

## COLLEGIO DI TORINO

composto dai signori:

(TO) LUCCHINI GUASTALLA	Presidente
(TO) GRECO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) CARATOZZOLO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(TO) SPENNACCHIO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(TO) D'ANGELO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore ROBERTO CARATOZZOLO

Seduta del 12/12/2024

### FATTO

Con ricorso del 20 agosto 2024 parte istante chiede all'ABF il riconoscimento del rimborso della somma corrispondente all'importo di quindici operazioni di pagamento disconosciute, compiute fraudolentemente da terzi non autorizzati a seguito di un'asserita clonazione di una propria carta di pagamento.

Parte ricorrente riferisce che nel periodo tra il 6 ed il 20 settembre 2023, mentre si trovava in vacanza all'estero, venivano eseguite tramite la sua carta diverse operazioni di prelievo, evidentemente da parte di terzi non autorizzati, avendo avuto sempre la custodia di tale carta per tutto il periodo. Non avendola, infatti, mai utilizzata, se non per accertarsi della sua idoneità al prelievo, ritiene che lo strumento sia stato clonato proprio nel momento in cui ne ha accertato il funzionamento tramite l'inserimento in un uno sportello ATM. Ritiene, inoltre, di non essere stata tutelata, a causa dell'assenza degli strumenti di garanzia per i pagamenti elettronici in sicurezza e di non aver mai ricevuto i messaggi relativi ai prelievi.

Nelle proprie controdeduzioni l'intermediario resistente contesta le richieste di parte avversa e ne chiede il rigetto. In particolare in via preliminare eccepisce il difetto di legittimazione passiva rispetto alla domanda oggetto di ricorso, non rivestendo il ruolo di controparte contrattuale della ricorrente: non è, infatti, emittente dello strumento di pagamento di cui trattasi né collocatore, poiché la carta è stata emessa e collocata



dall'intermediario presso cui è radicato il conto collegato alla stessa. Al contrario, parte resistente si qualifica come mero fornitore di servizi della banca emittente/collocatrice e pertanto priva nei confronti dell'istante del ruolo di prestatore di servizi di pagamento: per tali motivi ritiene di non poter essere destinataria della disciplina di cui al D.lgs. 11/2010.

Nel merito contesta il comportamento tenuto dalla ricorrente, viziato da colpa grave derivante da incauta custodia dello strumento di pagamento e delle relative credenziali. Tutte le transazioni contestate, infatti, sono avvenute con la lettura del microchip della carta e la corretta digitazione del codice PIN e, inoltre, come dimostrato anche dalla corretta progressione del contatore ATC che dimostra il corretto avvenuto utilizzo della carta di pagamento originale. Ritiene che la ricorrente non abbia custodito lo strumento di pagamento con la dovuta diligenza, tanto da non accorgersi che, molto probabilmente, qualcuno occasionalmente lo sottraeva e lo utilizzava con le credenziali associate.

In ordine alla mancata notifica dei messaggi relativi alle transazioni effettuate, l'intermediario rileva che parte ricorrente non ha mai attivato i servizi sms alert o le notifiche transazioni in App, pur offerte gratuitamente al momento della richiesta della carta.

## DIRITTO

Le operazioni oggetto del presente procedimento sono state compiute 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 13/01/2018. Si tratta di 15 prelievi presso ATM effettuati all'estero con carta di debito di titolarità della ricorrente per un importo complessivo di € 1.821,69. Parte ricorrente non ha quantificato l'importo oggetto della sua pretesa, ma ha individuato tutte le operazioni disconosciute sia in denuncia sia negli estratti conto allegati al ricorso alla cui autorizzazione e contabilizzazione si riferiscono le allegazioni della resistente.

Sul punto, vanno richiamate le fonti normative che regolano la *Strong Customer Authentication* (SCA), rinvenibili negli artt. 97 e 98 della PSD2, negli articoli 10 e 10-bis del d.lgs. 11/2010, 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 (in particolare il parere del 21 giugno 2019).

Prima di esaminare il merito della questione, in ordine all'eccezione preliminare relativa alla carenza di legittimazione passiva dell'odierno resistente, in quanto non ha né emesso né collocato lo strumento di pagamento utilizzato per le operazioni in contestazione ma ha solo offerto servizi alla banca emittente/collocatrice, il Collegio rileva che alla luce della documentazione versata in atti, non è possibile accertare quale sia il riparto di competenze contrattualmente pattuito tra banca emittente e intermediario resistente sulla gestione degli strumenti di pagamento e sui servizi collegati. Parte resistente, infatti, non ha prodotto la convenzione stipulata con la banca emittente né il contratto relativo alla carta di debito utilizzata, ma soltanto una Circolare diffusa tra le banche partner che contiene alcune determinazioni riguardo al riparto delle rispettive funzioni, tra le quali, per quanto di rilievo, quella attinente alla gestione dei reclami che resta in capo alle banche emittenti.

Peraltro, si rileva come l'intermediario resistente (e non la banca emittente), ha riscontrato nel merito il disconoscimento delle operazioni (indicato come reclamo dall'odierna ricorrente), senza eccepire espressamente la propria carenza di legittimazione passiva.

Alla luce di tali evidenze, tenuto conto anche dell'orientamento assunto da questo Collegio in diverse precedenti pronunce, si ritiene che il comportamento dell'intermediario



resistente, che ha riscontrato nel merito il reclamo, abbia determinato il legittimo affidamento di parte ricorrente circa la sua legittimazione passiva, in forza della regola *nemo contra factum proprio venire potest*, che è espressione del generale principio di buona fede (Coll. Torino, decisioni n. 14001/2022, n. 5874/23, n. 6026/2024). Peraltro l'intermediario resistente non ha assolto all'onere della prova circa la sua estraneità alla controversia ma, al contrario, ha assunto un ruolo attivo nella gestione del reclamo presentato dal ricorrente, dando riscontro alla procedura di disconoscimento e trattando il merito della questione.

Per tali motivi il Collegio rigetta l'eccezione preliminare e dichiara la sussistenza della legittimazione passiva dell'intermediario odierno resistente.

Passando al merito della questione, rileva, in primo luogo, per l'intermediario, ai sensi del richiamato art. 10 d.lgs. 11/2010, l'onere di provare per un verso che le operazioni di pagamento sono state autenticate, correttamente registrate e contabilizzate e che non hanno subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la loro esecuzione o di altri inconvenienti e, per altro verso, l'eventuale frode, dolo o colpa grave dell'utente.

Orbene, sotto il primo aspetto l'intermediario resistente dichiara che le operazioni in contestazione sono state regolarmente autorizzate tramite l'utilizzo della carta originale, la lettura del microchip (elemento di possesso) e la digitazione del codice PIN associato (elemento di conoscenza), unico dispositivo di autorizzazione delle operazioni, inserito sempre in modo corretto e senza alcun errore. Afferma, inoltre, che le stesse siano avvenute in assenza di alcuna anomalia rilevabile. L'intermediario produce evidenze documentali e log informatici corredati da legenda esplicativa, che comprovano la veridicità delle proprie dichiarazioni.

Alla luce di quanto sopra, il Collegio ritiene assolto l'onere probatorio in ordine all'adozione delle prescrizioni dettate dalla normativa in tema di autenticazione forte per l'utilizzo dello strumento di pagamento.

Si passa, quindi, all'esame dell'ulteriore aspetto in ordine alla valutazione del comportamento tenuto dal ricorrente nel corso della vicenda sottoposta a cognizione di codesto Collegio.

Secondo il principio interpretativo adottato dal Collegio di Coordinamento dell'ABF, infatti, 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 relativa all'"autenticazione" ed alla 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 (Collegio di Coordinamento, decisione n. 22745 del 10 ottobre 2019).

Si richiama, sul punto, l'orientamento del Collegio di Coordinamento (decisione n. 24366/19) secondo il quale "Con riguardo alla prova della colpa grave dell'utente, non ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile: una valutazione siffatta deve essere compiuta alla luce di tutte le circostanze di fatto che, di volta in volta, caratterizzano il caso di specie, tenendo in considerazione la sussistenza della stessa sia con riferimento agli obblighi di custodia dello strumento di pagamento, sia quelli di memorizzazione del codice identificativo" (Coll. Coord., decisione n. 5304/2013). La prova della colpa grave – che costituisce onere dell'intermediario ai sensi dell'art. 10, comma 2 del decreto – consiste nella prova dei fatti che, in connessione tra loro, possono ragionevolmente condurre a ritenere gravemente



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

negligente la condotta del cliente. Questa prova può essere fornita anche per mezzo di presunzioni, purché queste siano gravi, precise e concordanti, ai sensi dell'art. 2729 c.c.”

Sul punto si evidenzia che parte ricorrente ipotizza che le operazioni contestate siano state effettuate a seguito di clonazione della sua carta, come dimostra la stessa denuncia alla P.A. effettuata per “clonazione carta bancomat” e la contemporanea assenza di denuncia di furto o comunque di perdita di possesso della sua carta di debito. Tuttavia non vi è alcuna evidenza in atti di tale asserita clonazione. Sul punto si richiama l'orientamento del Collegio di coordinamento secondo il quale in presenza di carte di pagamento dotate di avanzate caratteristiche di sicurezza (es. microchip) e di altre circostanze relative ai tempi e alle modalità di utilizzo delle stesse, sussiste una presunzione di colpa a grave a carico del cliente sul quale incombe l'onere di provare l'asserita clonazione. Il Collegio di Coordinamento ha infatti chiarito che «l'impiego della tecnologia a microchip rende l'ipotesi della clonazione se non di impossibile evenienza, almeno altamente improbabile, facendo dunque ritenere che l'operazione disconosciuta non possa che essere ricondotta ad una conservazione “molto distratta” della carta e del pin, salvo che l'utente non fornisca la prova di circostanze tali da far ritenere quanto meno plausibile l'ipotesi della clonazione» (Collegio di Coordinamento, dec. n. 897/2014).

Non essendoci alcun rilievo di tal carattere, si configurano, al contrario, elementi gravi, precisi e concordanti idonei a far ritenere il ricorrente, in via presuntiva, responsabile per aver tenuto un comportamento gravemente negligente e per non aver adempiuto ai propri obblighi di custodia dello strumento di pagamento e delle credenziali di sicurezza personalizzate.

A medesime conclusioni si giunge anche con riguardo alla procedura di blocco dello strumento di pagamento, avvenuta con colpevole ritardo rispetto al verificarsi delle operazioni. Fra gli elementi valorizzati anche da questo Collegio (decisione n. 20363/2021) ai fini della valutazione della colpa grave del titolare dello strumento di pagamento vi è, infatti, la tardività del blocco dello strumento di pagamento, che unitamente agli altri indici presuntivi emersi, fa configurare una colpa grave in capo al ricorrente.

Per tali motivi, si conclude per il non accoglimento del ricorso.

### **PER QUESTI MOTIVI**

**Il Collegio non accoglie il ricorso.**

**IL PRESIDENTE**

Firmato digitalmente da

EMANUELE CESARE LUCCHINI GUASTALLA