



COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) ACHILLE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BARILLA'	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENINCASA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) ACHILLE

Seduta del 01/12/2022

FATTO

Con ricorso presentato in data 10 luglio 2022, preceduto dal reclamo, la parte ricorrente chiede il rimborso di € 14.943,95 relativo a nove transazioni effettuate con lo strumento di pagamento di cui è titolare e dalla stessa disconosciute, oltre al rimborso delle spese di assistenza professionale sostenute per la presentazione del ricorso. A tal fine deduce, anche secondo quanto risulta dalla denuncia depositata agli atti della procedura, che: i) in data 5 maggio 2022 è stata rimasta vittima di frode, tramite la quale, con bonifici istantanei su conti correnti esteri e pagamenti con carta di debito, le è stato sottratto l'importo complessivo di € 14.943,95; ii) la sera del 6 maggio 2022 le veniva richiesto *“un codice sms per accedere all’home banking tramite APP mobile [...] Prima della frode, non veniva richiesto un codice per accedere al conto corrente”*; iii) inizialmente non era quindi prevista l'autenticazione a doppio fattore; iv) non veniva informata delle operazioni fraudolente; v) sporgeva denuncia presso le competenti autorità e presentava reclamo all'intermediario che non rispondeva.

Con le proprie controdeduzioni, l'intermediario resistente chiede il rigetto del ricorso. Deduce a tal fine che: i) il ricorso è irricevibile in quanto non sono state descritte dalla cliente in dettaglio le modalità della frode, né in sede di denuncia né durante le successive interlocuzioni con il servizio clienti; ii) la ricostruzione lacunosa non coincide peraltro con le risultanze dei *log* informatici; iii) la cliente è stata vittima di *phishing*; iv) le operazioni sono



state correttamente contabilizzate, registrate e autenticate con il corretto inserimento delle credenziali; v) sussiste la colpa grave in quanto la cliente ha comunicato a terzi le proprie credenziali di accesso al conto e il codice OTP ricevuto sulla propria utenza telefonica, consentendo al malfattore di dissociare lo smartphone della cliente dal conto a lei intestato e di associarvi in APP un diverso dispositivo.

Con le repliche alle controdeduzioni, la parte ricorrente eccepisce che: i) a seguito dei due SMS ricevuti in data 5 maggio 2022, ha inserito le credenziali di accesso su App, portale o siti che apparivano come riconducibili all'intermediario e mai su siti terzi; ii) gli SMS ricevuti erano provenienti dallo stesso numero utilizzato dalla banca per le comunicazioni di servizio; iii) la frode si configura come "*smishing sofisticato*"; iv) non ha ricevuto comunicazioni via e-mail dalla banca né da presunti frodatori sulla propria casella di posta elettronica; v) l'esecuzione di ben nove operazioni su conti esteri in un arco temporale ristretto avrebbe richiesto un sistema di protezione adeguato; vi) la banca non doveva limitarsi a inviare messaggi o e-mail per verificare la correttezza delle operazioni; vii) l'unico strumento disponibile come servizio clienti dell'intermediario, di cui si è peraltro avvalsa, è una chat automatizzata senza interlocutore fisico.

Con le controrepliche, l'intermediario resistente eccepisce che: i) il *link* è palesemente non riconducibile a quello autentico e che l'SMS contiene l'espressione "con urgenza"; ii) i messaggi truffaldini compaiono in lingua italiana laddove la cliente aveva precedentemente impostato il tedesco come lingua predefinita della App; iii) gli SMS sono caratterizzati da un tono elementare, "*non in linea con la normale operatività*".

DIRITTO

Il ricorso, avente ad oggetto la richiesta di rimborso di € 14.943,95 pari all'importo di nove transazioni effettuate in data 5 e 6 maggio 2022 con lo strumento di pagamento di cui è titolare la parte ricorrente e dalla stessa disconosciute deducendo di essere stata vittima di frode, deve essere deciso facendo applicazione delle disposizioni del d. lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010, come modificate in seguito al recepimento della seconda Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2015/2366/UE del 25 novembre 2015), applicabile *ratione temporis* a decorrere dal 13 gennaio 2018.

In base a tali disposizioni, come applicate da questo Arbitro (da ultimo, ABF-Coll. Coord. n. 22745 del 10 ottobre 2019, al § 8), due sono i passaggi ineludibili in materia. In primo luogo, è l'intermediario a dover provare, oltre all'insussistenza di malfunzionamenti, l'autenticazione, la corretta registrazione e la contabilizzazione delle operazioni, dovendo in particolare fornire evidenza che le operazioni disconosciute siano state autenticate con un c.d. "Sistema di autenticazione forte" (strong customer authentication o SCA), posto che ai sensi del comma 2-bis dell'art. 12 d.lgs. n. 11/2010, come inserito dal d.lgs. n. 218/2017, "*salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, il pagatore non sopporta alcuna perdita se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente. Il beneficiario o il prestatore di servizi di pagamento del beneficiario rimborsano il danno finanziario causato al prestatore di servizi di pagamento del pagatore se non accettano l'autenticazione forte del cliente*". In secondo luogo, è sempre l'intermediario a dover provare tutti i fatti idonei ad integrare la colpa grave dell'utilizzatore, unica ipotesi in cui, oltre al dolo, lo stesso può patire le conseguenze dell'utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento.



In tale contesto e con riguardo al caso di specie è possibile rilevare, quanto al primo dei suddetti passaggi ed in base alle evidenze fornite agli atti della procedura, che l'intermediario resistente ha adeguatamente e sufficientemente provato la corretta autenticazione unicamente delle operazioni di bonifico istantaneo effettuate il 5 maggio 2022 alle ore 11:26 (€ 990,00), 11:27 (€ 998,00), 11:27 (€ 997,00), 11:28 (€ 996,00), 11:28 (€ 998,00) avendo per queste fornito evidenza della corretta autenticazione mediante App (elemento del possesso) e con l'inserimento del PIN (elemento della conoscenza) risultando quindi provato l'utilizzo di un sistema conforme ai requisiti della SCA. Diversa conclusione si impone, invece, per quanto concerne le altre operazioni sconosciute, vale a dire i pagamenti del giorno 5 maggio 2022 alle 17:38 (€ 1.500,00) e alle 17:38 (€ 3.500,00) e del 6 maggio 2022 alle 17:09 (€ 3.500,00) e alle 17:09 (€ 1.460,00), dovendosi al riguardo rilevare che l'intermediario resistente non ha provato che tali operazioni sono state autenticate con un sistema conforme ai requisiti della SCA posto che mentre ha offerto evidenza che le stesse sono state disposte mediante APP (elemento del possesso) non è dato comprendere – anche in ragione della mancanza di una leggenda completa e della difficile intelligibilità dei log prodotti – quale sia l'ulteriore fattore in concreto utilizzato dell'operazione sconosciuta, con ciò dovendosi in definitiva ritenere che per tali operazioni l'intermediario resistente non ha assolto il proprio onere probatorio. Ciò è di per sé sufficiente, secondo il consolidato orientamento di questo Arbitro cui si è già fatto riferimento (cui, tra le tante, si può aggiungere ABF-Coll. Milano n. 10983 del 28 aprile 2021), a condurre all'accoglimento della pretesa dell'utilizzatore dello strumento di pagamento che chiede il rimborso integrale dell'operazione sconosciuta, da ciò derivando che nel caso di specie deve trovare accoglimento la relativa domanda per le operazioni del giorno 5 maggio 2022 alle 17:38 (€ 1.500,00) e alle 17:38 (€ 3.500,00) e del 6 maggio 2022 alle 17:09 (€ 3.500,00) e alle 17:09 (€ 1.460,00), atteso che per queste operazioni l'intermediario resistente non ha adeguatamente provato l'autenticazione e l'autorizzazione mediante un sistema conforme ai requisiti della SCA.

Per quanto riguarda invece le ulteriori operazioni, vale a dire i bonifici istantanei effettuati il 5 maggio 2022 alle ore 11:26 (€ 990,00), 11:27 (€ 998,00), 11:27 (€ 997,00), 11:28 (€ 996,00), 11:28 (€ 998,00), per i quali l'intermediario resistente ha – come detto – fornito la prova che le stesse sono state autenticate e autorizzate mediante un sistema conforme ai requisiti della SCA, occorre valutare il secondo degli anzidetti profili, vale a dire quello attinente alla valutazione della condotta dell'utilizzatore, la quale è idonea ad escludere il diritto alla restituzione delle somme sconosciute solo qualora sia connotata da colpa grave. In tal senso, assume rilevanza centrale il disposto del nuovo art. 12, co. 2-ter e s., d. lgs. n. 11 cit., il quale prevede che *“Il pagatore non sopporta alcuna perdita se lo smarrimento, la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dallo stesso prima di un pagamento, salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, o se la perdita è stata causata da atti o omissioni di dipendente, agenti o succursali del prestatore di servizi di pagamento o dell'ente cui sono state esternalizzate le attività. Negli altri casi, salvo che abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita”*.

Dalla normativa dinanzi richiamata si desume quindi che – ferma l'applicabilità dell'art. 1227, co. 1, c.c. e, quindi, la possibilità di affermare il concorso di colpa dell'utilizzatore



dello strumento di pagamento – ciò che consente di escludere il rimborso della perdita subita è la colpa grave o il dolo dell'utilizzatore, in mancanza dei quali questi ha diritto al rimborso dell'operazione disconosciuta. A tale riguardo, il Collegio di coordinamento di questo Arbitro ha da tempo delineato gli indici presuntivi che devono guidare l'interprete con riguardo alla valutazione dell'elemento soggettivo del titolare dello strumento di pagamento (ABF-Coll. Coord. n. 5304 del 17 ottobre 2013, n. 6168 del 29 novembre 2013). Si è in particolare affermato, richiamando la giurisprudenza di legittimità, che *«la colpa grave esclude un concetto di “normalità” della colpa e che, in tema di responsabilità contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa, tant'è che si parla di equiparazione della colpa grave al c.d. “dolo eventuale”, la cui sussistenza deve essere provata in concreto non pare assurgere ad un livello di negligenza tale da integrare la colpa grave»* (ABF-Coll. Coord. n. 6168 del 29 novembre 2013).

Ciò posto, nell'opera di valorizzazione delle singole e specifiche circostanze relative alla fattispecie in esame, il Collegio ritiene che la domanda di rimborso delle operazioni di bonifico istantaneo suddette non possa trovare accoglimento, risultando configurabile una colpa grave della parte ricorrente. Occorre infatti rilevare che seppure la parte ricorrente è stata vittima di phishing, avendo ricevuto SMS truffaldini che si inseriscono nella chat di archiviazione dei messaggi genuini ricevuti dall'intermediario, il che potrebbe indurre a ritenere che si sia generato un incolpevole affidamento con conseguente esclusione della colpa grave, in senso contrario a tale conclusione depone l'assorbente rilievo che i messaggi truffaldini ricevuti erano in lingua italiana, mentre tutti i messaggi genuini precedenti erano sempre stati ricevuti in lingua tedesca, ossia nella lingua scelta dalla parte ricorrente come lingua predefinita dell'App dell'intermediario. Ciò induce a ritenere che la parte ricorrente non ha conformato la propria condotta agli standard minimi di diligenza che si richiedono in capo all'utilizzatore dello strumento di pagamento, dovendosi quindi ritenere sussistente la colpa grave della parte ricorrente con conseguente rigetto della richiesta di rimborso per le operazioni effettuate il 5 maggio 2022 alle ore 11:26 (€ 990,00), 11:27 (€ 998,00), 11:27 (€ 997,00), 11:28 (€ 996,00), 11:28 (€ 998,00).

Tutto ciò considerato, il ricorso deve quindi trovare parziale accoglimento, dovendosi disporre che l'intermediario resistente corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 9.960,00, pari all'importo delle operazioni del giorno 5 maggio 2022 alle 17:38 (€ 1.500,00) e alle 17:38 (€ 3.500,00) e del 6 maggio 2022 alle 17:09 (€ 3.500,00) e alle 17:09 (€ 1.460), relativamente alle quali non è stata fornita la prova dell'autenticazione e dell'autorizzazione mediante un sistema conforme ai requisiti della SCA; mentre – conformemente al consolidato orientamento dell'Arbitro – non può trovare accoglimento la domanda di rimborso delle spese di assistenza professionale (cfr. ABF Coll. Coord. n. 3498 del 26 ottobre 2012).



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 9.960,00.

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
FLAVIO LAPERTOSA