

COLLEGIO DI TORINO

composto dai signori:

(TO) LUCCHINI GUASTALLA	Presidente
(TO) BATTELLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) COTTERLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) DALMARTELLO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(TO) DE FRANCESCO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - FABRIZIO DE FRANCESCO

Seduta del 11/11/2020

Esame del ricorso n. 0781113/2020 del 12/06/2020

proposto da [REDACTED]

nei confronti di [REDACTED]



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI TORINO

composto dai signori:

(TO) LUCCHINI GUASTALLA	Presidente
(TO) BATTELLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) COTTERLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) DALMARTELLO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(TO) DE FRANCESCO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ESTERNI - FABRIZIO DE FRANCESCO

Seduta del 11/11/2020

FATTO

Il ricorrente ha rappresentato:

- di aver ricevuto in data 16/01/2020 cinque *sms* con cui veniva avvisato dell'addebito non autorizzato, sulla propria carta di pagamento, della complessiva somma di € 1.291,00;
- di aver scoperto che tali addebiti risultavano eseguiti in un medesimo esercizio commerciale in Spagna;
- che al momento in cui le operazioni sono state effettuate si trovava in Italia, come risulta dal foglio presenze al lavoro prodotto in atti;
- di aver provveduto a bloccare la carta la sera stessa in cui le suddette operazioni sono state effettuate e di aver sporto denuncia il giorno successivo;
- che l'intermediario dapprima gli riaccreditava la somma sottratta provvedendo però, successivamente, a stornarla;
- che l'intermediario ha infine respinto il reclamo proposto in data 21/04/2020 con nota definitiva del 13/05/2020.

Sulla base di tale prospettazione fattuale, in diritto il ricorrente osserva che incombe sull'intermediario l'onere di dimostrare la colpa grave del cliente, tenuto in particolare conto dell'anomalia riscontrabile in plurime operazioni successive, eseguite in un brevissimo arco temporale presso lo stesso esercizio commerciale in Spagna; ciò a fronte della documentale dimostrazione che il ricorrente, in quel momento, si trovava in Italia.



Parte ricorrente chiede pertanto il risarcimento del danno subito, pari ad € 1.291,00, oltre alla rifusione delle spese legali e di procedura.

Con le proprie controdeduzioni l'intermediario ha rappresentato quanto segue:

- il ricorrente è l'effettivo titolare della carta di pagamento con la quale sono state eseguite le operazioni contestate;
- il 17/01/2020 il ricorrente ha sporto denuncia per l'utilizzo illegittimo della propria carta di pagamento;
- le operazioni contestate risultano tuttavia correttamente autenticate, registrate e contabilizzate;
- tutte le carte di pagamento sono state abilitate al servizio pagamenti sicuri via internet, cosicché, al fine di confermare qualunque operazione di pagamento *on line*, è necessario digitare una *password* dinamica, creata tramite l'App dell'intermediario o ricevuta via sms (nel caso in cui il cliente abbia scelto questa specifica modalità);
- nel ricorso non sono stati forniti elementi utili alla ricostruzione di quanto accaduto e non viene spiegato in che modo i terzi utilizzatori siano venuti a conoscenza delle credenziali per eseguire le operazioni e, in particolare, delle *password* dinamiche OTP;
- appare verosimile prospettare che parte ricorrente sia rimasta vittima di *phishing* ed abbia incautamente fornito a terzi le credenziali necessarie ad effettuare i movimenti sconosciuti;
- tutte le operazioni contestate risultano infatti eseguite su un sito di "*commercio elettronico sicuro*", con inserimento delle credenziali della carta e con autenticazione del titolare attraverso la *password* dinamica (OTP), tramite il suo *smartphone*.

L'intermediario ritiene pertanto che non gli possa essere imputata alcuna responsabilità ai sensi della vigente normativa, dal momento che il sistema informatico non è risultato violato e che il sistema multifattoriale garantisce l'efficace tutela offerta dal dispositivo adottato, costituendo esatto adempimento dell'obbligazione di tutelare l'interesse dell'utente. Per contro – sempre secondo l'odierno resistente – è onere dell'utilizzatore, ai sensi dell'art. 7, co. 2, del D.lgs. n. 11/2010, adottare "*le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo*".

Contestata anche la richiesta di rifusione delle spese legali, l'intermediario conclude chiedendo: "*In via principale: che il Collegio dichiari inaccoglibile, in quanto infondata e immotivata, la richiesta di restituzione dell'importo di € 1.291,00 relativo al pagamento eseguito on line; in via di subordine: nella denegata ipotesi che il Collegio ritenga di poter ravvisare profili di responsabilità nell'accaduto in capo all'intermediario, che definisca la ripartizione in misura proporzionale alle effettive responsabilità delle parti. In ogni caso che il Collegio respinga la richiesta di rimborso delle spese legali perché infondata*".

DIRITTO

Il presente caso riguarda cinque operazioni di pagamento, eseguite tramite la carta intestata al ricorrente il giorno 16/01/2020, in un brevissimo arco temporale (la prima operazione è delle ore 19.21, l'ultima delle 19.27). I pagamenti - come pacifico fra le parti - sono stati eseguiti presso un esercizio commerciale mentre - dato altrettanto pacifico - il ricorrente si trovava in Italia. Il cliente risulta aver tempestivamente sconosciuto le operazioni, provvedendo all'immediato blocco della carta e presentando denuncia ai Carabinieri.

Così sinteticamente ricostruito l'oggetto del contendere, dal punto di vista normativo le operazioni contestate vanno ricondotte nell'alveo del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11,



modificato a seguito dell'entrata in vigore (il 13 gennaio 2018) del D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 (cd. PSD2). Ricordiamo in particolare che l'art. 10 del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, così prevede: *"1. Qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti. 1-bis. Se l'operazione di pagamento è disposta mediante un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, questi ha l'onere di provare che, nell'ambito delle proprie competenze, l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti connessi al servizio di disposizione di ordine di pagamento prestato. 2. Quando l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7. E' onere del prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente"*.

Sulle modalità applicative delle norme appena citate e sul riparto degli oneri di allegazione e prova in materia di esecuzione fraudolenta di transazioni *online*, il Collegio di Coordinamento ha espresso il seguente, consolidato principio interpretativo: *"La previsione di cui all'art. 10, comma 2, del d. lgs. n.11/2010 in ordine all'onere posto a carico del PSP della prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utilizzatore, va interpretato nel senso che la produzione documentale volta a provare l' 'autenticazione' e la formale regolarità dell'operazione contestata non soddisfa, di per sé, l'onere probatorio, essendo necessario che l'intermediario provveda specificamente a indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell'operazione dai quali possa trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell'utente"* (Coll. Coordinamento, decisione n. 22745 del 10 ottobre 2019). Tale interpretazione non solo è condivisa da questo Collegio territoriale (si vedano le decisioni nn. 3464/18, 6454/18, 2408/18, 27616/2018), ma è conforme con quella della giurisprudenza di legittimità, chiarissima nell'aver affermato *"che, in tema di responsabilità della banca in caso di operazioni effettuate a mezzo di strumenti elettronici, anche al fine di garantire la fiducia degli utenti nella sicurezza del sistema (il che rappresenta interesse degli stessi operatori), è del tutto ragionevole ricondurre nell'area del rischio professionale del prestatore dei servizi di pagamento, prevedibile ed evitabile con appropriate misure destinate a verificare la riconducibilità delle operazioni alla volontà del cliente, la possibilità di una utilizzazione dei codici di accesso al sistema da parte dei terzi, non attribuibile al dolo del titolare o a comportamenti talmente incauti da non poter essere fronteggiati in anticipo. Ne consegue che, anche prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 11 del 2010, attuativo della direttiva n. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, la banca, cui è richiesta una diligenza di natura tecnica, da valutarsi con il parametro dell'accorto banchiere, è tenuta a fornire la prova della riconducibilità dell'operazione al cliente"* (Cass., ord. 12 aprile 2018, n. 9158; la Suprema Corte riforma la decisione della corte territoriale, ritenendola errata proprio per aver ritenuto la colpa del cliente *"supponendo, in mancanza di qualunque obiettivo riscontro di rilievo pure indiziario, che gli odierni ricorrenti si fossero*



resi responsabili dell'occorso per aver aperto una ipotetica mail ed aver comunicato per questa via i propri dati ad estranei"; vedi anche Cass., 3 febbraio 2017, n. 2950).

Alla luce di tale orientamento, a fronte del disconoscimento delle operazioni fraudolente, l'intermediario non può dunque limitarsi ad affermare (e dimostrare) la corretta autenticazione da parte di chi le ha disposte ed eseguite, dovendo altresì allegare specifici elementi di fatto dai quali possa desumersi la prova della colpa grave dell'utente. Tale prova può anche trarsi in via presuntiva, ma pur sempre a fronte di un'allegazione specifica e determinata, secondo i principi generali.

Così chiarito il quadro normativo di riferimento, va detto che nel caso di specie le argomentazioni difensive svolte dall'intermediario resistente non superano il suddetto vaglio di determinatezza e specificità. L'unico vero addebito a carico del cliente che è possibile desumere dalle controdeduzioni di parte resistente consiste infatti nella seguente affermazione: *"Invero, se si intende dar credito alla dichiarazione di controparte di non aver personalmente utilizzato la carta, è verosimile che il [ricorrente] sia rimasto vittima di phishing ed abbia incautamente fornito a terzi le credenziali necessarie ad effettuare i movimenti sconosciuti"*. È tuttavia evidente che tale allegazione è formulata in termini meramente ipotetici, limitandosi a ritenere "verosimile" la sussistenza di un caso di cd. *phishing*, senza tuttavia contenere alcuna affermazione su fatti o comportamenti specificamente e concretamente tenuti dal cliente. L'intermediario non ha dunque indicato alcun elemento utile, dal quale possa trarsi la prova, anche in via presuntiva, della colpa grave dell'utente, limitandosi in buona sostanza ad allegare la corretta autenticazione e la formale regolarità dell'operazione.

In conclusione, risultando irrilevanti tutte le altre questioni, alla luce delle norme e dei principi interpretativi su enunciati, deve essere riconosciuto il diritto del ricorrente al rimborso dell'importo delle operazioni contestate, di € 1.291,00, con detrazione della franchigia di € 50,00 prevista dalla legge. Non sussistono invece i presupposti indicati dal Collegio di Coordinamento per il riconoscimento delle spese legali in favore del ricorrente.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 1.241,00.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da

EMANUELE CESARE LUCCHINI GUASTALLA