

COLLEGIO DI BOLOGNA

composto dai signori:

(BO) VELLA	Presidente
(BO) LEMME	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) BULLO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(BO) IELASI	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(BO) CAPILLI	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore GIULIANO LEMME

Seduta del 10/09/2024

FATTO

1. Con ricorso del giorno 8.3.2024, parte ricorrente deduceva quanto segue:

- che il giorno 31.1.2024 ha ricevuto un SMS apparentemente proveniente dall'intermediario, contenente l'avviso che un nuovo dispositivo si era connesso all'area riservata della banca resistente;
- successivamente, veniva contattata da un sedicente operatore dell'intermediario, che riferiva di asseriti tentativi di accesso sospetti all'*home banking*, offrendosi di aiutare la ricorrente a risolvere la situazione;
- seguiva le istruzioni, comunicando al truffatore i codici OTP che di volta in volta le pervenivano;
- si è in seguito accorta di essere stata vittima di una truffa, per un ammontare complessivo di € 5.800.

Atteso l'esito negativo del reclamo, volto ad ottenere la restituzione delle somme, chiedeva dunque nuovamente a questo Arbitro la restituzione di quanto fraudolentemente addebitato sul proprio conto.

2. Si costituiva in giudizio l'intermediario, eccependo quanto segue:

- le transazioni sono state tutte regolarmente autenticate con SCA;
- il primo accesso al conto corrente è avvenuto tramite modifica della password, avvenuta mediante corretto inserimento dei dati di autenticazione e della OTP;
- tutte le successive operazioni sono parimenti avvenute tramite inserimento dell'OTP;
- la truffa è stata pertanto perpetrata in quanto la cliente ha fornito i propri dati e la OTP ai truffatori;
- comunque, al momento in cui l'operazione è stata eseguita, non erano ancora in vigore gli obblighi più rigidi riguardanti la SCA previsti dalla PSD2.

Concludeva dunque per il rigetto del ricorso.

3. In sintesi, le parti hanno così precisato le proprie conclusioni:

Parte ricorrente:

“disporre che l'intermediario corrisponda alla ricorrente la somma di 5.800 euro...in estremo subordine, nella denegata ipotesi in cui il Collegio volesse ravvisare un concorso di colpa dell'utilizzatore, chiede che il Collegio voglia disporre il rimborso parziale delle somme illecitamente sottratte, in misura non inferiore a 4.500 euro. Si chiede inoltre il rimborso delle spese per la presentazione del ricorso”.

Parte resistente:

“rigettare il ricorso della ricorrente....in via subordinata, chiede che la Banca venga condannata al pagamento del solo 50% delle somme sottratte alla ricorrente, avendo provato che quanto è accaduto è dipeso dalla colpa grave della ricorrente medesima”.

DIRITTO

1. Le operazioni contestate 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), che modifica le direttive 2002/65/CE, 2009/110/CE e 2013/36/UE e il regolamento (UE) n. 1093/2010, e abroga la direttiva 2007/64/CE, e di adeguamento delle disposizioni interne al regolamento (UE) n. 751/2015 relativo alle commissioni interbancarie sulle operazioni di pagamento basate su carta.
2. Nel caso di specie, la fattispecie in esame (analoga a quelle già esaminate sia dallo scrivente Collegio, che dai Collegi territoriali, che dallo stesso Collegio di Coordinamento) comporta l'esame di due distinti profili, di cui il primo riveste carattere assorbente rispetto al secondo: ossia, se l'intermediario abbia dato la prova prescritta dall'art. 10, 1° co., d.lgs 11/2010, in base al quale *“Qualora l'utente di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri*

inconvenienti”.

Il principio in esame presuppone infatti una inversione dell'onere della prova a carico dell'intermediario, il quale deve anzitutto dimostrare la correttezza formale di ogni operazione contestata per poter andare indenne da colpa (e, pertanto, evitare di essere condannato alla restituzione delle somme). Si tratta, evidentemente, di una tendenziale (ma non assoluta) allocazione del rischio a carico della parte contrattualmente più forte. Solo in caso tale prova venga puntualmente fornita viene dunque in rilievo il secondo profilo, consistente nella prova della negligenza e colpa grave del cliente.

La norma, di per sé chiara, è stata poi interpretata dal Collegio di Coordinamento nel senso 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 interpretata 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 dell’utente”* (Coll. Coordinamento, dec. 22745/2019).

Tale orientamento rafforza la configurazione dell'obbligo dell'intermediario come dovere rafforzato di diligenza professionale, per consentire la già citata allocazione differenziata dei rischi derivanti dalle operazioni fraudolente, un altro esempio della quale è costituito dalla disposizione di cui all'art. 62, 2° co., del d. lgs. 206/2005 (Codice del consumo).

3. Venendo dunque al merito del ricorso, rileva il Collegio come l'intermediario non abbia fornito sufficienti e chiare evidenze della corretta autenticazione delle operazioni effettuate dai truffatori.

Risulta, in particolare:

- a. che la prima modifica della password è stata effettuata online con inserimento di un OTP. Tuttavia, dal log prodotto e relativa legenda non è chiarita l'espressione *“password de aplicacion”*, che di per sé risulta insufficiente a provare la correttezza della procedura (sul punto, v. Coll. Bari, dec. 6380/2024);
- b. che per il successivo accesso all'home banking l'intermediario nulla riferisce in merito al secondo fattore di autenticazione richiesto dalla SCA. Al riguardo, non può essere presa in considerazione, a mandare esente da colpa l'intermediario, l'affermazione di questi di essersi avvalso dell'esenzione di cui all'art. 10 Reg. UE 2018/389; infatti, così come chiarito dalla Q&A EBA 2018-4042, pur potendo l'intermediario avvalersi dell'esenzione, risponde comunque nei confronti del cliente qualora questi abbia disconosciuto l'operazione; l'EBA ha in particolare affermato che *“Article 73(1) of PSD2 states that in the case of an unauthorised payment transaction the payer's payment service provider (PSP) refunds the payer the amount of that transaction. In accordance with Article 74(2) of PSD2, “Where the payer's payment service provider does not require strong customer authentication [SCA], the payer shall not bear any financial losses unless the payer has acted fraudulently. Where the payee or the PSP of the payee fails to accept strong customer authentication, it shall refund the financial damage caused to the payer's payment service provider.” Article 74(2) PSD2 may be dis-applied if the payment service user is not a consumer (Article 61(1) PSD2). It follows from the above that unless the payer acted fraudulently, the payer's PSP is liable towards that payer for*

transactions carried out without SCA. If the PSP of the payee triggers an SCA exemption and the transaction is carried out without an SCA, the payee's PSP will be liable towards the payer's PSP for the financial damage caused. This is without prejudice to the obligations of the payer's PSP towards the payer as referred to above". In merito a tale punto, giova richiamare la recente pronuncia di Coll. Napoli, dec. 5200/2024, che in caso analogo ha stabilito che *"l'esenzione dalla SCA non incide sul regime di responsabilità del PSP, che risponde del pagamento contestato a meno che non provi la frode del pagatore. Nel caso in esame, non risulta che l'intermediario abbia provveduto al rimborso di suddetti addebiti, tanto meno che abbia provato la frode del pagatore"* (conf. Coll. Bologna, dec. 1391/2024)

- c. l'inserimento del CVV dinamico, qualificabile come elemento di possesso, non è di per sé idoneo ad integrare una autenticazione forte (sul punto, cfr. Coll. Bari, dec. 7892/2024; Coll. Torino, dec. 7207/2024; Coll. Roma, 8072/2024);
- d. quanto all'*enrollment* della app sul dispositivo dei truffatori, l'intermediario di fatto nulla deduce.

Dal complesso di tali elementi, non può pertanto dirsi raggiunta la prova, che incombeva sull'intermediario, circa il corretto svolgersi delle fasi di autenticazione.

Il dato rende di per sé superfluo, in ossequio all'orientamento sopra richiamato, l'esame degli eventuali profili di colpa grave della ricorrente.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio – in accoglimento del ricorso – dichiara l'intermediario tenuto in favore della parte ricorrente alla restituzione dell'importo complessivo di euro 5.800,00 (cinquemilaottocento/00).

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e alla parte ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FRANCESCO VELLA