

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) TINA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DELL'ANNA MISURALE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) PERON	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) BARTOLOMEO GRIPPO

Seduta del 01/10/2024

FATTO

Parte ricorrente afferma che: nel marzo 2024 venivano effettuate diverse operazioni dalla stessa non autorizzate mediante l'utilizzo del proprio internet banking, della carta di credito e della carta bancomat emesse dall'intermediario convenuto; le operazioni fraudolente sono state effettuate grazie alla clonazione della SIM del telefono; ha presentato domanda di disconoscimento alla propria banca, che tuttavia non ha restituito l'importo sottratto.

Parte ricorrente – esperita senza successo la fase del reclamo – chiede il rimborso della somma complessiva di € 59.800,00.

L'intermediario, con le controdeduzioni, precisa che: la cliente è titolare delle carte di pagamento n.***705 e n.***866, del conto corrente n.***6760 e dell'internet banking n.***640; in data 2/04/2024 la cliente ha disconosciuto n.21 operazioni poste in essere tra il 29 febbraio ed il 20 marzo 2024 per complessivi € 59.800,00; le operazioni contestate risultano disposte ed autorizzate dalla cliente stessa e pertanto incompatibili con la

clonazione della SIM telefonica; secondo il consolidato orientamento dell'ABF, nel caso di specie non può essere applicata la disciplina relativa alle operazioni non autorizzate; la cliente potrebbe essere stata vittima di una frode riconducibile al falso trading finanziario, come parrebbe dalla richiesta di informazioni dalla stessa avanzata alla Filiale Digitale circa il mancato acconto di € 20.000,00 relativi alla liquidazione di fondi precedentemente investiti; tutte le operazioni sono state correttamente contabilizzate, registrate e autenticate e non hanno subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la loro esecuzione o di altri inconvenienti; l'esecuzione delle operazioni è imputabile esclusivamente alla ricorrente, la quale, nonostante la ricezione di vari messaggi di ALERT, ha bloccato i propri strumenti di pagamento dopo più di venti giorni.

L'intermediario chiede, pertanto, di rigettare il ricorso perché infondato.

Parte ricorrente, in sede di repliche, afferma che: ha contattato il gestore telefonico più volte a partire dal 2/02/2024, venendo tranquillizzata dall'operatrice circa la regolarità della propria utenza; ha bloccato la carta di credito chiamando il numero messo a disposizione dall'intermediario; la telefonata effettuata al numero verde riguardava l'accredito di una somma relativa ad un precedente investimento e non collegata alla frode; l'intermediario aveva inizialmente avanzato una proposta di conciliazione avente ad oggetto la corresponsione della metà della somma addebitata fraudolentemente, successivamente ritirata senza spiegazioni.

L'intermediario, in sede di controrepliche, precisa che: nella inverosimile ipotesi di "clonazione" del numero di telefono, l'esecuzione dell'operatività oggetto di disconoscimento non sarebbe stata possibile, in quanto, le operazioni sono state disposte tramite il *device* abituale della cliente, collegato ad internet da un indirizzo IP usuale ed autorizzate a seguito dell'apposizione della sua impronta digitale su tale *device*; al momento della ricezione del ricorso, ha attivato un canale di comunicazione con la cliente per meglio comprendere l'accaduto ed al fine di verificare la sua disponibilità ad una definizione conciliativa della vertenza, all'esito delle verifiche in corso; tuttavia, tenuto conto di quanto emerso dalle verifiche, e rilevata la responsabilità della cliente nell'accaduto, non ha ritenuto di formalizzare alcuna proposta transattiva.

DIRITTO

La controversia sottoposta all'esame del Collegio verte sulla ormai nota questione del furto di strumenti di pagamento e sul rimborso di somme indebitamente sottratte a seguito di disposizioni fraudolentemente impartite.

Le operazioni contestate da parte ricorrente (n. 21 operazioni eseguite dal 29 febbraio 2024 al 20 marzo 2024 per un importo totale di € 59.800,00) rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina del D. Lgs. 27/1/2010, n. 11 di recepimento della Direttiva sui servizi di pagamento come modificato dal D.Lgs. n. 218/17 di attuazione della direttiva 2015/2366/EU (PSD 2).

La normativa richiamata ha provveduto a ripartire una serie di obblighi tra il prestatore di servizi di pagamento e l'utilizzatore di detti servizi. L'utilizzatore, in particolare, ha il dovere di utilizzare lo strumento di pagamento in conformità con i termini contrattuali, di

denunciarne lo smarrimento, il furto o l'utilizzo non autorizzato appena ne viene a conoscenza e deve adottare le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo (ad esempio conservare adeguatamente i codici PIN). Per quanto riguarda l'intermediario, la normativa ricordata prevede, tra gli altri, l'obbligo di assicurare che i dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo di uno strumento di pagamento non siano accessibili a soggetti terzi.

Si richiede, pertanto, da ambedue le parti, la necessaria diligenza per evitare che lo strumento di pagamento possa essere utilizzato senza la necessaria autorizzazione o in maniera fraudolenta.

La normativa mostra un chiaro *favor probatorio* nei confronti dell'utilizzatore, in quanto l'intermediario, per liberarsi da ogni responsabilità in caso di utilizzo fraudolento dello strumento, dovrà dimostrare che l'operazione è stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo oppure che questi abbia agito in modo fraudolento ovvero con dolo o colpa grave.

Alla luce di tali disposizioni, pertanto, due sono i passaggi ineludibili in materia. In primo luogo è l'intermediario a dover provare l'autenticazione, la corretta registrazione e contabilizzazione delle operazioni contestate, 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.

Con riferimento alla *strong customer authentication* (c.d. SCA) le fonti normative sono rinvenibili negli artt. 97 e 98 della PDS2, nell'articolo 10 bis del D. Lgs. 10/2011, nelle norme tecniche di regolamentazione emanate dall'EBA 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 (v. in particolare il parere dell'EBA del 21 giugno 2019). Nello specifico, l'autenticazione forte (SCA) è richiesta sia nella fase di (i) accesso al conto/enrollment dell'app/registrazione della carta sul wallet, sia nella fase di (ii) esecuzione delle singole operazioni. La SCA si realizza con il ricorso ad almeno due dei seguenti tre fattori: conoscenza; inerenza; possesso. Gli elementi devono essere reciprocamente indipendenti e appartenere a categorie diverse.

Nel caso di specie, sotto il primo profilo, l'intermediario ha prodotto documentazione relativa alla registrazione, contabilizzazione ed autenticazione delle operazioni disconosciute, assolvendo in questo modo il proprio onere probatorio di autenticazione ed esecuzione, ad eccezione di n. 2 operazioni: i) pagamento *e-commerce* del 29/02/2024 delle ore 16:17 per l'importo di € 350,00; ii) pagamento *e-commerce* del 4/03/2024 delle ore 11:55 dell'importo di € 500,00.

In relazione alle suddette due operazioni, l'intermediario non ha provato la SCA e pertanto dovrà rimborsare integralmente le somme sottratte pari ad € 850,00.

Per le altre operazioni contestate può dirsi, invero, 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 prospettata dall'intermediario nel caso in esame, di colpa grave dell'utilizzatore.

I vari Collegi ABF 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.

Nel caso di specie, dalla documentazione versata in atti si rileva un'operatività fortemente anomala nell'arco temporale della truffa, ed infatti risultano ad esempio: numerosi tentativi di transazioni non andate a buon fine (anche per insufficienza dei fondi); emissione di una carta virtuale a valere su quella della cliente, con cui sono state eseguite operazioni poi annullate (e qui non disconosciute); messaggi di blocco/annullamento di operazioni per motivi di sicurezza o comunque di storno di pagamenti; modifiche dei limiti operativi delle carte.

Il Collegio rileva che nel caso concreto, seppur il contegno tenuto dalla ricorrente può essere ricondotto al concetto di colpa grave ed è stata prodotta la prova di autenticazione delle operazioni fraudolente, residuano margini di valutazione della responsabilità dell'intermediario: in particolare si rileva il mancato blocco del sistema per le operazioni comunque da ritenersi sospette per un'operatività fortemente anomala e per la sussistenza di uno degli indici di rischio di frode ex art. 8 del D.M. 112/2007 -in particolare tre o più richieste di autorizzazione sulla stessa carta, effettuate nelle 24 ore, presso un medesimo punto vendita, di cui al punto 2 della lett. a) art. 8 del citato D.M. in data 1/03/2024-.

L'insieme delle circostanze così esposte e considerate consente di affermare in capo ad entrambe le parti una responsabilità per i fatti oggetto di controversia ed infatti nonostante l'incauto comportamento della ricorrente, il Collegio ritiene che il sistema adottato dall'intermediario non ha garantito una sufficiente tutela della cliente, in ragione della circostanza che le operazioni sono avvenute in presenza di indici di anomalia nell'operatività.

Il Collegio ritiene pertanto che, configurandosi un concorso di colpa in ragione delle circostanze che hanno reso possibile la frode, le conseguenze dell'evento dannoso debbano ripartirsi fra la parte ricorrente e l'intermediario e quindi dispone –in via equitativa- a favore di parte ricorrente il rimborso integrale di € 850,00 per le due operazioni prive della SCA oltre € 29.475,00, pari al rimborso del 50% della somma ulteriore sottratta, e così per un totale di € 30.325,00.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 30.325,00.

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.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA