



## COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) STELLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) TENELLA SILLANI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENINCASA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) TINA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore STELLA GIOVANNI

nella seduta del 13 dicembre 2017 dopo aver esaminato:

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica.

### FATTO

Il ricorrente si duole del fatto che un promotore finanziario gli avrebbe sottratto somme dal proprio conto corrente attraverso bonifici non autorizzati, senza che la banca convenuta rispettasse i propri obblighi di custodia a tutela del ricorrente medesimo.

In particolare, il ricorrente riferisce di essere rimasto vittima di un raggio da parte di un promotore finanziario (in proposito allega anche denuncia penale sporta all'A.G.), esponendo - tramite un avvocato di fiducia - quanto segue:

- a inizio 2013, tale promotore ha operato con i risparmi del ricorrente nel *trading on line* appoggiandosi alla piattaforma informatica predisposta dalla banca convenuta presso la quale lo stesso ricorrente, su sollecitazione del promotore, aveva aperto un conto corrente (in data 28.01.2013) versandovi poi la somma di € 50.000,00 in data 22.02.2013;
- in quella stessa data il promotore, violando ogni accordo con il ricorrente e approfittando della disponibilità delle chiavi di accesso al conto, effettuava tre bonifici a vantaggio di suoi parenti con contestuale svuotamento del conto corrente intestato al ricorrente;
- trattasi, nel dettaglio, di due bonifici di € 10.000 ciascuno e di un bonifico di € 30.000,00.



Ciò premesso, il ricorrente ritiene che la banca convenuta non abbia ottemperato con sufficiente diligenza ai propri obblighi di custodia con particolare riguardo all'art. 10 del D.lg. n. 11/2010.

La banca afferma, infatti, di aver inviato i codici di accesso all'indirizzo e-mail indicato nel contratto e di aver spedito il c.d. *token* all'indirizzo del correntista indicato sempre nel contratto.

Il ricorrente nega, però, di aver ricevuto sia i codici di accesso sia il *token*, come dichiarato anche nella denuncia querela presentata contro il promotore.

Il modulo contrattuale fu infatti compilato e consegnato alla banca proprio dal promotore il quale indicò un indirizzo e-mail e un cellulare che non erano quelli del ricorrente, ma evidentemente i propri. In questo modo, il promotore riusciva a farsi inviare i codici di accesso e il *token* con cui si appropriava illecitamente del denaro versato dal ricorrente sul conto.

Gli importi elevati e i tempi ravvicinati dei bonifici avrebbero dovuto indurre cautela nella banca la quale avrebbe potuto ad esempio risalire dal *token* alla "*posizione spaziale*" di chi stava effettuando il bonifico verificando così che si trattava di posizione molto distante dall'indirizzo comunicato dal ricorrente nel contratto di conto corrente.

Infine, il ricorrente sottolinea che la Consob ha comminato al promotore finanziario una sanzione amministrativa di € 60.000,00 ai sensi dell'art. 18, comma 1, T.U.F., avendo lo stesso raggirato numerose persone, e che la banca in ogni caso è responsabile in via oggettiva per l'operato del promotore finanziario ai sensi dell'art. 31 del T.U.F.

Ciò esposto, il ricorrente chiede testualmente che "*...l'intermediario corrisponda al ricorrente la somma di € 30.000,00 oltre alle spese legali pari a € 1.000 oltre al 15% per rimborso spese generali, IVA e CPA e a € 20 per le spese di procedura per il ricorso all'ABF o la diversa somma che il Collegio riterrà per le causali esposte nella parte narrativa del presente ricorso*" (come si illustrerà meglio nella parte in diritto, l'indicazione della somma di 30.000,00 appare un errore materiale, posto che nel corpo del ricorso il totale dei bonifici contestati dal ricorrente ammonta a € 50.000,00).

Nelle controdeduzioni l'intermediario resistente replica che dalle verifiche effettuate è emerso quanto segue:

- il modulo di adesione ai servizi di banca telematica prestati dalla banca convenuta risulta regolarmente sottoscritto in data 28.01.2013 dal ricorrente;
- il ricorrente ha eseguito il bonifico utile, ex art. 30 D.lg. n. 231/2007, ad adempiere agli obblighi di identificazione della clientela mediante modalità indiretta;
- il 25.01.2013 la banca ha provveduto a inviare le credenziali di accesso all'indirizzo e-mail indicato dal ricorrente nel modulo di adesione, mentre il 18.02.2013 la banca medesima ha inviato il dispositivo *token* all'indirizzo indicato nel modulo di adesione;
- nessuna responsabilità può essere quindi attribuita alla banca per l'autonoma consegna dei propri documenti di identità e delle credenziali di accesso da parte del ricorrente a soggetti terzi;
- in tal modo, infatti, il ricorrente avrebbe violato le condizioni contrattuali che prevedono, invece, che i codici siano strettamente personali e non possano in alcun caso essere comunicati e/o ceduti a terzi;
- la banca ha presentato denuncia il 09.10.2013 alla Procura della Repubblica nei confronti dei presunti autori della vicenda. Inoltre, la vicenda in oggetto è già stata posta all'attenzione dell'ABF in relazione ad altri soggetti coinvolti nel medesimo accadimento denunciato.

Nelle conclusioni l'intermediario chiede il rigetto del ricorso.

## DIRITTO

Preliminarmente si osserva che, sebbene nelle conclusioni del ricorso la parte ricorrente chieda testualmente il rimborso di € 30.000,00, l'indicazione di tale importo è chiaramente un mero errore materiale e che l'importo effettivamente richiesto in restituzione ammonta a € 50.000,00.

Nel corpo del ricorso, infatti, si afferma ripetutamente che la somma investita e fraudolentemente distratta dal promotore ammonta a € 50.000,00, menzionando anche specificamente le operazioni fraudolente (due bonifici di € 10.000,00 ciascuno e un bonifico di € 30.000,00). Nel reclamo si richiede, infatti, espressamente la restituzione di € 50.000,00 e la descrizione dei tre bonifici fraudolenti (per un totale appunto di € 50.000,00) risulta chiaramente, oltre che dallo stesso reclamo (pagg. 1-2), dalla denuncia (pag. 5) allegata al ricorso. Del resto, nelle stesse conclusioni del ricorso si chiede, in ogni caso, *“la diversa somma che il Collegio riterrà per le causali esposte nella parte narrativa del presente ricorso”*, ciò che condurrebbe a riconoscere (per effetto delle tre operazioni descritte), sempre la somma di € 50.000,00 come oggetto di pretesa di restituzione.

Ciò premesso, il ricorrente chiede il rimborso delle somme relative a tre bonifici non autorizzati (per un totale di € 50.000,00) sulla base di due argomentazioni:

a) in via principale, l'asserita violazione, da parte della banca convenuta, di obblighi di “custodia” nell'interesse del correntista in violazione dell'art. 10 del D. lgs. n. 11/2010 (si contesta in particolare all'intermediario di non avere trasmesso correttamente le credenziali di accesso al conto on-line);

b) in via subordinata, l'art. 31 del Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria che prevede la responsabilità della banca per l'operato del “consulente finanziario”.

Risulta agli atti copia dell'estratto conto con evidenza dei tre bonifici contestati dal ricorrente per un totale di € 50.000 (cfr. all. 5 ricorso).

Agli atti risulta altresì copia del modulo di adesione ai servizi telematici della banca sottoscritto dal ricorrente il 28.01.2013 (cfr. all. 4 ricorso).

Il Collegio rileva che la questione deve essere valutata alla luce del D.Lgs. n.11/2010, di recepimento della Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2007/64/CE del 13.10.2007), e del relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 05.07.2011.

La disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 11 del 2010 prevede (art. 10) in capo al prestatore di servizi di pagamento l'onere di provare che l'operazione di pagamento, disconosciuta dall'utilizzatore, sia stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che la sua patologia non si debba a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema. Di seguito, all'art. 12, pone a carico del prestatore di servizi di pagamento le perdite derivanti dall'utilizzo dello strumento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente, intervenuto dopo la comunicazione di smarrimento o furto prevista dall'art. 7, comma 1, lett. b), del citato decreto legislativo.

La stessa disposizione poi, al comma terzo, nel prevedere la franchigia di € 150,00 entro la quale l'utilizzatore può essere tenuto a sopportare la perdita prima della comunicazione prima citata, fa salva l'ipotesi *“in cui l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento”*. L'art. 7, comma 2, dello stesso decreto legislativo prescrive poi che *“l'utilizzatore, non appena riceve uno strumento di pagamento, adotta le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo”*.

Sulla base della normativa sopra riportata, in primo luogo è l'intermediario a dover provare, oltre all'insussistenza di malfunzionamenti, l'autenticazione, la corretta



registrazione e contabilizzazione delle operazioni sconosciute, prova che comunque di per sé non è sufficiente a dimostrare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore (cfr. art. 10, comma 2 del decreto legislativo n. 11/2010, secondo cui *"l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che (...) questi [il cliente] non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7"*). 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.

Ciò posto il Collegio rileva, come l'intermediario resistente non abbia prodotto i log delle operazioni contestate o altre evidenze informatiche in base alle quali desumere la corretta e regolare autenticazione delle transazioni contestate, contrariamente a quanto previsto dall'art. 10, comma primo, d.lgs. n. 11/2010. Posto che, ai sensi di tale ultima disposizione, il disconoscimento del cliente implica inversione dell'onere probatorio, sicché incombe sull'intermediario *"provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata"* e che, solo a seguito del soddisfacimento di tale onere probatorio, è possibile indagare la sussistenza della colpa grave in capo al cliente, ritiene il Collegio che la domanda del ricorrente debba essere accolta integralmente, senza applicazione della franchigia di € 150,00 prevista dalla legge (cfr. Coll. Milano, nn. 2516/2016; 2532/16, 1702/16, 947/16, nel senso che in caso di mancata produzione da parte dell'intermediario di documentazione idonea a dimostrare *"la corretta e regolare autenticazione della transazione contestata"*, il rimborso deve essere integrale senza applicazione quindi della c.d. franchigia).

Benché quanto osservato sia assorbente e decisivo ai fini dell'accoglimento del ricorso, si svolgono a conforto di quanto sopra le seguenti ulteriori considerazioni.

L'intermediario riferisce di aver inviato le credenziali di accesso al conto corrente alla e-mail indicata dal ricorrente nel *"modulo di adesione ai servizi di banca telematica"* e il dispositivo *token* all'indirizzo sempre indicato nel citato modulo.

Dalla disamina della documentazione versata in atti e, segnatamente, dall'esame del modulo di adesione sottoscritto dal ricorrente in data 28.01.2013 emerge come quest'ultimo abbia effettivamente indicato un indirizzo e-mail e un numero di cellulare ai fini delle previste comunicazioni.

Il ricorrente, tuttavia, nella memoria di ricorso e nella denuncia, riferisce di non aver mai ricevuto i codici e il dispositivo *token* (cfr. denuncia-querela *sub* all. 8 ricorso), ipotizzando che il promotore, nel consegnare il modulo contrattuale alla banca, abbia modificato gli indirizzi in modo da ottenere i codici di accesso al conto.

A fronte di questa specifica contestazione, l'intermediario non è stato in grado di dimostrare di avere effettivamente inviato i codici di sicurezza e il dispositivo *token* al ricorrente agli indirizzi indicati.

Sul punto, l'art. 8, comma 2, D.lg. n.11/2010 dispone che *"i rischi derivanti dalla spedizione di uno strumento di pagamento o dei relativi dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo sono a carico del prestatore dei servizi di pagamento"*. Tale ultima previsione è stata integrata dal regolamento della Banca d'Italia del 5 luglio 2011 (attuativo del Titolo II del d.lgs. n. 11/2010), a norma del quale *"i prestatori di servizi di pagamento pongono altresì la massima attenzione nella scelta del mezzo di spedizione di uno strumento di pagamento e/o dei relativi codici di sicurezza, in considerazione del rischio di accesso non autorizzato a detti strumenti e codici; per questo motivo, il legislatore pone interamente a carico del prestatore di servizi di pagamento detto rischio"*. A ciò si aggiunga che l'articolo A6 (*"Comunicazioni"*) del contratto avente ad oggetto la prestazione dei servizi di banca telematica da parte dell'intermediario (all. 5 controdeduzioni) prevede espressamente, al



punto 2 che “...In ogni caso l'invio di carte multifunzione, di codici segreti e password sarà effettuata a mezzo posta, con invio al Cliente all'indirizzo indicato nel 'Modulo di adesione ai servizi'... a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento....”.

Dal combinato disposto delle norme e delle prescrizioni contrattuali sopra richiamate si desume che sia l'intermediario a dover provare di aver fatto correttamente pervenire alla propria clientela gli strumenti di pagamento che riguardino il rapporto contrattuale in essere, non potendo assolutamente “scaricare” su quest'ultima un esito infelice (o fraudolento) dell'operazione di consegna dei medesimi, anche in considerazione del fatto che si tratta di oggetti per loro natura destinati ad essere custoditi con estrema cura proprio onde evitarne un uso fraudolento da parte di terzi.

Nel caso di specie, la parte resistente si limita ad eccepire di avere “regolarmente” inoltrato credenziali d'accesso e *token* senza dimostrarne in alcun modo l'avvenuta spedizione e la conseguente ricezione da parte del cliente. Lungi perciò dal documentare la colpa grave del cliente nell'impiego dello strumento di pagamento, tale condotta testimonia l'inosservanza dei presidi legislativi a tutela della sicurezza dei pagamenti. Nello stesso senso cfr. le seguenti decisioni rese dal Collegio di Napoli in casi affini a quello di specie, in cui il ricorrente lamentava la mancata ricezione, da parte dell'intermediario, delle credenziali di accesso al conto corrente: nn. 803/2015; 880/2015; n. 881/2015; 882/2015; 8005/2014).

Ciò senza tacere che sulla base della documentazioni agli atti risultano vari elementi da cui desumere che effettivamente, come argomentato dal ricorrente, questi non abbia mai ricevuto i codici e il dispositivo *token* e che il promotore, nel consegnare il modulo contrattuale alla banca, abbia modificato gli indirizzi in modo da ottenere i codici di accesso al conto (v. in tal senso le mail confessorie inviate ai clienti dal promotore, sub *all.* 9 ricorso e la delibera n. 19211 della Consob sulla vicenda in questione, sub *all.* 12, in cui si dà atto che numerosi altri clienti dello stesso promotore non hanno mai ricevuto i dispositivi personalizzati proprio perché il promotore aveva con artifici “deviato” la loro consegna a un proprio recapito).

Alla stregua di quanto sopra esposto ritiene questo Collegio che sussista la responsabilità in capo all'intermediario convenuto, il quale dovrà provvedere al conseguente rimborso della perdita complessiva lamentata dal cliente che ammonta ad € 50.000,00 quale importo relativo alle operazioni fraudolente poste in essere sul conto in questione.

Parte ricorrente ha chiesto il rimborso delle spese legali (quantificate in € 1.000 oltre IVA e CPA).

In linea con il proprio consolidato orientamento, questo Collegio ritiene di non dover riconoscere la rifusione delle spese di assistenza tecnica (peraltro non documentate e non chieste nel reclamo), posto che l'ABF è organo di ADR che può essere adito senza l'assistenza di un legale o consulente (v., ad es., Coll. Milano n. 3613/15 e n. 3481/2015).

### PER QUESTI MOTIVI

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 50.000,00.**

**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.**



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

## IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
FLAVIO LAPERTOSA