

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) MINNECI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ACHILLE	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 29/04/2021

FATTO

Con ricorso presentato in data 8 gennaio 2021, preceduto dal reclamo, la parte ricorrente chiede il rimborso della somma di € 9.896,00, corrispondente all'importo di quattro operazioni fraudolente sconosciute effettuate in data 26 novembre 2020 con lo strumento di pagamento di cui è titolare. Deduce a tal fine, anche secondo quanto si evince dalla denuncia presentata alle autorità competenti, che: i) in data 26 novembre 2020, riceveva una telefonata, da utenza perfettamente assimilabile al numero verde della banca; ii) nel corso della stessa, un sedicente operatore dell'Ufficio Frodi la informava di anomale movimentazioni, registrate sul conto corrente; iii) nel frattempo, riceveva, in coda alle comunicazioni genuinamente inviate dalla banca, degli SMS, i quali la invitavano ad accedere al servizio di home banking per procedere al blocco delle operazioni sospette; iv) su indicazione dei messaggi e dell'operatore, effettuava l'accesso all'App di banca; v) constatava, quindi, l'avvenuta esecuzione, sul conto, di quattro operazioni non autorizzate; vi) provvedeva al tempestivo blocco del servizio di home banking; vii) veniva a conoscenza, in data 4 dicembre 2020 di una quinta operazione fraudolenta, tuttavia successivamente rimborsata dalla banca di cui, pertanto, non viene chiesto il rimborso.

Con le proprie controdeduzioni, l'intermediario chiede il rigetto del ricorso e, in subordine, l'applicazione del concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c. Deduce a tal fine che: i) la cliente è contitolare di un conto corrente abilitato al servizio di internet banking; ii) in data 26 novembre 2020, tramite il predetto servizio, venivano disposte quattro operazioni di ricarica carta prepagata, per un importo complessivo pari a € 9.896,00; iii) il servizio di internet banking è dotato di sistema di autenticazione forte "a due fattori"; iv) pertanto viene richiesto, al momento dell'accesso, di autenticarsi attraverso l'inserimento simultaneo di password statiche (codice Titolare e codice PIN) e di password dinamica OTP (codice O-Key, generato via software dall'APP apposita o inoltrato via SMS al numero di cellulare certificato dal Cliente); v) per l'esecuzione di talune operazioni di pagamento è richiesta ulteriormente l'autenticazione tramite risposta alle domande di



sicurezza precedentemente censite o, in mancanza di queste, tramite digitazione di un secondo codice di sicurezza inviato via SMS dalla banca; vi) la clientela è costantemente informata in materia di sicurezza e prevenzione delle truffe; vii) nel caso di specie è stato rilevato l'accesso al servizio di *internet banking* da un IP diverso da quello abitualmente usato dal cliente, e di averle perciò inoltrato una push di alert con contestuale richiesta di conferma con OTP; viii) in seguito è stata richiesta una duplice conferma delle operazioni di ricarica della carta prepagata disposte, con appositi codici OTP virtuali, a mezzo push, e OTS di sicurezza, a mezzo SMS; ix) le operazioni sconosciute sono state eseguite solo in seguito alla validazione dei codici OTP e OTS.

Con le repliche alle controdeduzioni, la parte ricorrente ribadisce quando già dedotto nel ricorso e domanda il rimborso dell'ulteriore operazione sconosciuta, dell'importo di € 1.490,00, inizialmente rimborsata dall'intermediario resistente e successivamente addebitata nuovamente dopo la presentazione del ricorso.

DIRITTO

La controversia ha ad oggetto la richiesta di rimborso di € 9.896,00 pari all'importo di cinque operazioni di pagamento sconosciute che la parte ricorrente deduce essere state fraudolentemente effettuate.

In primo luogo, deve essere dichiarata inammissibile l'ulteriore domanda di rimborso formulata dalla parte ricorrente nelle repliche alle controdeduzioni per l'operazione sconosciuta dell'importo di € 1.490,00 inizialmente rimborsata dall'intermediario, laddove secondo le Disposizioni che regolano il funzionamento di questo Arbitro ed il consolidato orientamento dello stesso è precluso alla parte ricorrente di proporre nuove domande con le repliche (cfr., tra le molte, ABF – Coll. Milano n. 7086 del 21 giugno 2017). Pertanto, come detto e impregiudicata la possibilità di presentare un nuovo ricorso sul tale specifica domanda, previa presentazione in caso di un ulteriore reclamo, la domanda di rimborso dell'operazione di € 1.490,00 formula per la prima volta nelle repliche alle controdeduzioni deve essere dichiarata – ai fini del presente ricorso – inammissibile.

Ciò premesso, nel resto, vale a dire con riguardo alla domanda di rimborso formulata nel ricorso, per un importo complessivo di € 9.886,00 pari al valore delle quattro operazioni sconosciute di cui si è inizialmente chiesto il rimborso nel ricorso, deve farsi applicazione dei principi fissati dalle 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 13 novembre 2007), applicabile *ratione temporis* a decorrere dal 13 gennaio 2018.

In base a tali disposizioni, come applicate da questo Arbitro, 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, prova che comunque di per sé non è sufficiente a dimostrare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore. 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.

Nel caso di specie, con riguardo al primo dei suddetti profili, l'intermediario ha assolto i propri oneri probatori avendo prodotto l'evidenza della corretta contabilizzazione, registrazione e autenticazione delle operazioni sconosciute depositando a tal fine agli atti della procedura i log e le evidenze delle operazioni.

Per quanto riguarda invece il secondo profilo, 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,



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, salvo il differente caso rispetto a quello portato all’attenzione del Collegio in cui la sottrazione o l’appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dall’utilizzatore prima di un 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.

Sul punto, 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).

Più di recente, lo stesso Collegio di coordinamento ha affermato che “l’onere probatorio previsto nei commi 1 e 2 dell’art. 10 del decreto deve necessariamente essere assolto dal PSP con riguardo ad ambedue i profili (autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento, nonché colpa grave dell’utilizzatore), da ritenersi necessari e complementari. Pertanto, in base alle considerazioni sopra illustrate, il Collegio giudicante non potrebbe desumere la sussistenza della frode, del dolo o della colpa grave dell’utente soltanto dalla prova della ‘regolarità formale’ dell’operazione. Ne consegue che, nel caso in cui l’intermediario si limiti a produrre semplicemente il ‘log informatico’ relativo all’operazione contestata, senza altra allegazione diretta a comprovare, in via presuntiva, l’apporto causale del ricorrente nel compimento dell’operazione stessa, senza condizionamenti, interferenze, deviazioni, hacker o altre anomalie risultanti dai sistemi antifrode o comunque dai dati conoscitivi in suo possesso, il Collegio dovrà ritenere non assolto l’onere probatorio ai sensi dell’art. 10, comma 2 del decreto e conseguentemente accogliere il ricorso. Il che appare coerente con i principi del processo civile sull’onere della prova, affermati dal Collegio di coordinamento ed espressamente richiamati nell’Ordinanza del Collegio di Bari (cfr. Coll. Coord. decisioni n. 10929/2016 e n. 7716/2017), e che “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



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

dell'utente" (fra tali modalità esecutive il Collegio di Coordinamento menziona espressamente "la ricezione della password dinamica tramite cellulare o altro dispositivo del cliente, in assenza di deviazioni o intrusioni nel device") (ABF – Coll. coord. n. 22745 del 10 ottobre 2019).

Nel caso di specie risulta che l'operazione fraudolenta è stata autorizzata con l'inserimento del codice OTP inviato al numero di cellulare della parte ricorrente, in assenza di accertate deviazioni o intrusioni nel device, elemento di fatto che caratterizza le modalità esecutive dell'operazione e dal quale può trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell'utente (cfr. la decisione del Collegio di Coordinamento dinnanzi richiamata).

Fermi i profili colpa grave del cliente sopra evidenziati, non può trascurarsi che nel caso di specie l'operazione sconosciuta era stata autenticata anche tramite codice OTS, perché identificata come sospetta dal sistema antifrode dell'intermediario. L'opinione consolidata di questo Arbitro è nel senso di ritenere che il sistema antifrode dell'intermediario che, rilevando la transazione come sospetta, richiede la digitazione di una ulteriore password dinamica (ad es. c.d. OTS), trasmessa per sms sullo stesso device della parte ricorrente, sia sostanzialmente inadeguato. Viene infatti utilizzato lo stesso strumento, potenzialmente compromesso, sul quale il cliente ha già ricevuto l'OTP dispositiva (cfr. ABF – Coll. Milano, nn. 5962 del 31 marzo 2020 e 16410 del 23 settembre 2020).

Questo Collegio osserva dunque, come in altre occasioni, che il sistema di autenticazione e di validazione realizzato da parte convenuta presenta profili di criticità, in quanto basato sull'invio allo stesso dispositivo dei codici di validazione delle operazioni. Questo rileva, in particolare, con riguardo al meccanismo del secondo codice (OTS), che scatta, secondo quanto viene scritto dall'intermediario, quando il sistema riconosce un'operazione potenzialmente sospetta, vale a dire, nella maggior parte dei casi, quando qualcuno si è già impadronito fraudolentemente dei codici del cliente.

Questa considerazione vale, a maggior ragione, nel caso di specie, in cui l'intermediario stesso ha riferito di avere rilevato come sospetto il bonifico sconosciuto dalla parte ricorrente.

Il Collegio ravvisa pertanto un profilo di responsabilità anche dell'intermediario e, per l'effetto, individua tra le parti un concorso di colpa ai sensi dell'art. 1227 c.c., con la conseguenza che la banca è tenuta a corrispondere al cliente il 50% della somma oggetto dell'operazione fraudolenta, ossia l'importo di € 4.948,00.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 4.948,00; dichiara inammissibile l'ulteriore pretesa avanzata in sede di repliche.

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