

**COLLEGIO DI BOLOGNA**

composto dai signori:

|                          |   |
|--------------------------|---|
| (BO) MARINARI            | Presidente  |
| (BO) BERTI ARNOALDI VELI | Membro designato dalla Banca d'Italia                     |
| (BO) MAIMERI             | Membro designato dalla Banca d'Italia                     |
| (BO) PASQUARIELLO        | Membro di designazione rappresentativa degli intermediari |
| (BO) LAMANDINI           | Membro di designazione rappresentativa dei clienti        |

Relatore FABRIZIO MAIMERI

Seduta del 23/12/2021

**FATTO**

La società ricorrente riferisce che in data 10.8.2020 predisponeva un bonifico bancario di € 69.022,72 tramite canale *home banking* a favore di un beneficiario abituale; il 12.8.2020 si avvedeva che il beneficiario dell'operazione non era quello inserito ma un soggetto terzo sconosciuto, con cui non aveva mai intrattenuto alcun rapporto; dalla ricevuta stampata notava, altresì, che il campo relativo all'IBAN era vuoto, il che avrebbe dovuto impedire il buon fine dell'operazione. Aggiungeva che, in data 9.10.2020, si verificava un episodio simile per un bonifico di € 59.606,47.

In sede di controdeduzioni, l'intermediario affermava anzitutto che la società ricorrente non riveste la qualifica di "consumatore" né di micro-impresa, con conseguente facoltà di stabilire tra le parti una diversa ripartizione degli obblighi derivanti dalla prestazione di servizi di pagamento; e infatti, nel contratto che lega cliente e piattaforma gestita dalla banca, è convenuto che, "prima del momento in cui la segnalazione è opponibile alla Banca, le conseguenze derivanti dall'utilizzo indebito delle credenziali sono integralmente a carico della Società", derogando così a quanto previsto dalla PSD2 all'art. 10, relativo all'onere dell'intermediario di provare che l'operazione sconosciuta sia stata correttamente autorizzata ed eseguita e all'art. 12, relativo alle ipotesi di esclusione di responsabilità del cliente in caso di operazioni fraudolente. Aggiungeva, altresì, che aveva provveduto a dare esecuzione alle disposizioni di bonifico così come ricevute dalla cliente, nel rispetto degli accordi contrattuali, risultando che le operazioni in argomento sono state eseguite in favore dello stesso soggetto e dello stesso identificativo unico inseriti in



procedura tramite il servizio offerto dalla banca, di talché la vicenda non può essere ricondotta alle previsioni dell'art. 10, comma 1, del d.lgs. 10/2011 e al conseguente riparto di responsabilità previsto dal medesimo decreto.

Osserva piuttosto che, dalla narrazione fornita da parte ricorrente, si evince che le operazioni sono state eseguite dall'ufficio amministrativo della società, pertanto l'esecuzione dei bonifici sconosciuti è imputabile non alla banca ma esclusivamente alla ricorrente, che ha violato gli obblighi contrattuali a proprio carico, inerenti all'utilizzo e alla custodia delle credenziali di accesso. Infatti, in base al contratto, l'unico "Utente" abilitato a utilizzare il servizio, tramite il quale sono stati ordinati i bonifici oggetto del ricorso, è il rappresentante legale della società, mentre nel caso in esame le credenziali di accesso sono state evidentemente consegnate ad un ufficio che si occupa degli adempimenti amministrativi, in palese violazione delle richiamate disposizioni contrattuali, in quanto soggetto non abilitato all'utilizzo del portale.

Osserva, del pari, come la ricorrente abbia evidenziato che soltanto il 12.8.2020 si avvedeva di talune anomalie, laddove, qualora fossero state tempestivamente rilevate, le avrebbero consentito di attivarsi al fine di evitare il perfezionarsi dell'operazione. Per di più, l'intermediario ha segnalato a parte ricorrente, successivamente alla prima operazione sconosciuta (e prima del compimento della seconda) – precisamente il 29.9.2020 – la presenza di alcune anomalie nei flussi inseriti nel portale dalla sua utenza, rilevando, in particolare, il rischio di alterazioni fraudolente riguardanti il beneficiario dei bonifici e invitandola ad adottare le necessarie contromisure. Senonché la società, nonostante le espresse raccomandazioni fornite, soltanto dopo la seconda operazione sconosciuta provvedeva ad effettuare le verifiche ivi dettagliate, da cui tuttavia emergeva che non erano presenti "minacce di particolare rilievo". Ne consegue, a dire della banca, che quanto accaduto è imputabile al comportamento del cliente, che con la sua grave incuria ha permesso il verificarsi dell'operazione fraudolenta, pur avendo ricevuto specifiche avvertenze da parte dell'intermediario.

Alla luce delle contrapposte argomentazioni, la ricorrente sottopone all'Arbitro la "richiesta di restituzione delle somme indicate per evidente comportamento incolpevole della ricorrente e al contrario negligenza ed imperizia della banca chiamata nella predisposizione di strumenti atti ad evitare indebite intrusioni di terzi. Nel caso di specie risulta esistente una vera 'falla' nel sistema di *home banking* di parte chiamata che ha consentito a soggetti terzi di modificare il destinatario dei bonifici *de quibus*, pur trattandosi di bonifici usuali, effettuati dalla ricorrente con cadenza mensile".

L'intermediario chiede al Collegio "- di dichiarare inaccoglibile, in quanto immotivata ed infondata, la richiesta restitutoria oggetto del ricorso; - nella denegata ipotesi che il Collegio ritenga di poter ravvisare profili di responsabilità nell'accaduto in capo [alla banca], definire la ripartizione fra le parti del danno in esame, in misura proporzionale alle rispettive responsabilità ed in particolare ai sensi dell'art. 1227, commi 1 e 2, c.c.".

## DIRITTO

La banca anzitutto si sofferma sulle deroghe apportate al regime ordinario di cui all'art. 10 d.lgs. 11/2010 dallo schema contrattuale adottato tra le parti. Tale articolo, dopo aver disposto che, in caso di disconoscimento di un'operazione da parte dell'utente, è onere dell'intermediario provare che la stessa è stata registrata e contabilizzata regolarmente, al comma 2 precisa che il mero utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dall'intermediario "non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente" e neppure "che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi" di custodia delle credenziali. È stato rilevato che quest'ultimo comma rivela una soluzione di



compromesso caratterizzata da una certa genericità, sposando la logica del caso per caso e dando ingresso necessariamente alla valutazione del livello di sicurezza del servizio fornito dal prestatore. Va aggiunto poi che, introdotto il regime dell'inversione dell'onere della prova, lo stesso d.lgs. afferma, all'art. 12, la regola della misura della responsabilità della banca, secondo cui, in assenza di dolo o colpa grave dell'utente, prima della comunicazione della segnalazione, la perdita a lui imputabile non può essere superiore al limite della franchigia (50 euro), mentre se versa in una situazione di dolo o colpa grave, egli "sopporta tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non si applica" la franchigia (commi 3 e 4). Si tratta quindi di due fattispecie separate, che tali il legislatore mantiene.

Nel delineare l'ambito di applicazione della normativa in parola, l'art. 2, comma 4, del medesimo d.lgs. consente di disapplicare talune delle regole previste (fra cui i menzionati artt. 10 e 12) nei riguardi di utenti che non siano né consumatori né microimprese. Su questa via si sono indirizzate le parti della presente procedura, atteso che nel "contratto di utilizzo del portale internet" (stipulato il 28.2.2019) è stabilito che la società ricorrente, ai sensi della normativa sui servizi di pagamento, non ha natura di microimpresa e che essa (art. 6), in caso di uso non autorizzato delle credenziali, deve comunicare l'evento all'intermediario, fermo restando che, "prima del momento in cui la segnalazione è opponibile alla banca, le conseguenze derivanti dall'utilizzo indebito delle credenziali sono integralmente a carico della Società". Precisa parte resistente nelle controdeduzioni che in tal modo si deroga "a quanto previsto dalla PSD2 all'art. 10, relativo all'onere dell'intermediario di provare che l'operazione disconosciuta sia stata correttamente autorizzata e quindi eseguita e all'art. 12, relativo alle ipotesi di esclusione di responsabilità del cliente in caso di operazioni fraudolente".

Sul tema della deroga, il Collegio segnala, anzitutto, come nel contratto *de quo* non sia inserita alcuna deroga esplicita al menzionato art. 10 del d.lgs. n. 11/2010, sicché l'affermazione ora riportata di parte resistente rappresenta il tentativo di dedurre da una clausola contrattuale il senso di una implicita deroga al disposto di legge, quasi a delineare *ex post* una volontà derogatoria che non era stata manifestata espressamente *ex ante*. Della circostanza che la clausola riportata (art. 6 del contratto) deroghi al regime dell'onere della prova, di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 11/2010, ha dubitato questo Collegio (decisione n. 20430 del 23.9.2021) decidendo su una clausola identica. A tal riguardo, ha affermato che l'operazione disconosciuta rimane a carico dell'utente solo laddove quest'ultimo si sia avveduto della stessa in un momento in cui era ancora revocabile e, ciononostante, abbia omesso di segnalarla alla banca, circostanza che non si era verificata, come non si è verificata nel caso qui in esame; ha altresì ribadito che, "secondo l'orientamento dei Collegi ABF, nelle controversie relative all'utilizzo fraudolento di strumenti di pagamento occorre valutare, da un lato, la condotta del cliente con riguardo agli obblighi di diligenza nella custodia dello strumento di pagamento, dei dispositivi collegati e delle relative credenziali riservate d'accesso e, dall'altro, la condotta dell'intermediario, il quale è chiamato ad adempiere al mandato secondo la diligenza professionale e qualificata prevista all'art. 1176, co. 2, c.c.; circostanze, in ogni caso, da valutare caso per caso. Sempre secondo il consolidato orientamento dei Collegi ABF, a fronte del disconoscimento di operazioni di pagamento da parte dell'utente, è onere dell'intermediario provare che le operazioni siano state autenticate, correttamente registrate e contabilizzate, ai sensi dell'art. 10 del d.lgs. n. 11/2010, che codifica l'inversione dell'onere della prova. In mancanza di tale prova, l'intermediario sopporta integralmente le conseguenze delle operazioni disconosciute".



In effetti, sembra difficile sostenere che la clausola in esame valga a derogare, nel caso *de quo*, il disposto dell'art. 10 del d.lgs. n. 10/2011, il quale invero riguarda l'atteggiarsi dell'onere della prova e non il diverso profilo di quando e se si applica la franchigia (oggi) di 50 euro. Insomma, si ritiene che con il disposto negoziale si sia derogato (o, forse, integrato) l'art. 12, commi 3 e 4, circostanza sicuramente consentita, e non anche l'altro articolo che deve seguire ad essere applicato, con la conseguenza che in ogni caso va data la prova della legittimità del comportamento della banca nel caso controverso.

Piuttosto, alla deroga all'art. 10 può pervenirsi attraverso la clausola contenuta nell'art. 4 del contratto, ove si prevede che "la Società riconosce sin d'ora come a sé riferibile ogni attività compiuta dall'Utente dopo l'accesso al portale, e in particolare l'inoltro di documenti mediante i flussi, che risulti essere effettuata mediante utilizzo delle credenziali assegnate all'Utente": nessuna responsabilità può essere riconosciuta alla banca in relazione all'uso non autorizzato delle credenziali assegnate all'utente (utente essendo la persona fisica abilitata a utilizzare il portale in nome della Società), avvenuto, come nel caso di specie, successivamente all'accesso di quest'ultimo al portale dell'*home banking*, dal momento che la materia è oggetto di specifiche pattuizioni intervenute tra le parti. Questa pattuizione di fatto costituisce una deroga all'onere della prova in capo all'intermediario di verificare se il proprio comportamento è stato corretto nell'esecuzione del bonifico, poiché una siffatta valutazione è limitata alla prova dell'utilizzo delle credenziali dell'utente sia per entrare nel portale, sia per disporre le operazioni ("ogni attività compiuta dall'utente"), al netto di ogni altro fatto eventualmente ipotizzabile (ad esempio *phishing*, *malware*, *man in the browser*, ecc.).

Individuata la clausola contrattuale fonte della deroga all'inversione dell'onere della prova, occorre concludere che, se per il menzionato art. 10, nei rapporti con i consumatori, la prova della spendita corretta delle credenziali non è sufficiente per attribuire l'operazione al cliente; la clausola contrattuale dispone il contrario, sicché, una volta che si sia dimostrata corretta siffatta spendita, tutto quello che accade s'intende riferito all'utente medesimo, sollevando la banca dall'onere di darne la prova. Si tratta di una diversa (e peggiorativa) ripartizione del rischio rispetto a quella stabilita per i consumatori, ma del resto la stessa ammissibilità della deroga di cui alla menzionata disposizione di legge viene giustificata (come accade nella direttiva) dalla circostanza che l'impresa si presenta tecnicamente attrezzata a meglio comprendere, presidiare e gestire le operazioni di pagamento rispetto a quanto lo siano i consumatori.

Così ricostruita la disciplina negoziale, occorre chiedersi quale sia l'incidenza che essa riveste nel caso *de quo*. Se è evidente il nuovo assetto probatorio che dall'art. 4 del contratto deriva, va detto che esso non trova decisiva applicazione nella controversia in esame, dove le parti hanno depositato in atti la documentazione necessaria a dare prova dello svolgimento delle operazioni controversie. Da parte sua la ricorrente ha dimostrato che l'ordine era stato impartito correttamente ed era stato eseguito a favore di beneficiari diversi; la resistente che l'autenticazione delle operazioni era avvenuta secondo criteri aggiornati di sicurezza. È in questo quadro che occorre procedere all'analisi dei fatti, pur in presenza di una deroga pattizia che avrebbe consentito alla banca di far leva sul disposto della clausola contrattuale e di sottrarsi all'onere della prova della riferibilità dell'operazione, una volta accertata la correttezza nella spendita delle credenziali. Né d'altro lato la predetta clausola può esimere da una valutazione sulla buona fede, sulla diligenza professionale e sulla necessità del controllo da parte della banca dell'apparato tecnico da questa predisposto. E sotto questo aspetto i fatti e i documenti depositati in atti restituiscono il quadro di due bonifici regolarmente ordinati ma difformemente eseguiti né il prestatore del servizio di pagamento è riuscito a fornire la prova che la difformità di



esecuzione sia riferibile all'ordinante. Si tratta allora di un quadro decisorio rispetto al quale l'incidenza della deroga probatoria avrebbe dovuto essere prima correttamente individuata e poi diversamente modulata e utilizzata, giacché laddove controparte ponga in luce una situazione in cui viene contestata la correttezza dell'esecuzione dell'ordine di bonifico, la disposizione che pur aveva sottoscritto non può imprimere alla metrica del giudizio un andamento diverso da quello volto a dimostrare, da parte dell'esecutore, di aver agito correttamente. E questa dimostrazione, come si è accennato, non è stata raggiunta.

Si verte allora nell'ambito di una fattispecie simile a quella decisa nel medesimo senso da questo Collegio (decisione n. 77/2022 del 3.1.2022), dove la questione non atteneva alla corretta autenticazione del bonifico, "bensì alla mancata corrispondenza tra il beneficiario del medesimo e quello cui è riferibile l'IBAN correttamente inserito da parte ricorrente": qui la questione è un po' diversa (sia il nome che l'IBAN sono risultati diversi da quelli originari), ma non si modifica la sostanza. Là come qui sembra emergere "l'incongruenza tra i documenti riferibili direttamente alla banca e, dunque, nella sua disponibilità (incongruenza che la produzione ulteriore e le deduzioni dell'intermediario non hanno in alcun modo spiegato). Occorre infatti rilevare come il 'dettaglio movimenti', prodotto da parte ricorrente, corrisponda al 'dettaglio disposizioni'".

Se dunque la responsabilità della difformità nell'esecuzione dei bonifici contestati sembra doversi riferire all'operato della banca, nel cui sistema informatico si è verificata una intrusione fraudolenta (non essendo stato dimostrato un diverso atteggiarsi e concatenarsi degli accadimenti), in ordine alla quantificazione delle somme da restituire occorre soffermarsi, come richiesto da parte convenuta, sul disposto dell'art. 1227 c.c. Sul punto vale la pena tener conto di alcune situazioni riferibili alla società attrice che appaiono rilevanti:

a) risulta dimostrato dalle stesse asserzioni della società che le operazioni contestate sono state effettuate dagli uffici della società cliente e non dalla persona fisica denominata "utente" indicata in contratto, con evidente utilizzo delle credenziali da parte di un soggetto non abilitato, al quale le stesse sono state cedute. Il contesto nel quale questo comportamento si è realizzato in qualche misura lo spiega ma non può certo giustificarlo né cancellare l'irregolarità; per contro, non risulta questo, nel concreto, un aspetto decisivo ai fini della soluzione della questione;

b) dopo il primo bonifico contestato e anteriormente al secondo, la banca ha fatto tenere a parte attrice una sorta di allarme su possibili intromissioni volte a modificare i destinatari dei bonifici, suggerendole alcune azioni; parte attrice non è intervenuta se non successivamente al secondo bonifico. Parte ricorrente ha perciò colpevolmente deciso di non tener conto dell'avvertimento che controparte le aveva comunicato e che, ove seguito o comunque valutato tempestivamente, avrebbe potuto evitare il secondo evento dannoso.

Siffatto complessivo comportamento deve essere valutato ai sensi della sussistenza di un elemento colposo destinato a concorrere agli effetti pregiudizievoli derivanti dal secondo bonifico, sollecitando il Collegio a una valutazione equitativa della quota di danno che può essere posta in capo all'ordinante del bonifico tesso.

Alla luce delle considerazioni che precedono e delle valutazioni effettuate, il Collegio ritiene che la banca sia ritenuta responsabile dello sviamento dei beneficiari dei bonifici, considerandola obbligata alla restituzione integrale dell'importo del primo bonifico e della metà dell'importo del secondo.



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

**PER QUESTI MOTIVI**

**Il Collegio – in parziale accoglimento del ricorso – dichiara l’intermediario tenuto in favore della parte ricorrente alla restituzione dell’importo complessivo di euro 98.826,00, (novantottomilaottocentoventisei/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  
MARCELLO MARINARI