

Contratto e impresa

Dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale

RIVISTA FONDATA DA FRANCESCO GALGANO

- *Common law* e scelta del “tipo” contrattuale
- Diritto fondamentale a un rimedio effettivo
- Ruolo delle SGR e nuove opportunità di mercato
- Sugli atti di destinazione
- *Sham trust*
- **Obbligazioni e contratti**
 Servizi di pagamento e obblighi informativi
 Superamento dei tassi soglia
 contratti per adesione e riforma del codice civile francese
 clausole generiche ed eccessiva onerosità sopravvenuta
 poteri di creditore e giudice nella risoluzione del contratto
 vendita di beni di consumo e garanzia convenzionale
 contratti a distanza e passaggio del rischio
 acquisti *online* del minore
 contratto di deposito di beni immateriali
network contract
- **Responsabilità**
 Responsabilità civile sanitaria e azione verso l'assicuratore
- **Impresa e Società**
 Nullità di delibera di approvazione del bilancio
 Società *benefit*

 edicolaprofessionale.com/CI

**Obblighi informativi nel settore dei servizi di pagamento.
Considerazioni diatopiche tra diritto nazionale italiano e austriaco
e diacroniche tra PSD e PSD2**

1. – *Introduzione*

Per quanto concerne le comunicazioni informative, l'attenzione del legislatore si concentra, in genere, sul profilo del contenuto: un'importanza non inferiore riveste però il profilo connesso alla modalità di trasmissione del contenuto delle stesse comunicazioni. Ai fini perseguiti dal legislatore europeo ⁽¹⁾ infatti, un contenuto informativo può dirsi "utile" soltanto in quanto esso giunga al destinatario con una modalità tale da consentirgli di acquisire non già una mera conoscenza, bensì una reale consapevolezza dei contenuti del negozio che andrà a stipulare, o delle eventuali modifiche dello stesso.

Alla luce di questa osservazione di carattere generale, in questa sede si intende considerare la disciplina dei servizi di pagamento, contenuta dapprima nella direttiva *Payment Services Directive* (c.d. PSD) ⁽²⁾ e ora nella c.d. PSD2 ⁽³⁾: direttiva che è in corso di attuazione negli stati membri ⁽⁴⁾, e che contiene diversi profili di novità rispetto alla direttiva precedente.

Il tema inerente le modalità della comunicazione è stato oggetto di recente di una pronuncia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e ci si soffermerà dunque più avanti sui profili di novità introdotti dalla direttiva in corso di attuazione, preferendo in prima battuta illustrare quanto enunciato dalla pronuncia della Corte di Giustizia 25 gennaio 2017, in C-375/15 *BAWAG*, onde – una volta delineate le diverse que-

⁽¹⁾ Il considerando n. 21 della dir. PSD precisa che «*per poter fare scelte con cognizione di causa*, spaziando in tutta l'UE, gli utenti dovrebbero infatti ricevere informazioni chiare e di qualità elevata, sui servizi di pagamento».

⁽²⁾ Dir. 2007/64/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 novembre 2007 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, recante modifica delle dir. 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE e 2006/48/CE, che abroga la dir. 97/5/CE.

⁽³⁾ Dir. 2015/2366/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dirr. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la dir. 2007/64/CE.

⁽⁴⁾ La dir. 2007/64/CE è stata abrogata a decorrere dal 13 gennaio 2018, data entro la quale gli Stati Membri avevano l'obbligo di predisporre la normativa di attuazione. L'Italia ha attuato la dir. 2015/2366 con il d. lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, Recepimento della dir 2015/2366/UE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dir. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, nonché adeguamento delle disposizioni interne al reg. (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.

stioni – ricavare alcuni spunti di riflessione destinati a rivelarsi utili non solamente per l'interpretazione del passato, ma altresì per affrontare l'ormai presente e prossimo futuro⁽⁵⁾. La pronuncia della Corte di Giustizia qui in esame, infatti, ha ad oggetto la dir. PSD ed è pertanto dal testo della stessa – benché non più in vigore – e dalla relativa normativa di attuazione che è necessario prendere le mosse.

Tra i diversi temi disciplinati dalla dir. PSD, questo scritto intende dunque analizzare gli aspetti relativi agli obblighi informativi. Dalla direttiva (e dalle norme nazionali di attuazione) essi sono diversamente declinati in ragione del fatto che venga concluso un “contratto quadro”⁽⁶⁾ o venga realizzata una singola “operazione di pagamento”⁽⁷⁾: nel primo caso – come si vedrà – le informazioni devono essere *sempre* “fornite” dal professionista; nel secondo vanno semplicemente “messe a disposizione” del consumatore, solamente in caso di sua richiesta, su di un “supporto durevole”⁽⁸⁾.

2. – La sentenza BAWAG: il caso di specie e la normativa di attuazione austriaca della direttiva PSD

Con la sentenza del 25 gennaio 2017, in C-375/15 BAWAG⁽⁹⁾, la Corte di giustizia europea ha avuto l'opportunità, a seguito di una richiesta di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte suprema austriaca⁽¹⁰⁾, di

⁽⁵⁾ Non si affronterà, in questa sede, il pur fondamentale problema della configurazione e degli effetti dello *ius variandi*, su cui si rinvia, *ex pl.*, a CAPRIGLIONE, *sub art. 126 sexies TUB*, in *Codice dei contratti commentato*, a cura di Alpa e Mariconda, Padova, 2017; PAGLIANTINI, *sub art. 126 sexies TUB*, in *Commentario breve al diritto dei consumatori*, a cura di De Cristofaro e Zaccaria, Padova, 2013; LEIDI, *Servizi di pagamento*, in *La disciplina dei rapporti bancari*, a cura di Fiorucci, Padova, 2012, p. 527 ss.; NICOLAI, *La modifica unilaterale delle condizioni contrattuali nel diritto bancario*, in *Il contenzioso tra le banche e i clienti*, a cura di Aratari e Iannaccone, Milano, 2016, p. 296.

⁽⁶⁾ Definito dalla dir. PSD quale: «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».

⁽⁷⁾ Definito dalla dir. PSD quale: «l'atto, disposto dal pagatore o dal beneficiario, di collocare, trasferire o ritirare fondi, indipendentemente da eventuali obblighi sottostanti tra il pagatore o il beneficiario».

⁽⁸⁾ Definito dalla dir. PSD come: «qualsiasi strumento che permetta all'utente di servizi di pagamento di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere utilizzate per un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni, e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate».

⁽⁹⁾ VbR 2017/43 = ecolex 2017, 275 (Rechtsprechungsübersicht) m Anm *Balthasar-Wach*.

⁽¹⁰⁾ OGH 27.5.2015, 8 Ob 58/14h VbR 2015/112 (*Kaindl/Fischer*) = RdW 2016/17 = ZFR 2016/40 = = jusIT 2016, 16 (*Lengauer*).

prendere posizione su alcune aspetti relativi alla disciplina, contenuta appunto nella direttiva sui servizi di pagamento (PSD), delle comunicazioni delle banche con i propri clienti attraverso l'*home banking* (servizi bancari *online*). Dal verdetto – come si evidenzierà nel proseguo – emerge chiaramente la sussistenza di interessi contrastanti tra banche e consumatori in ordine ai modi di comunicazione della banca ai propri clienti “elettronici”.

La vicenda che sfocia nel giudizio della Corte di Lussemburgo ha origine in Austria e può essere riassunta nel modo seguente. La Banca BAWAG veniva convenuta in un giudizio collettivo dinanzi all'*Handelsgericht Wien* (Tribunale commerciale di Vienna) da un'associazione di consumatori, in quanto l'istituto di credito aveva inserito, tra le proprie condizioni generali disciplinati l'utilizzo da parte degli utenti del sito *internet* di servizi bancari di *home banking*, una clausola dal seguente tenore:

«il cliente che accetta l'*home banking* riceve le comunicazioni e i messaggi (in particolare informazioni sul conto, estratti conto, estratti relativi alla carta di credito, comunicazioni di modifiche ecc.) che la banca deve trasmettere o rendere disponibili al cliente per posta o mediante visualizzazione o invio elettronico nell'ambito del sistema di *home banking* della [BAWAG]».

La clausola prevedeva, dunque, quali modi per fornire comunicazioni alla clientela – anche per le modifiche all'accordo quadro – oltre all'avviso per posta ordinaria, la trasmissione per mezzo dell'*home banking*. Per consentire il ricorso a mezzi di comunicazione del genere, la banca convenuta aveva istituito per i propri clienti caselle di posta elettronica sul sito di *home banking*, alle quali inviava i messaggi con informazioni relative al conto di ciascuno di costoro.

Dal suo canto, l'associazione dei consumatori chiedeva al giudice di impedire l'impiego, da parte della BAWAG, della suddetta clausola o di qualsiasi clausola equivalente nelle condizioni generali. Essa sosteneva che l'invio di una comunicazione alla casella di posta elettronica dell'*home banking* non potesse soddisfare il requisito della comunicazione su «supporto durevole» e che, comunque, non si potesse ritenere che in casi del genere le informazioni potessero ritenersi al più “rese disponibili”, ma non già «fornite» ai consumatori. Sempre secondo l'associazione dei consumatori austriaca dall'esperienza pratica si sarebbe evinto poi che i clienti bancari non controllano affatto in modo costante la propria casella di posta elettronica per verificare se contiene comunicazioni provenienti dalla banca (soprattutto se non effettuano transazioni bancarie attraverso il portale di *home banking* per un certo periodo di tempo). Di conseguenza la notifica di una modifica del contratto quadro attraverso tale mezzo

sarebbe suscettibile di pregiudicare gli stessi diritti dei clienti: con un mezzo di comunicazione di tal sorta (pur ammettendo che esso sia idoneo a “fornire” l’informazione al consumatore) esporrebbe al rischio che molti casi costoro vengano a conoscenza delle modifiche quanto sia ormai trascorso il termine per esercitare il diritto di recesso dal contratto con l’istituto di credito.

Per contro, la banca affermava che l’invio dei dati alla casella di posta elettronica dei messaggi del cliente fosse da considerarsi alla stregua di una comunicazione su un «supporto durevole» (ai sensi dell’art. 41, par. 1, dir. 2007/64) e avesse le caratteristiche per soddisfare l’ipotesi in cui il PSP debba appunto «fornire» le informazioni ai sensi della dir. 2007/64/CE (e ai sensi della normativa austriaca di recepimento, su cui v. *infra*) ⁽¹¹⁾.

La controversia giungeva all’esame della Corte Suprema austriaca (*Oberster Gerichtshof*) dopo che la domanda dell’associazione dei consumatori era stata accolta nei primi due gradi di giudizio. La Corte Suprema evidenziava come i messaggi inviati dalla banca ai propri clienti restassero invariati nella casella di posta, allo scopo di informare i consumatori, per un ragionevole periodo di tempo e non venissero eliminati: essi dunque potevano essere consultati elettronicamente, nonché potevano essere riprodotti e/o stampati in modo invariato; la Corte austriaca rilevava inoltre che il consumatore poteva gestire e, se necessario, eliminare i messaggi. Ritenendo però necessario, per emanare la sua sentenza, sciogliere alcune incertezze interpretative della normativa europea in materia, la Corte poneva le seguenti questioni pregiudiziali alla Corte di Giustizia:

1) Se l’articolo 41, paragrafo 1 ⁽¹²⁾, in combinato disposto con l’articolo 36, paragrafo 1 ⁽¹³⁾, della direttiva 2007/64 debba essere interpretato

⁽¹¹⁾ Su cui *infra*. Secondo l’insegnamento dominante in Austria già prima della pronuncia BAWAG della Corte di giustizia, le informazioni reperibili in varie forme su *Internet* non potevano dirsi “fornite”, ma “rese disponibili”: Leixner, *ZaDiG*² § 26 Rz 13, *Krassnigg, Das FernFinG und seine Auswirkungen auf den Bankensektor*, ÖJZ 2005, 134 (137).

⁽¹²⁾ Art. 41, par. 1: «Gli Stati membri esigono che, in tempo utile prima che l’utente di servizi di pagamento sia vincolato da un contratto quadro o da un’offerta, il prestatore di servizi di pagamento gli fornisca su supporto cartaceo o altro supporto durevole le informazioni e le condizioni di cui all’articolo 42. Le informazioni e le condizioni sono redatte 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».

⁽¹³⁾ Art. 36, par. 1: «Gli Stati membri esigono che prima che l’utente di servizi di pagamento sia vincolato da un contratto o offerta di servizio di pagamento singolo, il prestatore di servizi di pagamento renda disponibili all’utente di servizi di pagamento, in modo facilmente accessibile, le informazioni e le condizioni di cui all’articolo 37. Su richiesta dell’utente di servizi di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento fornisce le infor-

nel senso che un messaggio (in forma elettronica), trasmesso da un istituto di credito alla casella di posta elettronica del cliente nell'ambito [del sito *internet* di servizi bancari di *home banking*], in modo tale che il cliente possa visualizzare il messaggio stesso cliccandovi dopo aver effettuato l'accesso al sito *Internet* di servizi bancari di *home banking*, costituisca un'informazione comunicata su un supporto durevole.

2) In caso di risposta negativa alla prima questione:

Se l'art. 41, paragrafo 1, nel combinato disposto con l'articolo 36, paragrafo 1, della [direttiva 2007/64], debba essere interpretato nel senso che, in una fattispecie di tal genere,

a) l'informazione venga sì resa accessibile dall'istituto di credito su un supporto durevole, senza essere peraltro fornita al cliente, [essendo] soltanto messa a disposizione del medesimo; ovvero

b) l'informazione sia solo messa a disposizione, senza utilizzazione di un supporto durevole.

In altre parole, la questione interpretativa sollevata dalla Corte austriaca si articolava nei due seguenti quesiti: se l'uso di una casella di posta elettronica istituita dalla banca sul suo server per comunicare con i propri clienti tramite costituisca un «supporto durevole» e, in caso di risposta affermativa a questo primo quesito, se l'informazione comunicata con un mezzo del genere al cliente possa qualificarsi come «fornita», oppure solamente come «resa disponibile», con il significato e gli effetti previsti dalla dir. 2007/64/CE e dalla normativa nazionale di recepimento.

Dalla risposta a questi due quesiti discendono conseguenze di non scarso momento sul piano della regolazione dei rapporti tra prestatori di servizi di pagamento e utenti.

L'art. 41 della dir. 2007/64/CE prevede, infatti, che gli Stati membri esigano che il prestatore di servizi di pagamento (in prosieguo: PSP) fornisca all'utente del servizio di pagamento (in prosieguo: utente) le informazioni e le condizioni del contratto ai sensi dell'articolo 42 ⁽¹⁴⁾, in forma cartacea o su un altro supporto durevole prima che l'utente sia vincolato da un contratto quadro o da un'offerta di contratto. Le informazioni e i termini del contratto devono essere resi in modo chiaro e

mazioni e le condizioni su supporto cartaceo o altro supporto durevole. Le informazioni e le condizioni sono redatte 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.

⁽¹⁴⁾ Tra le «informazioni e condizioni» che vanno fornite all'utente dei servizi di pagamento, l'art. 42 include al punto 6) quelle relative a «*modifiche e recesso dal contratto quadro*».

comprensibile, nella lingua ufficiale dello Stato membro in cui è offerto il servizio di pagamento o in un'altra lingua concordata tra le parti. L'art. 36, par. 1, della dir. 2007/64/CE stabilisce, dal suo canto, che gli Stati membri prescrivano al PSP di rendere disponibili all'utente le informazioni e le condizioni del contratto in forma facilmente accessibile, prima che l'utente sia vincolato da un'offerta o da un contratto. Su richiesta dell'utente di servizi di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento fornisce le informazioni e le condizioni su supporto cartaceo o altro supporto durevole. La lingua di questa comunicazione è la stessa richiesta dall'art. 41, par. 1 della direttiva (ossia la lingua ufficiale dello Stato membro in cui è offerto il servizio di pagamento o un'altra lingua concordata tra le parti). L'art. 37 della direttiva indica poi le informazioni o le condizioni di contratto che devono essere comunicate o rese accessibili all'utente.

Quanto al diritto nazionale, la direttiva c.d. PSD è stata recepita in Austria con la *Gesetz über Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteegesetz – ZaDiG)* (legge federale sui servizi di pagamento), senza sensibili variazioni rispetto al testo comunitario, quantomeno per gli aspetti d'interesse in questa sede ⁽¹⁵⁾. In particolare, l'art. 26, par. 1, ha stabilito che il PSP debba fornire all'utente, nel caso di contratto quadro (come definito dall'art. 28 della stessa normativa), le informazioni e le condizioni contrattuali, in tempo utile prima che l'utente sia vincolato da un contratto o da una proposta contrattuale, su carta o su altro supporto durevole. Le informazioni e le clausole contrattuali devono essere fornite in modo chiaro e comprensibile. Ai sensi dell'art. 29, par. 1, sempre della normativa austriaca di recepimento, il PSP deve proporre le modifiche al contratto quadro all'utente dei servizi di pagamento con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista, nelle modalità previste dall'art. 26, par. 1, punto 1, e par. 2 (che regola nel § che le informazioni e le condizioni siano redatte in modo chiaro e comprensibile). Queste modifiche apportate al contratto quadro devono, dunque, essere «fornite» e non «rese disponibili».

Nella decisione dell'*Oberster Gerichtshof* veniva dunque enunciato il seguente principio: 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

⁽¹⁵⁾ *Gesetz über Erbringung von Zahlungsdiensten (Zahlungsdiensteegesetz – ZaDiG)* (legge federale sui servizi di pagamento), BGBl I 2009/66.

recuperando le informazioni, ciò non è sufficiente per considerarle “fornite” (16).

3. – *La sentenza BAWAG della Corte di giustizia e le sue conseguenze pratiche*

Nella pronuncia sopra ricordata, la Corte di giustizia accoglie in gran parte le ragioni dell'Associazione dei consumatori: difatti, pur se statuisce che le modifiche delle informazioni e delle condizioni contrattuali, così come le modifiche ai contratti quadro, che il PSP trasmette all'utente attraverso una casella *email* sul proprio sito *Internet di home banking* possono essere considerate «fornite» (e non solo «messe a disposizione») su un supporto durevole, essa richiede che ricorrano due specifiche condizioni. In particolare occorre:

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, se l'utente di servizi di pagamento è 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*.

Il sito deve dunque consentire all'utente di memorizzare le comunicazioni a lui personalmente indirizzate e di riprodurle per un periodo ragionevole e deve permettere altresì la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate, senza che il contenuto della comunicazione possa essere modificato unilateralmente dal PSP o da un amministratore del servizio. Per tutto il periodo in cui l'informazione può essere recuperata dall'utente, essa non deve poter essere modificata, senza che l'utente abbia l'onere di salvarla su un proprio supporto.

Si ricorda come l'*Oberster Gerichtshof*, nella sua ordinanza di rimessione alla Corte di Giustizia, avesse verificato che, nel caso di specie, le informazioni fornite all'utente non fossero state (nei fatti) modificate dalla Banca. L'*Oberster Gerichtshof* (OGH), a seguito della pronuncia della Corte di

(16) Weilinger/Knauder in Weilinger, ZaDiG § 26 Rz 50; Koch, Der Zahlungsverkehr nach dem Zahlungsdienstegesetz - Ein Überblick, ÖBA 2009, 869 (876 FN 59).

Giustizia qui in esame, ha vietato l'utilizzo della clausola in esame in quanto non prevedeva la comunicazione con un mezzo diverso della presenza della comunicazione circa la modifica contrattuale nell'*home-banking* ⁽¹⁷⁾.

In secondo luogo – e sarà questo il punto decisivo sul piano pratico – il criterio considerato dalla Corte di giustizia richiede che, se l'utente deve accedere al sito per avere conoscenza delle informazioni ivi contenute, il PSP deve informare l'utente che le informazioni sono presenti e disponibili sul sito *web*. Questa comunicazione, per avere effetto, dovrà, logicamente, essere fatta con un mezzo diverso rispetto all'utilizzo della casella di posta elettronica dell'*home banking*. Altrimenti, ove il PSP non si attivi per fornire all'utente la comunicazione che le informazioni sono presenti e disponibili sul sito *web*, secondo la Corte di giustizia, si configurerà semplicemente l'ipotesi di «mettere a disposizione» delle informazioni, e dunque non integreranno i casi in cui la direttiva sui servizi di pagamento (e la *ZaDiG*, nel caso di specie) richiede che le informazioni siano «fornite» al consumatore.

La Corte di giustizia aveva già dichiarato nella causa *Content Services* ⁽¹⁸⁾ che non soddisfaceva i requisiti imposti dall'art. 5 della dir. 97/7/CE una prassi commerciale che consistesse nel rendere accessibili le informazioni richieste dalla norma precitata solamente attraverso un collegamento ipertestuale a un sito *Internet* dell'impresa interessata, dal momento che tali informazioni non sono né «fornite» da tale impresa né «ricevute» dal consumatore, come prescrive la tale disposizione, e che un sito *Internet* come quello oggetto del procedimento principale non potesse essere considerato un «supporto durevole» ai sensi del medesimo art. 5, par. 1. Anche se la decisione era stata pronunciata con riguardo all'art. 5 della direttiva sui contratti a distanza 97/7/CE ove è utilizzato il termine «ricevimento», i principi della decisione possono anche essere trasferiti alla direttiva sui servizi di pagamento. Per la Corte di giustizia un comportamento puramente passivo del consumatore era sufficiente solo per i casi in cui la direttiva prescriveva la mera ricezione.

A seguito dell'enunciazione di questo secondo criterio, l'utilizzo della casella di posta elettronica dell'*home banking* risulta ridimensionato come mezzo di comunicazione per i casi in cui la direttiva 2007/64 (e le norme interne di recepimento, nel caso di specie il *ZaDiG*) richiede che le infor-

⁽¹⁷⁾ OGH 28.9.2017, 8 Ob 14/17t VbR 2017/132 S 205 = RdW 2017/608 S 823 = EvBl LS 2018/11 = ZFR 2018/7 S 30 (Ladler) - = ÖBA 2018,137/2427 - = JBl 2018,49 = jusIT 018/3 S 9 (Klampferer) = Haas, GRUR Int 2018,217).

⁽¹⁸⁾ Corte Giust. 5 luglio 2012, C-49/11.

mazioni siano «fornite» all'utente: per esempio, la banca dovrà inviare una e-mail al cliente (all'indirizzo personale di posta elettronica), in cui rappresenta che una comunicazione è contenuta nella casella di posta elettronica dell'*home banking* del cliente.

Rimanendo nell'ambito del diritto austriaco, il semplice invio di una e-mail non dimostra, tuttavia, secondo giurisprudenza costante ⁽¹⁹⁾, che essa sia anche stata ricevuta; tuttavia, in caso di controversia, la banca o altro PSP dovrà dimostrare che il messaggio di posta elettronica è stato ricevuto dall'utente per soddisfare i criteri in base alla quale la Corte di Giustizia accetta il messaggio alla casella di posta di *home banking* come modalità per "fornire" un'informazione. Tuttavia, se può dimostrare l'accesso alla posta elettronica, il PSP potrebbe includere immediatamente in questo messaggio di posta elettronica anche l'informazione che intendeva comunicare tramite l'*home banking* (a parte qualsiasi considerazione sulla segretezza e sui rischi per la sicurezza nella comunicazione e-mail). Pertanto viene inficiata, almeno in parte, l'evoluzione dei servizi bancari attraverso l'utilizzo dell'*home-banking*.

Deve rilevarsi altresì che la CGE segue in linea di massima le conclusioni alle quali era approdato il giudice austriaco di prime cure, nell'ambito causa principale promossa innanzi all'autorità giudiziaria austriaca. Nei confronti di quella decisione non erano mancate, peraltro, le opinioni critiche della dottrina austriaca ⁽²⁰⁾. Più di un commentatore aveva ritenuto, in particolare, che la trasmissione delle informazioni alla casella di posta elettronica della Banca dovesse essere considerata una modalità adeguata per fornire le informazioni al consumatore ai sensi della direttiva in parola: si è sostenuto in particolare che, a seguito della conclusione del contratto di banca *online*, la casella di posta elettronica dell'*home banking* andava parificata a quella personale dell'utente, e pertanto finiva per fare parte dell'area di ricezione in senso lato dello stesso utente.

Nonostante le critiche espresse, la Corte di Giustizia si è pronunciata nel senso che si è sopra ricordato. La casella postale di *home banking* dunque è, e rimarrà, inevitabilmente parte del sistema di comunicazione del PSP. Al contempo però l'immagine "moderna" dell'utente bancario ⁽²¹⁾, che con-

⁽¹⁹⁾ OGH 29.11.2007, 2 Ob 108/07g JBl 2008, 324 = EvBl 2008/70 MR 2008, 176 (*Hornsteiner*) = ecollex 2008/71 = RdW 2008/297: Mittels eines E-Mail-Sendeprotokolls kann der Anscheinsbeweis des Zugangs eines E-Mails nicht erbracht werden. Dazu auch Hörlsberger, Rechts panorama, *Die Presse*, 22 April 2008.

⁽²⁰⁾ Fischer/Kaindl, VbR 2017/26, 37.

⁽²¹⁾ Suggesta anche dai due aa. già cit., Fischer/Kaindl, VbR 2017/26, 36.

templa un'operatività *online* anche per quanto concerne le comunicazioni con l'istituto di credito, non pare poter essere presa del tutto in considerazione. Il legislatore europeo ha indicato espressamente le informazioni al punto importanti che devono essere «fornite» all'utente. Laddove esse vengano comunicate attraverso l'utilizzo del sito di *home banking*, la banca si dovrà attivare per far sì che il consumatore sia in grado di sapere (senza la necessità una consultazione continua dell'*home-banking*) che tali informazioni sono disponibili sul sito.

Oltre a ciò, non appare proporre un'argomentazione convincente la considerazione⁽²²⁾ che pure l'utilizzo di supporti dati "classici" (comunicazione cartacea, DVD o CD-ROM) richiedono una certa collaborazione del cliente affinché costui venga a conoscenza delle informazioni "comunicate" con quei mezzi. Allorché riceve una raccomandata, o un DVD o un CD-ROM, l'utente viene a conoscenza del fatto che gli sono state comunicate delle informazioni (per acquisire la conoscenza concreta delle quali dovrà poi aprire la lettera raccomandata, ecc.). Nel caso di un conto corrente *online*, la Corte di giustizia europea non richiede, in realtà, qualcosa di diverso: richiede, cioè che all'utente sia data conoscenza che è destinatario di informazioni, non solo tramite comunicazione nel sito della banca. Sarà poi onere dell'utente reperire queste informazioni, anche mediante *log-in* e il prelevamento delle stesse.

4. – Attuazione della dir. 2007/64/CE (c.d. PSD) in Italia

L'attuazione della dir. 2007/64/CE in Italia – come spesso accade per le direttive europee – è avvenuta non solo per mezzo della legislazione ordinaria, bensì anche per il tramite della potestà regolamentare dell'autorità delegata al settore, nella specie la Banca d'Italia⁽²³⁾.

Sul terreno della legislazione ordinaria, la dir. 2007/64/CE è stata attuata in Italia con il decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11⁽²⁴⁾ (in Supplemento ordinario n. 29 alla Gazzetta Ufficiale, 13 febbraio 2010, n. 36) intitolato «Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di

⁽²²⁾ Fatta anche dai predetti aa., VbR 2007/26, 37 FN 4 mit Verweis auf *Fischer/Kaindl*, JBl 2013, 767 ff.

⁽²³⁾ In particolare, sull'attuazione della dir. 2007/64/CE per gli aspetti che qui interessano si rinvia a RISPOLI FARINA e SPENA, *La trasparenza delle condizioni e i requisiti informativi per i servizi di pagamento*, in AA.VV., *Armonizzazione europea dei servizi di pagamento e attuazione della direttiva 2007/64/CE*, Milano, 2009, p. 77.

⁽²⁴⁾ Per un'analisi del provvedimento normativo v. AA.VV., *La nuova disciplina sui servizi di pagamento*, Torino, 2011.

pagamento nel mercato interno, recante modifica delle direttive 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE, 2006/48/CE, e che abroga la direttiva 97/5/CE (PSD – Payment Services Directive)»⁽²⁵⁾. In particolare, l'art. 34⁽²⁶⁾ del d.lgs. n. 11 del 2010 ha inserito nel Testo Unico Bancario (decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385) l'art. 126-*sexies*⁽²⁷⁾, rubricato «Modifica unilaterale delle condizioni»: l'articolo ora dispone che ogni modifica del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative fornite all'utente ai sensi dell'articolo 126-*quater*, comma 1, lettera a), debba essere proposta dal prestatore dei servizi di pagamento secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia, con almeno due mesi di anticipo rispetto alla data di applicazione prevista. Il contratto quadro, in secondo luogo, può prevedere che la modifica delle condizioni contrattuali si ritiene accettata dall'utente a meno che questi non comunichi al prestatore dei servizi di pagamento, prima della data prevista per l'applicazione della modifica, che non intende accettarla. La comunicazione di cui al comma 1, contenente la proposta di modifica, deve specificare che in assenza di espresso rifiuto la proposta si intende accettata e che l'utente ha diritto di recedere senza spese prima della data prevista per l'applicazione della modifica⁽²⁸⁾ (ferme restando, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 33, commi 3 e 4, del d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206).

In base a quanto previsto dall'art. 126 *quater*, comma 1, lett. a) – il quale prevede che spetti alla Banca d'Italia disciplinare contenuti e modalità delle informazioni e delle condizioni che il prestatore dei servizi di pagamento deve fornire o rendere disponibili all'utente di servizi di pagamento, al pagatore e al beneficiario⁽²⁹⁾ – la Banca d'Italia ha provveduto

(25) Decreto in seguito modificato ed integrato dal d. lgs. 29 dicembre 2011 n. 230 (in G.U. 7 febbraio 2012, n. 31).

(26) V. in particolare PROFETA, in AA.VV., *La nuova disciplina*, cit., p. 552 ss.

(27) Per un commento alla disposizione v. PAGLIANTINI, sub art. 126 *sexies* TUB, cit.

(28) Diversamente, per quanto attiene le modifiche dei tassi di interesse e di cambio poiché quest'ultime possono essere applicate con effetto immediato e senza preavviso; tuttavia, se sono sfavorevoli per l'utente, è necessario che ciò sia previsto nel contratto quadro e che la modifica sia la conseguenza della variazione dei tassi di interesse o di cambio di riferimento convenuti nel contratto. L'utente deve essere informato della modifica dei tassi di interesse nei casi e secondo le modalità stabilite dalla Banca d'Italia. Le modifiche dei tassi di interesse o di cambio utilizzati nelle operazioni di pagamento sono applicate e calcolate in una forma neutra tale da non creare discriminazioni tra utilizzatori, secondo quanto stabilito dalla Banca d'Italia.

(29) Ed aggiunge che: «Le informazioni e le condizioni sono redatte in termini di facile comprensione e in forma chiara e leggibile. In particolare, l'utente dei servizi di pagamento è informato di tutte le spese dovute al prestatore di servizi di pagamento e della loro suddivisione. Sono previsti obblighi di trasparenza semplificati nel caso di utilizzo di strumenti di

a disciplinare le modalità di comunicazione delle modifiche del contratto quadro o delle condizioni e informazioni a esso relative con provvedimento intitolato «Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari – Correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti» (l'ultima versione risale al 6 settembre 2017) ⁽³⁰⁾.

In particolare, per gli aspetti che qui interessano, l'art. 5.2. del suddetto provvedimento dispone che la comunicazione delle modifiche debba essere fatta dall'intermediario per iscritto, su supporto cartaceo ovvero altro supporto durevole concordato con il cliente, con modalità che evidenzino la formula "Proposta di modifica del contratto". Ove il contratto (quadro) preveda che le modifiche si intendono accettate in mancanza di un espresso rifiuto (entro la data prevista per l'applicazione) la comunicazione deve contenere anche detta precisazione e deve richiamare l'attenzione del cliente sulla circostanza che ha diritto di recedere immediatamente e senza spese. Modalità particolari sono, poi, previste nel caso in cui le modifiche riguardino i tassi di interesse o di cambio e siano favorevoli o sfavorevoli al cliente ⁽³¹⁾.

Quanto al «supporto durevole», la Banca d'Italia, nel provvedimento più volte citato, lo definisce come:

«qualsiasi strumento che permetta al cliente di memorizzare informazioni a lui personalmente dirette in modo che possano essere agevolmente recuperate durante un periodo di tempo adeguato ai fini cui sono destinate le informazioni stesse e che consenta la riproduzione immutata delle informazioni memorizzate» ⁽³²⁾.

Si deve rilevare come, per quanto attiene alla comunicazione delle proposte di modifica contrattuale, la Banca d'Italia abbia consentito l'utilizzo di un supporto durevole diverso dalla carta previo accordo con il cliente, diversamente da quanto stabilisce la direttiva PSD ove non si richiede il consenso dell'utente per l'utilizzo di un diverso supporto ⁽³³⁾. Benché,

pagamento che riguardino operazioni o presentino limiti di spesa o avvaloramento inferiori a soglie fissate dalla stessa Banca d'Italia».

⁽³⁰⁾ https://www.bancaditalia.it/compiti/vigilanza/normativa/archivio-norme/disposizioni/trasparenza_operazioni/testo-disposizione-2017/Disp_trasparenza.pdf. Tra le informazioni precontrattuali che devono essere fornite rileva, per quanto qui interessa, quella relativa a «f), modifiche e recesso dal contratto quadro omissis».

⁽³¹⁾ V. terzo e quarto comma del punto 5.2 del provvedimento della Banca d'Italia citato. V. art. 44 dir. 2007/64/CE, di cui costituisce attuazione.

⁽³²⁾ La definizione rispecchia quasi integralmente quanto previsto dall'art. 4, n. 25 della dir. 2007/64/CE.

⁽³³⁾ Art. 41, par. 1, come richiamato dall'art. 44, secondo cui «Gli Stati membri

dunque, la disciplina regolamentare della Banca d'Italia appaia sotto questo profilo già più restrittiva rispetto a quanto disposto dalla PSD, deve ritenersi in ogni caso utile quanto da ultimo statuito dalla Corte di Giustizia, poiché è evidente che l'utilizzo di un supporto durevole anche se concordato dalle parti, quale potrebbe proprio essere la casella di posta elettronica o altro sistema di comunicazione sull'*home banking*, è subordinato alle condizioni richieste dalla Corte per produrre gli effetti connessi al "fornire" le modifiche.

5. – *Cenni sulla nuova dir. 2015/2366/UE (c.d. PSD2) e sul d.lgs. di recepimento 15 dicembre 2017, n. 218: implicazioni della sentenza sul presente e sul prossimo futuro.*

La sentenza in commento pare destinata a mantenere attualità anche in relazione alla dir. 2015/2366/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, che modifica le dir. 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il reg. (UE) n. 1093/2010, e abroga la dir. 2007/64/CE. Questa direttiva, entrata in vigore il ventesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, doveva essere attuata dagli Stati Membri entro il 13 gennaio 2018 e, da tale data, è stata abrogata la dir. 2007/64/CE. In Italia si è provveduto al recepimento della c.d. PSD2 tramite il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 «Recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 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, nonché adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta».

Tale decreto, sotto il profilo che a noi interessa, non ha apportato rilevanti modifiche agli artt. 126 *quater* e 126 *sexies* del TUB ⁽³⁴⁾.

Quanto alla disciplina dello *ius variandi* e delle modalità di comunicazione delle modifiche contrattuali, si rileva come la disciplina contenuta

esigono che, in tempo utile prima che l'utente di servizi di pagamento sia vincolato da un contratto quadro o da un'offerta, il prestatore di servizi di pagamento gli fornisca *su supporto cartaceo o altro supporto durevole* le informazioni e le condizioni di cui all'articolo 42».

⁽³⁴⁾ Per le modifiche v. commi 16 e 17 del predetto provvedimento. In particolare, seppur esuli dall'argomento del presente lavoro, si consideri l'inserimento nell'art. 126 *sexies* di un comma 4 *bis* secondo cui: «Se il cliente è un consumatore, il contratto quadro o le condizioni e informazioni a esso relative fornite all'utilizzatore ai sensi dell'articolo 126 *quater*, comma 1, lettera a), possono essere modificate se sussiste un giustificato motivo».

nella dir. 2015/2366/UE ricalchi sostanzialmente quanto già previsto dalla dir. 2007/64/CE. Quanto la Corte di Giustizia ha deciso, dunque, in riferimento alla dir. 2007/64/CE potrà sicuramente essere attuale anche rispetto alla nuova disciplina.

Risulta particolarmente interessante, comunque, fare riferimento a quanto auspicato da due considerando della dir. 2015/2366/UE.

In primo luogo, il *considerando* n. 57 ⁽³⁵⁾, nell'auspicare che i requisiti di informazione siano ampi per i contratti quadro (più che per le singole operazioni di pagamento), tra i possibili supporti durevoli indica i siti *Internet*, «sempre che tali siti consentano di recuperare le informazioni agevolmente durante un periodo di tempo sufficiente ai fini dell'accesso alle stesse informazioni e che permettano la riproduzione delle informazioni memorizzate in formato inalterato». Al contempo, viene lasciato spazio alla libertà contrattuale delle parti per determinare come dovranno essere rese le informazioni relative alle singole operazioni di pagamento successive alla stipula del contratto quadro,

«come ad esempio che nel servizio di *Internet banking* tutte le informazioni sul conto di pagamento siano rese accessibili *online*».

In secondo luogo, il *considerando* n. 60 ⁽³⁶⁾ recita che la direttiva debba distinguere tra due modalità con cui il prestatore di servizi è tenuto a fornire le informazioni specificando che

«l'informazione dovrebbe essere fornita attivamente dal prestatore di servizi di pagamento a tempo debito come richiesto dalla presente direttiva, senza alcuna sollecitazione da parte dell'utente di servizi di pagamento, oppure l'informazione dovrebbe essere messa a disposizione dell'utente di servizi di pagamento a seguito di una richiesta di ulteriori informazioni. Nella seconda situazione è opportuno che l'utente di servizi di pagamento si attivi per ottenere le informazioni, ad esempio chiedendole espressamente al prestatore di servizi di pagamento, accedendo alla casella di posta elettronica del conto bancario o inserendo una carta bancaria nei terminali per stampare gli estratti conto. A tal fine è opportuno che il prestatore di servizi di pagamento provveda affinché l'accesso all'informazione sia possibile e le informazioni siano disponibili per l'utente».

L'insegnamento proveniente dalla Corte di Giustizia nella decisione BAWAG è destinato a mantenere, dunque, la sua rilevanza anche in

⁽³⁵⁾ Analogamente a quanto previsto dal *considerando* n. 24 della dir. PSD.

⁽³⁶⁾ Analogamente a quanto previsto dal *considerando* n. 27 della dir. PSD.

relazione alla nuova normativa: ben venga l'aggiornamento dei sistemi di comunicazione e l'utilizzo delle nuove tecnologie, ma non a discapito dell'utente. Si utilizzi, dunque, l'*home banking* e le comunicazioni telematiche, ma quando l'utente deve essere messo a conoscenza delle modifiche contrattuali che gli vengono proposte non è sufficiente che il PSP metta disposizione le informazioni, ma deve farsi parte attiva per fornire le informazioni all'utente.

È auspicabile, pertanto, che, in sede di attuazione della dir. PSD2 e in particolare nel momento in cui si provvederà ad emettere i regolamenti delegati⁽³⁷⁾, la Banca d'Italia tenga in considerazione quanto enunciato dalla Corte di Giustizia ed evidenzi chiaramente con quali modalità e a quali condizioni può essere l'utilizzato l'*home-banking* per la comunicazione di modifiche contrattuali.

GIULIA GABASSI e STEFAN LANGER

⁽³⁷⁾ Ovvero ad aggiornare quelli esistenti. Spetta ancora alla Banca d'Italia, infatti, disciplinare le modalità di comunicazione ai sensi dell'art. 126 *sexies* TUB.