nostri conti che siano state in qualsiasi modo falsificate o travisate, o che non siano state impartite dal/i titolare/i. (...) Banco BPI declina qualsivoglia responsabilità per qualsiasi danno o effetto pregiudizievole derivante dall'uso (...) della posta elettronica, compreso in conseguenza di ritardi, perdite, violazione, sviamento o errata comprensione della informazione trasmessa, nonché della falsificazione di firme o documenti».

- 7 L'account di posta elettronica di Portugália è stato creato da quest'ultima, risulta protetto da una password impostata dalla stessa, e non è integrato in un servizio bancario online fornito dal Banco BPI.
- 8 Il Banco BPI non è intervenuto in alcun modo nella creazione dell'account di posta elettronica di Portugália, non avendo fornito alcuna credenziale di accesso per il suo utilizzo, giacché tale account non è ospitato nei suoi server.
- 9 Il 25 marzo 2020, un terzo, tramite mezzi non accertati, ha ottenuto l'accesso non autorizzato all'account di posta elettronica di Portugália ed ha inviato dallo stesso ai servizi amministrativi del Banco BPI un ordine di bonifico per un importo di EUR 2 500 000,00.
- 10 L'ordine di bonifico del 25 marzo 2020, non autorizzato da Portugália, è stato eseguito dai servizi amministrativi del Banco BPI, dopo aver verificato le firme apposte sull'istruzione ricevuta confrontandole con le firme autografe dei rappresentanti di Portugália registrate nel suo sistema informatico.

D. Disposizioni nazionali applicabili al caso di specie

- 11 Sono suscettibili di applicazione al caso di specie, in particolare, gli articoli 100, paragrafo 2, 113, paragrafi 1 e 3, e 114, paragrafi 1 e 2, del Decreto-Lei (decreto legge) n. 91 del 12 novembre 2018 (che traspone la Direttiva nell'ordinamento nazionale).
- 12 Tali articoli traspongono, senza novità di rilievo, le norme di cui agli articoli 61, 72, 73 e 74 della Direttiva ¹, motivo per cui non è necessario riportarli.

[omissis]

13 [omissis]

14 [omissis]

15 [omissis]

¹ Si riferiscono alla direttiva (UE) 2015/2366 del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, tutti gli articoli citati senza ulteriore menzione della fonte.

16 [omissis]

F. Motivi del rinvio pregiudiziale sull'interpretazione della Direttiva

F.1. Osservazioni preliminari - inquadramento del caso di specie ai sensi della Direttiva

- 17 Il resistente sostiene che la regola dettata dall'articolo 73, paragrafo 1, non sia applicabile alle operazioni di pagamento effettuate utilizzando «strumenti di pagamento» che includono l'intermediazione (per l'esecuzione dell'ordine) da parte del prestatore di servizi di pagamento, tramite l'intervento (umano) del suo personale[omissis]. Sostiene altresì che, se l'utente non è né un «consumatore» né una «microimpresa», le parti possono convenire che non sia applicata la regola di cui all'articolo 73, paragrafo 1, della Direttiva[omissis].
- 18 Risulta che il servizio offerto dal prestatore di servizi, come sopra descritto - vale a dire l'esecuzione, da parte di un dipendente del prestatore di servizi, di ordini trasmessi tramite messaggi di posta elettronica, sulla base di un previo accordo che accoglie tale mezzo di trasmissione di istruzioni -, costituisce un «servizio di pagamento» ai sensi di quanto previsto dalla Direttiva, rientrando nel campo di applicazione dell'articolo 4, paragrafo 3 (e del paragrafo 3 dell'allegato) e non essendo escluso dall'articolo 3.
- 19 Il testo dell'articolo 4, paragrafo 5, accoglie, senza problemi, l'esecuzione da parte del prestatore di servizi, di un trasferimento di fondi, in adempimento di un ordine del cliente -
 trasmesso per messaggio di posta elettronica, da un account personale di posta elettronica creato dal cliente stesso (senza intervento del prestatore) - come una «operazione di pagamento». Questa conclusione è corroborata dalla formulazione della parte finale dell'articolo 4, paragrafo 13, dedicata alla nozione di «ordine di pagamento».
- 20 Si può accettare che la procedura adottata dalle parti costituisca uno «strumento di pagamento», ai sensi di quanto previsto dall'articolo 4, paragrafo 14. È vero che la semplice istruzione trasmessa per messaggio di posta elettronica personale non costituisce né un «dispositivo fisico» né un «insieme di procedure» appositamente e specificamente progettati per la trasmissione di ordini di pagamento o per qualsiasi finalità della relazione commerciale tra l'utente e il prestatore - v. la domanda n. 34 nel documento intitolato «Your questions on PSD», pubblicato dalla Commissione europea (<https://ec.europa.eu/>). Tuttavia, se le parti stabiliscono che l'istruzione è *correttamente* emessa solo se è elaborata su carta, firmata di proprio pugno dai rappresentanti del pagatore e successivamente scansionata e inviata al prestatore di servizi, siffatta procedura ben ricade nella nozione di «strumento di pagamento». Infatti, su tale argomento, alla luce della PSD1, la Corte ha già statuito che: «L'articolo 4, punto 23, della direttiva 2007/64 deve essere interpretato nel senso che sia la procedura di emissione di un ordine di

bonifico tramite un bollettino di pagamento con firma autografa del pagatore, sia la procedura di emissione di un ordine di bonifico online costituiscono strumenti di pagamento ai sensi di detta disposizione» - Sentenza della CGUE del 9 aprile 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, punti da 29 a 44.

- 21 Dall'articolo 64, paragrafi 1 e 2, punto 2, si evince che un'operazione di pagamento si considera «non autorizzata» quando è effettuata da un soggetto che non è legittimato (come o da parte del pagatore). Orbene, se l'utente il cui account di posta elettronica è oggetto di accesso abusivo non autorizza l'operazione ordinata, sembrerebbe che questa meriti di essere qualificata come «operazione di pagamento non autorizzata» - v. sentenza della CGUE dell'11 aprile 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, ECLI:EU:C:2019:320, punti 43 e 54.
- 22 Se risulta chiaro che spetta al prestatore di servizi fornire la prova dell'*autenticazione*, non è altrettanto evidente che incomba su di esso l'onere di apportare la prova dell'*autorizzazione* (responsabilità dell'ordine), anche se tale sembra essere la regola di soluzione risultante dall'articolo 4, paragrafo 29, dall'articolo 72, paragrafo 1, e dall'articolo 73, paragrafo 1, così come (a contrario) dall'articolo 63, paragrafo 1, lettera b): qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita, incombe al prestatore di servizi di pagamento non solo l'onere di dimostrare l'autenticazione formale dell'operazione - vale a dire, in casi come quello di specie, di fornire la prova della verifica (e somiglianza) delle «firme valide» - ma anche l'onere di dimostrare l'effettiva autorizzazione dell'operazione da parte del pagatore (o la frode, il dolo o la negligenza grave di quest'ultimo).

F.2. Questione pregiudiziale I - applicabilità dell'articolo 73, paragrafo 1, della Direttiva

- 23 Dagli articoli 73 e 74 appare che il legislatore dell'Unione abbia attribuito il rischio di perdite derivanti dalla realizzazione di un'operazione non autorizzata alla parte che è in grado di controllarlo. L'idea del controllo del rischio (attraverso il controllo del servizio di pagamento) sembra altresì essere presente, ad esempio, nelle disposizioni di cui agli articoli 68, paragrafo 2, 69, paragrafi 1, lettera a), e 2, e 70, paragrafi 1, lettere a), c) ed e), e 2.
- 24 Il controllo della fonte di rischio spiega solo, di per sé, l'attribuzione (quasi *automatica*) delle perdite di una «operazione di pagamento non autorizzata» al prestatore di servizi nei casi in cui l'operazione viene eseguita utilizzando un «servizio di pagamento» *automatizzato* fornito dal prestatore del servizio, che comprende l'assegnazione di «credenziali di sicurezza». Si tratta quindi dei casi di «operazione di pagamento a distanza» o di uso di una carta bancaria, in cui, essendo esclusa l'attività degli utenti, l'elaborazione del pagamento è interamente automatizzata (senza intervento umano da parte del prestatore di servizi di pagamento).

- 25 Nell'ambito del servizio di «banca online» («telebanking» o «home banking»), le soluzioni presentate dagli articoli 73 e 74 sono comprensibili. L'istituto bancario controlla il rischio inerente all'uso della piattaforma elettronica che esso ha *predisposto - di cui è proprietario, che gestisce e che è installata su un suo server* -, alla quale i suoi clienti possono accedere a distanza, attraverso Internet, utilizzando le credenziali di accesso *fornite dall'istituto*, potendo così effettuare *direttamente* - vale a dire senza intervento umano da parte dell'istituto bancario - bonifici, a titolo d'esempio. Il cliente controlla già, in larga misura, il rischio di accesso indebito alle sue credenziali di accesso, di cui all'articolo 4, punto 31.
- 26 Questa distribuzione del rischio si applica anche, ad esempio, alla realizzazione di operazioni con carte bancarie protette da dispositivi di sicurezza personalizzati.
- 27 L'esecuzione, con l'intervento umano da parte del personale del prestatore di servizi, di un ordine di pagamento firmato e scansionato, trasmesso per [messaggio] di posta elettronica, inviato da un account di posta elettronica del pagatore è un'ipotesi sostanzialmente distinta da quelle di «banca online» e di uso di una carta bancaria sopra descritte. In tale esecuzione, lo strumento di pagamento utilizzato e le credenziali di sicurezza non sono stati predisposti dal prestatore di servizi né sono da esso controllati. Sono creati e, in sostanza, controllati dall'utente - essendo colui che, per esempio, crea il suo account di posta elettronica, definisce il livello di sicurezza della password che seleziona, definisce il livello di sicurezza dei dispositivi che utilizza per accedere al suo account e sceglie le reti (fisse o mobili) che usa per accedere a Internet.
- 28 Quando ci si trova di fronte ad una «operazione di pagamento» preceduta da un «ordine di pagamento» *debitamente autenticato* - conformemente allo «strumento di pagamento» adottato tra le parti -, esistendo l'intermediazione umana (di adempimento dell'ordine) da parte del prestatore di servizi di pagamento (vale a dire, i suoi dipendenti «fisici»), l'origine del vizio sostanziale di mancanza di autorizzazione risiede necessariamente nella fase dell'«ordine di pagamento» - interamente controllata dal pagatore -, e non nella fase del suo adempimento da parte del prestatore di servizi. Per tale motivo, il miglior controllo della *fonte* di rischio non appare essere sufficiente, di per sé, a spiegare l'eventuale applicabilità della norma di cui all'articolo 73, paragrafo 1, a casi come quello in esame.
- 29 La questione che occorre chiarire è quindi se l'articolo 73, paragrafo 1, attribuisce la responsabilità per operazioni di pagamento non autorizzate al prestatore di servizi di pagamento *quando non sia il soggetto che meglio controlla la fonte del rischio*.
- 30 Non si può non riconoscere, a detto riguardo, che taluni utenti di servizi di pagamento sono anche in grado di «valutare [adeguatamente] il rischio di frode e adottare contromisure» - si veda il considerando 73 della Direttiva -, essendo priva di fondamento l'idea che sia il prestatore di servizi a trarre i maggiori benefici dall'uso dello «strumento di pagamento» nei casi in cui tale strumento richieda

l'intervento umano dei suoi dipendenti nell'esecuzione degli ordini, necessariamente più onerosa e dispendiosa in termini di tempo.

- 31 Tuttavia, è ammissibile anche che il legislatore dell'Unione abbia consapevolmente previsto un'attribuzione di responsabilità non proporzionata al rischio controllato dal prestatore di servizi, con una finalità coercitiva, volta a «promuove[re] l'emissione di strumenti più sicuri» - una finalità presente nella direttiva n. 2007/64/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 novembre, come indicato nel [suo] considerando 34.
- 32 Laddove si dovesse ritenere che l'articolo 73, paragrafo 1, non sia stato pensato e non sia applicabile a casi come quello di specie, la responsabilità delle parti intervenute sarà valutata alla luce del diritto interno, segnatamente facendo ricadere su una delle parti o su entrambe l'effetto pregiudizievole causato dall'operazione, sulla base del loro comportamento specifico oggetto di valutazione da parte del giudice.

F.3. Questione pregiudiziale II - ipotesi di rimborso immediato e sua modifica

- 33 La prima parte dell'articolo 73, paragrafo 1, si configura come una norma sulla responsabilità civile per le perdite derivanti dalla realizzazione di un'operazione non autorizzata. Tuttavia, tale norma stabilisce anche, o dà per stabilito nelle disposizioni precedenti (vale a dire nell'articolo 72), che (fatto salvo l'articolo 71 e la sussistenza di ragionevoli motivi per sospettare una frode), affinché il prestatore di servizi sia obbligato a rimborsare immediatamente il pagatore, *quest'ultimo è tenuto solo alla notifica (asserzione) della mancanza di autorizzazione dell'operazione di pagamento*, e non già alla sua dimostrazione (prova).
- 34 Alla luce di siffatto inquadramento giuridico, e ferma restando la norma sulla responsabilità civile per le perdite derivanti dall'esecuzione di un'operazione non autorizzata - con il prestatore di servizi di pagamento che è responsabile per le perdite subite dal pagatore -, la questione che occorre chiarire è se la regola (anch'essa contenuta nell'articolo 73, paragrafo 1) secondo la quale l'obbligo di rimborso sorge *immediatamente* - ma fatte salve ulteriori prove di frode, dolo o negligenza grave da parte del pagatore: solve et repete - con la semplice notifica (asserzione) di mancanza di autorizzazione di un'operazione di pagamento sia esclusa in conseguenza della disapplicazione delle norme sull'onere della prova previste dall'articolo 72, sulla base dell'accordo delle parti, come consentito dall'articolo 61, paragrafo 1.
- 35 Il dubbio sollevato è quindi se, nonostante il fatto che l'articolo 73 non sia menzionato nell'articolo 61, paragrafo 1, la disapplicazione delle regole sull'onere della prova di cui all'articolo 72 comporti che il prestatore di servizi di pagamento sia tenuto a rimborsare immediatamente il pagatore solo qualora (fatto salvo l'articolo 71 e l'esistenza di ragionevoli motivi di sospetto di frode) questi dimostri *previamente* che l'operazione non fosse stata autenticata né dallo stesso

autorizzata, quando, disapplicando quanto disposto dall'articolo 72, il regime applicabile (in virtù di un'altra norma giuridica o convenzionale valida) attribuisca al pagatore l'onere di fornire tale prova.

F.4. Questione pregiudiziale III - limitazione per accordo delle parti della responsabilità del prestatore

- 36 La seconda questione sollevata dalla resistente relativamente alla deroga al regime previsto dall'articolo 73, paragrafo 1, in conseguenza della disapplicazione delle disposizioni dell'articolo 74, per accordo tra le parti, si traduce nell'affermazione che la norma di cui all'articolo 61, paragrafo 1, consente non solo tale disapplicazione, ma anche, in sostituzione del regime giuridico disapplicato, l'istituzione per contratto di un regime di responsabilità del pagatore *più oneroso*.
- 37 È vero che, letteralmente, l'articolo 61, paragrafo 1, prevede solo che l'utente e il prestatore di servizi di pagamento possono convenire che l'articolo 74 «non [sia] in tutto o in parte applicat[o]». In tal senso, si potrebbe dire che detta norma consente solo alle parti di derogare alle regole (raggruppate all'articolo 74) che prevedono la responsabilità [del] pagatore, mantenendo il resto del regime, il che significa affermare che permette solo alle parti di accordarsi per *beneficiare il pagatore* — eliminando, in tutto o in parte, la fonte legale della sua responsabilità. Per esempio, secondo siffatta interpretazione, l'articolo 61, paragrafo 1, consentirebbe l'esclusione per contratto dell'obbligo del pagatore di sopportare le perdite a concorrenza massima di EUR 50 (previsto dall'articolo 74, paragrafo 1), ma non già l'accordo di aumentare tale importo a EUR 500,00.
- 38 È altresì vero che, come affermato nei suoi considerando iniziali, la Direttiva è molto protettiva nei confronti degli utenti, in particolare dei consumatori. Tuttavia, proprio per questo motivo, la summenzionata interpretazione dell'articolo 61, paragrafo 1, contiene una contraddizione. Se l'articolo 74 può essere derogato solo *a beneficio* del pagatore, non vi è alcun motivo per cui l'articolo 61, paragrafo 1, debba prevedere che la disapplicazione di tale articolo possa essere convenuta solo «[s]e l'utente di servizi di pagamento non è un consumatore». Non vi è motivo di proibire la disapplicazione per accordo delle parti se questa può solo beneficiare il consumatore.
- 39 Siffatta conclusione, vista nel contesto dei considerando 53 e 73 della Direttiva, suggerisce che le parti possono *aumentare* la responsabilità del pagatore per operazioni di pagamento non autorizzate quando questi non è un consumatore e, in tal modo, limitare la responsabilità del prestatore ai sensi dell'articolo 73, paragrafo 1.

G. Collegamento tra le disposizioni della Direttiva e il diritto nazionale applicabile

- 40 Il nesso tra le disposizioni della Direttiva e la normativa nazionale applicabile è diretto, giacché il decreto legge n. 91 del 12 novembre 2018 è parte integrante di quest'ultima e traspone nell'ordinamento nazionale la direttiva (UE) 2015/2366.
- 41 Ai fini della corretta risoluzione della controversia è essenziale interpretare i paragrafi 1 e 2 [dell'] articolo 114 del decreto legge n. 91/2018, che ricalcano la formulazione dell'articolo 73 della Direttiva, in modo da determinare se le norme in essi contenute sono applicabili al tipo di procedura adottata dalle parti. Solo un'interpretazione corretta (e uniforme) della direttiva consentirà di risolvere la controversia in modo equo.

Porto, 5 febbraio 2021

Il giudice competente