

COLLEGIO DI PALERMO

composto dai signori:

(PA) MAUGERI	Presidente
(PA) PIRAINO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) GIGLIOTTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(PA) IMBURGIA	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(PA) CLEMENTE RUIZ	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore FULVIO GIGLIOTTI

Seduta del 19/12/2023

FATTO

1. Con ricorso del 17.07.2023 – previo reclamo del 2.9.2022, riscontrato negativamente, in data 13.10.2022, dall'intermediario resistente – la ricorrente ha chiesto la restituzione dell'importo di euro 18.000.00.

In particolare, nei predetti atti la ricorrente ha esposto:

- di essere titolare del rapporto di conto corrente n. ***684 cointestato con il proprio coniuge;
- che la stessa è titolare di una carta, collegata a tale rapporto, che utilizza solo per pagamenti POS;
- che in data 19.08.2020, a seguito di controllo effettuato sul proprio estratto conto, ha verificato la contabilizzazione di due prelievi ATM mai effettuati;
- che all'esito del suddetto controllo ha provveduto immediatamente al blocco della carta collegata al conto e ad effettuare denuncia dell'accaduto alle autorità competenti;
- che, successivamente, ha richiesto all'intermediario estratto conto dal 2014, al fine di controllare tutti i movimenti registrati;
- che ha quindi rilevato la contabilizzazione di plurimi prelievi ATM mai effettuati (dal 28/07/2014 al 10/08/2020, per un importo pari a euro 19.170,00);

- che ha quindi proceduto ad integrare la denuncia presentata.

Tanto premesso, la ricorrente ha dedotto la responsabilità dell'intermediario, osservando di aver sempre adottato un comportamento diligente con riferimento agli obblighi di custodia delle credenziali e dello strumento di pagamento.

2. Costituitosi nel procedimento, l'intermediario ha chiesto il rigetto del ricorso, rilevando che:

- le operazioni contestate sono state effettuate tramite tecnologia *microchip*, che richiede l'utilizzo del PIN, elemento conosciuto solo dalla ricorrente;

- la ricorrente ha omesso di considerare che (ai sensi del combinato disposto art. 7, comma 1, lett. b, e art. 12, comma 4) D. Lgs. 27 gennaio 2011, n. 10) l'utente dei servizi di pagamento è tenuto a comunicare senza indugio, tra le altre evenienze, l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne venga a conoscenza, essendo altrimenti tenuto – ove, con dolo o colpa grave, non abbia adempiuto a tale obbligo – a sopportare tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate;

- d'altro canto, la responsabilità della banca è esclusa nel caso in cui vi sia la colpa grave dell'utente, configurabile, tra l'altro, nel caso di protratta attesa prima di comunicare l'uso non autorizzato dello strumento di pagamento, posto che la sollecita consultazione degli estratti avrebbe consentito di conoscere quell'uso in tempo più utile (citando a conforto Cassazione, n. 26916/20 e n. 18045/19).

Tanto premesso, parte resistente ha osservato che, nel caso in esame, la ricorrente ha atteso ben oltre otto anni per comunicare il lamentato "uso non autorizzato" dello strumento di pagamento, circostanza della quale avrebbe potuto acquisire più sollecitamente conoscenza (pur in presenza delle problematiche lamentate) attraverso la consultazione degli estratti conto.

Ha quindi richiesto il rigetto del ricorso.

3. In sede di repliche, parte ricorrente ha evidenziato che l'intermediario non ha fornito alcun supporto probatorio alle sue contestazioni. In particolare, non ha prodotto evidenze utili a dimostrare la correttezza delle operazioni contestate e l'attivazione di un sistema di *alert* e controllo.

Parte resistente ha controreplicato ribadendo le proprie deduzioni e richieste.

DIRITTO

4. Ritiene il Collegio, per le ragioni di seguito illustrate, che il ricorso sia parzialmente da accogliere.

5. Le operazioni contestate (almeno, per quanto di seguito precisato, *quelle per le quali la domanda appare da accogliere*) sono state poste in essere sotto il vigore del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, come modificato dal D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218, di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno (c.d. PSD 2), entrato in vigore il 13 gennaio 2018; le fonti normative che, nel contesto considerato, regolano la c.d. "autenticazione forte" (in gergo, individuata dall'acronimo SCA: *strong customer authentication*) sono rinvenibili negli artt. 97 e 98 della PSD2, nell'articolo 10-bis del D. lgs. 10/2011, nelle norme tecniche di regolamentazione emanate dall'EBA (*European Banking Authority*) e recepite con Regolamento Delegato Ue 2018/389 della Commissione Europea, applicabile a far data

dal 14 settembre 2019, nonché nei criteri interpretativi forniti dall'EBA (in particolare, parere del 21 giugno 2019).

6. Secondo le previsioni normative sopra richiamate, riferibili alla fattispecie, la responsabilità di un Prestatore dei servizi di pagamento (PSP) è esclusa quando, *avendo esso dato prova di utilizzare meccanismi di "autenticazione forte" dell'utente*, sia anche riuscito a dimostrare una condotta dolosa o gravemente colposa dell'utente del servizio (con la precisazione che si intende per "autenticazione forte" un'autenticazione basata sull'uso di due o più elementi, classificati nelle categorie della conoscenza (qualcosa che solo l'utente conosce), del possesso (qualcosa che solo l'utente possiede) e dell'inerenza (qualcosa che caratterizza l'utente), che sono indipendenti, in quanto la violazione di uno non compromette l'affidabilità degli altri, e che è concepita in modo tale da tutelare la riservatezza dei dati di autenticazione).

Più in particolare, 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 non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore 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 D. lgs. n. 11/2010.

Piuttosto, sarà onere del prestatore di servizi di pagamento fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente: in mancanza di ciò, egli sarà tenuto responsabile dei pregiudizi subiti dall'utente, in ragione del rischio d'impresa sopportato.

Ne consegue che l'intermediario non si libera dalla responsabilità provando la mera regolarità formale delle transazioni, dovendo lo stesso, ai sensi dell'art. 10 del D. lgs. n. 11/2010, documentare elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell'operazione dai quali possa trarsi la prova, anche in via presuntiva, della colpa grave (o del dolo) dell'utente (cfr. Collegio di Coordinamento ABF, n. 22745 del 10 ottobre 2019).

In ogni caso, comunque, difettando la prova dell'autenticazione forte, le operazioni sconosciute rimarranno a carico dell'intermediario.

7. Sotto altro profilo, merita anche evidenziare che – secondo quanto statuito da Coll. coordinamento 8853/2019 – è ravvisabile un obbligo dell'intermediario di predisporre servizio di sms *alert* (o assimilabili), attraverso il quale l'utente sia messo in grado di qualificare il pagamento registrato come non autorizzato; e che l'intermediario può essere esonerato solo dimostrando l'esplicito rifiuto dell'utente ad avvalersene, mentre gli effetti della mancata adozione del servizio di *alert* dovranno essere valutati alla stregua delle circostanze di fatto del caso concreto. In conformità a tale indirizzo, i Collegi territoriali ABF ritengono comunemente che la mancata attivazione del servizio di sms alert (o altro assimilabile, come notifica tramite app dell'intermediario oppure e-mail, con una valutazione di equivalenza da condurre caso per caso) costituisce in genere un profilo di responsabilità dell'intermediario, salvo l'esplicito rifiuto dell'utente ad avvalersene.

Nondimeno, la mancata attivazione ovvero il mancato funzionamento del servizio di sms-alert (o servizio assimilabile) possono essere ritenuti *irrilevanti* nell'ipotesi in cui le operazioni risultino effettuate a breve distanza di tempo l'una dall'altra ovvero si tratti di una sola operazione, in quanto l'invio dell'sms non avrebbe potuto, in concreto, impedire o contenere la perdita relativa alle operazioni non autorizzate dal titolare dello strumento di pagamento (cfr. Coll. ABF Palermo, n. 13261/2020 e 17891/2020).

8. Per altro verso, va anche considerato che – secondo quanto espressamente statuito dall'art. 9 D. Lgs. n. 11/2010 – «l'utente, venuto a conoscenza di un'operazione di pagamento non autorizzata o non correttamente eseguita, ivi compresi i casi di cui all'articolo 25, ha il diritto di ottenerne la rettifica solo se comunica senza indugio tale circostanza al proprio prestatore di servizi di pagamento secondo i termini e le modalità previste nel contratto quadro o nel contratto relativo a singole operazioni di pagamento. La comunicazione deve essere in ogni caso effettuata entro 13 mesi dalla data di addebito, nel caso del pagatore, o di accredito, nel caso del beneficiario»

9. Tanto premesso, va subito evidenziato che «il termine di 13 mesi previsto dall'articolo 9 del d.lgs. n. 11/2010 ha natura di termine di decadenza, tale per cui, in assenza della richiesta di rettifica e/o di una contestazione del cliente del sistema bancario entro 13 mesi dal compimento dell'operazione inesatta o non autorizzata, è preclusa al medesimo la possibilità di contestarla e di ottenerne il rimborso in un tempo successivo alla inutile scadenza di detto termine. L'inutile scadenza del suddetto termine non può essere rilevata d'ufficio, ma deve formare oggetto di espressa eccezione di parte» (in questo senso, espressamente, il pronunciamento di Coll. Coordinamento ABF, n. 11676/2021, dal quale questo Collegio non ha alcuna ragione di discostarsi).

In ordine all'applicazione di tale disposizione si è anche correttamente precisato (nella decisione del Coll. Coordinamento appena richiamata) che l'eccezione di parte, ancorché in assenza di esplicito riferimento alla previsione di cui all'art. 9 D. Lgs. n. 11/2010, può ritenersi sussistente anche in presenza di semplice denuncia di "tardività" del reclamo presentato, con la conseguenza che, in casi di tal genere, «le uniche operazioni che possono essere oggetto di rimborso da parte dell'intermediario in favore di parte ricorrente sono quelle che ricadono entro il periodo di 13 mesi dal giorno in cui sono state contestate» (in questo senso, ancora, Coll. Coordinamento ABF, n. 11676/2021, cit.).

*

Nel caso di specie, avuto riguardo alle operazioni di addebito contestate, deve rilevarsi che:

- ai fini del termine decadenziale di 13 mesi, la prima contestazione della ricorrente è avvenuta, per quanto emergente dagli atti, con reclamo del 15.09.2020, riscontrato dall'intermediario in data 08.10.2020;
- l'intermediario, pur non invocando espressamente il termine decadenziale di cui all'art. 9 D. Lgs. n. 11/2010, ha comunque dedotto la non tempestività delle contestazioni, rilevando che esse sono intervenute a distanza di ben (oltre) otto anni dal verificarsi delle operazioni contestate (e, dunque, ben oltre il termine positivamente previsto di 13 mesi).

10. In ragione di quanto fin qui rilevato *in fatto*, deve senz'altro ritenersi eccepita, quindi, la tardività delle contestazioni e, conseguentemente, il decorso del termine decadenziale fissato dall'art. 9 D. Lgs. n. 11/2010.

Ne segue l'impossibilità, per parte ricorrente, di chiedere la restituzione di importi erroneamente addebitati sul proprio conto corrente prima del 15.08.2019 (13 mesi anteriori al 15.09.2020 data del primo reclamo).

11. Rimangono da considerare, nondimeno, gli addebiti successivi, a partire da quello del 18 agosto 2019, fino all'ultimo del 10 agosto 2020, il cui importo complessivo, per quanto documentato in atti, è pari a euro 8.100,00.

In proposito, sebbene parte resistente abbia chiesto il rigetto integrale del ricorso, affermando che (tutte) le operazioni contestate sarebbero state "correttamente autorizzate mediante l'utilizzo della tecnologia "microchip", che richiede, per

l'autenticazione delle stesse la conoscenza esclusiva del codice segreto PIN da parte dell'utilizzatore della carta", non è stata prodotta, intanto, alcuna evidenza documentale da parte resistente.

In ogni caso, d'altra parte, già prima del recepimento in Italia della direttiva "PSD 2" (con D. lgs. n. 218 del 15 dicembre 2017, entrato in vigore il 13 gennaio 2018), che ha introdotto l'obbligo di autenticazione forte e ne ha disciplinato i requisiti, i Collegi ABF avevano affermato l'insufficienza di sistemi di autenticazione ad un solo fattore, basati cioè sull'utilizzo di credenziali di un solo tipo e la necessità di approntare sistemi multifattoriali (c.d. autenticazione forte), comunque positivamente necessari, ora, all'esito dell'attuazione della direttiva appena richiamata.

Ne consegue (in parziale accoglimento del ricorso) che – difettando, nella specie, la dimostrazione, ad opera di parte resistente, dell'impiego (per tutte le operazioni contestate successive al 15 agosto 2019, e quindi al termine decadenziale di cui all'art. 9 D. Lgs. n. 11/2010) di una procedura di autenticazione forte – l'intermediario resistente dovrà farsi interamente carico dell'importo delle operazioni di addebito contestate successive al 15 agosto 2019, pari, complessivamente, a euro 8.100,00, con conseguente condanna dell'intermediario medesimo al rimborso dell'importo appena indicato (euro 8.100,00) a favore della ricorrente.

PER QUESTI MOTIVI

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio dichiara l'intermediario tenuto alla restituzione dell'importo complessivo di € 8.100,00.

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 al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
MARIA ROSARIA MAUGERI