

## COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) TENELLA SILLANI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) FAUSTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) MANENTE	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) FALCE	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) MANENTE

Seduta del 21/02/2019

### FATTO

Con ricorso ricevuto in data 16/03/2018 parte attrice ha esposto quanto segue:

- in data 13/09/2017 la società ricorrente ha effettuato il pagamento di una fattura dell'importo di € 1.710,08 con bonifico online a favore del suo avvocato, odierno difensore nel presente procedimento;
- l'operazione è stata eseguita con corretta digitazione del codice IBAN del beneficiario;
- l'intermediario ha successivamente inviato la comunicazione di addebito, nella quale risulta come beneficiario del bonifico un diverso soggetto;
- in particolare, nel riepilogo del bonifico risulta correttamente indicato il nominativo del reale destinatario, mentre l'IBAN è diverso;
- l'intermediario, nel riscontro al reclamo, ha affermato che dai controlli eseguiti non sono emerse anomalie procedurali e che pertanto si ipotizza l'esistenza di un *malware* nel dispositivo informatico del cliente, che al momento della disposizione ha modificato l'IBAN;
- la deviazione dell'accredito su coordinate bancarie diverse da quelle digitate dalla cliente, e a favore di soggetto del tutto sconosciuto e distinto dal nominativo del beneficiario digitato, è in realtà conseguenza diretta del malfunzionamento dei sistemi di sicurezza della banca;



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

- dall'estratto conto inviato dalla banca ai clienti risulta come l'intermediario dia atto della recente intensificazione (introduzione) dei sistemi di controllo e blocco di virus che determinano l'illecita variazione di Iban da parte di terzi, circostanza questa che farebbe presumere l'esistenza di altri casi di malfunzionamento del servizio *home banking* evidenziando una responsabilità dell'intermediario ex art. 1176 c.c..

Ciò premesso parte attrice ha chiesto al Collegio di accertare *“il comportamento inadempiente” dell'intermediario “per le causali esposte in narrativa e condanni la medesima al risarcimento di tutti i danni procurati, quantificati in euro 1.710,08, oltre rivalutazione monetaria e interessi ex d. lgs. n. 231/02 dalla data della contestata operazione online al saldo, e alla rifusione delle spese sostenute per la presente azione”*. L'intermediario ha presentato le proprie controdeduzioni, nelle quali, sulla scorta di articolate considerazioni in ordine agli aspetti informatici ed ai profili contrattuali dell'operazione, ha affermato l'assoluta correttezza del proprio comportamento, attribuendo l'accaduto a colpa grave imputabile al cliente. Conseguentemente ha chiesto al Collegio di rigettare il ricorso.

## DIRITTO

La controversia sottoposta all'esame del Collegio attiene alla richiesta di rimborso di somme indebitamente sottratte a seguito di disposizione di bonifico fraudolentemente impartita mediante il servizio di *home banking* a valere sul conto corrente intrattenuto con l'intermediario.

L'operazione contestata dalla società ricorrente rientra nell'ambito di applicazione della disciplina del D. Lgs. 27.1.2010, n. 11 di recepimento della Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007) e del relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 5.7.2011.

Questa normativa, come ripetutamente evidenziato da numerose decisioni dell'ABF, anche del Collegio di Coordinamento (cfr. decisioni n. 991/2014, n. 5304/2014, n. 3498/2012), ha istituito un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor probatorio* a beneficio degli utilizzatori, che si ricava dalle seguenti principali disposizioni precettive: a) l'art.10, comma primo, stabilisce che, in caso di disconoscimento di un'operazione di pagamento da parte dell'utilizzatore, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che essa è 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; b) con riguardo a quest'ultimo profilo l'art. 8 ( fatti salvi gli obblighi posti in capo all'utilizzatore dall' art. 7 di cui *infra*) stabilisce una serie di obblighi gravanti sul prestatore dei servizi volti a salvaguardare la sicurezza del sistema, primo fra tutti quello di assicurare l'inaccessibilità ai terzi dei dispositivi personalizzati; c) in difetto della prova della corretta autenticazione viene meno la possibilità stessa di riferire le operazioni contestate al cliente; d) l'art. 10, comma secondo, precisa che, in ogni caso, l'apparentemente corretta autenticazione non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la disconosca; e) di seguito, l'art. 12, comma primo, 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 primo, lett. b) ; f) l'art. 12, terzo comma, poi, nel prevedere la franchigia di € 150,00 entro la quale l'utilizzatore può essere tenuto a sopportare la perdita derivante dalle operazioni compiute *prima* della comunicazione di cui sopra, 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»*; g) l'art.



7 enuclea gli obblighi gravanti sull'utilizzatore dello strumento di pagamento; in particolare, questi è tenuto ad utilizzare detto strumento nel rigoroso rispetto delle condizioni contrattuali che ne disciplinano l'emissione e l'uso (comma primo, lett. a); il comma secondo precisa poi che, *“ai fini di cui al comma 1, lettera a), 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”*.

Conclusivamente, quindi, in relazione agli obblighi che l'art. 7 pone a carico dell'utilizzatore, la disciplina in parola fa discendere un duplice ed alternativo regime di responsabilità per l'uso non autorizzato di strumenti o servizi di pagamento: il primo, per il quale, rispetto alle operazioni poste in essere anteriormente alla tempestiva comunicazione al prestatore dei servizi, l'utilizzatore è tenuto a sopportare la perdita derivante dall'utilizzo non autorizzato dello strumento o del servizio di pagamento nei limiti della franchigia di euro 150,00, rimanendo il resto a carico del prestatore dei servizi; il secondo, che opera nei soli casi in cui la violazione degli obblighi di cui sopra sia imputabile ad un comportamento (oltre che fraudolento) doloso o gravemente colposo dell'utilizzatore, per il quale l'utilizzatore assume invece una responsabilità illimitata e, conseguentemente, sopporta integralmente la perdita.

Venendo adesso al caso di specie, rileva anzitutto il Collegio che l'intermediario ha documentato che per le operazioni di pagamento disposte mediante *internet banking* ha approntato un sistema di sicurezza che si concreta nella messa a disposizione dei cc.dd. token o OTP (*one time password*), vale a dire congegni in grado di generare mutevoli password monouso che, aggiungendosi alla password fissa nota solo all'utente, concorrono a formare un sistema di autenticazione a “due fattori”, comunemente ritenuto coerente agli standard di sicurezza esigibili dagli intermediari.

Il resistente ha altresì versato in atti documentazione (i c.d. “log” relativi all'operazione oggetto di contestazione) idonea a comprovare la corretta e regolare autenticazione della transazione contestate.

Può dirsi quindi raggiunta la prova, che grava sull'intermediario, richiesta dall'art. 10, comma primo, D.Lgs. n. 11/2010 cit. ed è pertanto possibile accedere alla valutazione del comportamento dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione delle previsioni del successivo art. 12, terzo comma.

Si tratta, in particolare, di verificare se ricorra o meno una violazione degli obblighi di cui all'art. 7 D.Lgs. n. 11/2010 cit. imputabile ad un comportamento fraudolento, doloso o gravemente colposo dell'utilizzatore.

L'indagine intorno alla sussistenza di tali elementi soggettivi – a parte le ipotesi di dolo – risulta particolarmente articolata con riguardo all'ipotesi, quale quella sostanzialmente prospettata dall'intermediario nel caso in esame, di colpa grave dell'utilizzatore.

Gli arresti dell'ABF, anche in sede di Collegio di Coordinamento (cfr., ad esempio, le decisioni n. 5304/2013 e n. 6168 /2013, anche per gli ulteriori riferimenti), hanno chiarito, in conformità alle decisioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità, che la colpa grave consiste in *“un comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di arrecare danno agli altri, operi con straordinaria e inescusabile imprudenza o negligenza, omettendo di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza generalmente osservato da tutti”*: *“non dunque ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile”*.

Conformemente alla *ratio* sottesa alla disciplina dei servizi di pagamento, è a carico del prestatore la prova (non solo dell'adozione da parte sua dei presidi di sicurezza degli strumenti di pagamento, bensì anche) della sussistenza di quell'elevato e abnorme grado di negligenza in capo all'utilizzatore, al ricorrere del quale possa imputarsi allo stesso la



responsabilità delle conseguenze di un utilizzo fraudolento della carta rubata (v. nuovamente le sopra citate decisioni del Collegio di Coordinamento).

Detta prova può, ovviamente, essere fornita pure per mezzo di presunzioni, purché queste, com'è noto, siano gravi, precise e concordanti secondo quanto dispone l'art. 2729 c. c. (v. ancora le decisioni del Collegio di Coordinamento di cui sopra).

Questa valutazione deve essere compiuta alla luce delle circostanze di fatto che, di volta in volta, caratterizzano il caso di specie, fermo restando che l'apparentemente corretta autenticazione non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la disconosca.

Orbene, nel caso oggetto della presente decisione, la prova della colpa grave del ricorrente non può ritenersi raggiunta.

La ricostruzione dell'operazione contestata che emerge dagli atti del procedimento evidenzia, con alto grado di probabilità, come parte attrice sia stata vittima di un software malevolo (c.d. *malware*), tipologia di frode sofisticata compiutamente descritta da Coll. Coordinamento n. 3498/2012, al quale si rimanda.

Come evidenziato da questa pronuncia, deve escludersi un "automatismo" tra l'utilizzo - comprovato nel caso di specie - di un sistema a due fattori da parte dell'intermediario e la sussistenza di una colpa grave imputabile al cliente, ben potendosi, infatti, verificare la "cattura dei codici" ad opera di terzi anche in presenza di un comportamento diligente da parte del cliente, il che appunto avviene nel caso di aggressione informatica operata attraverso un *malware* particolarmente sofisticato, "*capace di sorprendere la buona fede anche di un pur normalmente attento fruitore del servizio*".

Date queste circostanze di fatto, in conclusione, non essendo rilevabile in capo a parte ricorrente un comportamento qualificabile in termini di colpa grave, trova applicazione nel caso di specie l'art. 12, comma terzo, D.Lgs. cit., nella parte in cui configura in via ordinaria una responsabilità fondata su un rigido criterio oggettivo e limitata alla franchigia, che espone l'utente a sopportare il danno conseguente all'utilizzo fraudolento di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto avvenuto prima della comunicazione all'intermediario, per un importo di € 150,00, rimanendo il residuo importo (nella specie pari ad € 1.560,08) a carico del prestatore del servizio.

Non sussistono, attesa la natura seriale del ricorso, i presupposti indicati dal Collegio di Coordinamento n. 4618/2016 per il riconoscimento delle spese legali in favore di parte ricorrente.

### PER QUESTI MOTIVI

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 1.560,08, oltre interessi dal reclamo al saldo.**

**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