



COLLEGIO DI COORDINAMENTO

(CO) MASSERA	Presidente
(CO) DE CAROLIS	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) CARRIERO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(CO) SERIO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(CO) BARGELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore DE CAROLIS

Seduta del 02/10/2019

FATTO

Con ricorso presentato al Collegio di Bari, il ricorrente, titolare di una carta ricaricabile emessa dall'intermediario resistente, riferisce che in data 21/03/2019 constatava, in base all'esame della lista dei movimenti relativi alla carta, che il giorno 19/03/2019 era stata eseguita da terzi ignoti un'operazione di pagamento *on-line* a favore di un beneficiario estero, per € 1.020,00. Il ricorrente disconosceva l'operazione, precisando di non aver ceduto la carta a terzi, di non aver mai subito furto o smarrimento del PIN e di non averne mai rivelato gli estremi. In pari data sporgeva denuncia, ribadendo quanto affermato nel modulo di disconoscimento. Tanto premesso, il ricorrente chiede il rimborso della somma di € 1.020,00.

L'intermediario, in sede di controdeduzioni, riferisce che *"le verifiche effettuate hanno [...] accertato la legittima esecuzione e sostanziale regolarità dell'operazione oggetto di contestazione"*.

In particolare, afferma che dalle tracciate informatiche risulterebbe una "spunta verde" apposta all'operazione contestata, che denota l'assenza di anomalie o irregolarità al momento della sua esecuzione. Precisa, altresì, che l'operazione è stata eseguita con sistema dinamico di autorizzazione con utilizzazione dell'OTP. In particolare, la *password* dinamica sarebbe stata inviata tramite *sms* al numero di cellulare del cliente. L'intermediario aggiunge di avere messo a disposizione dei clienti un sistema di *sms alert*, attivabile gratuitamente, che offre la possibilità di mantenere sotto controllo i movimenti relativi alla carta. Osserva, infine, che *"i clienti sono gravati dall'obbligo di diligente custodia dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, quali tessere con microchip e password, nonché di osservanza delle"*

disposizioni contrattuali pattuite con l'intermediario". Chiede pertanto il rigetto del ricorso ovvero, in subordine, la decurtazione della prevista franchigia. In sede di repliche, il ricorrente ribadisce il disconoscimento dell'operazione in oggetto, affermando, inoltre, che le verifiche effettuate dall'intermediario e le schermate prodotte non provano la regolarità dell'operazione e la sua diretta riferibilità al ricorrente. In particolare, la "spunta verde" evidenziata dall'intermediario attesterebbe esclusivamente che il sistema non ha rilevato anomalie o irregolarità. Precisa, infine, di non avere mai ricevuto codici o *password* mediante *sms* e di non avere mai proceduto ad autenticazione. L'intermediario, in sede di controrepliche, ribadisce quanto già evidenziato nelle controdeduzioni.

Con Ordinanza n. 20490 del 03/09/2019, il Collegio di Bari ha rimesso il ricorso all'esame di questo Collegio di coordinamento segnalando la particolare importanza di alcune questioni interpretative riguardanti l'onere della prova del dolo o della colpa grave dell'utente, poste a carico del prestatore di servizi di pagamento (PSP) a norma dell'art. 10, comma 2, come modificato dal decreto legislativo n.218/2017.

DIRITTO

1. Nell'Ordinanza di remissione a questo Collegio di coordinamento, il Collegio di Bari richiama la disciplina che regola la materia dei servizi di pagamento evidenziando come nelle relative disposizioni il rischio di utilizzazione fraudolenta degli strumenti di pagamento viene posto, in prima battuta, a carico dell'intermediario. Richiama, in particolare, il disposto dell'art. 10 del decreto legislativo n.11/2010 che statuisce: *"qualora l'utilizzatore 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"*. Fa presente altresì che nel secondo comma del medesimo art. 10 è precisato che *"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."* (i.e., obblighi di custodia e di corretta utilizzazione dello strumento di pagamento); e che nello stesso comma è altresì precisato che *"è onere del prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente"*.

2. Nella medesima Ordinanza si sottolinea, in via generale, come il Collegio di coordinamento, in più occasioni, abbia precisato che la disciplina in esame istituisce *"un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale favor probatorio a beneficio degli utilizzatori, i quali sono, dunque, tenuti al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento contestate, mentre è onere del prestatore dei servizi di pagamento provare che l'operazione disconosciuta è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che la sua patologia non sia dovuta a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema [...] Neanche l'apparentemente corretta autenticazione dell'operazione è necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la abbia disconosciuta, cosicché la responsabilità dell'utilizzatore resta circoscritta ai casi di comportamento fraudolento del medesimo ovvero al suo doloso o gravemente colposo inadempimento degli obblighi previsti dall'art. 7 del decreto sopra menzionato. Laddove una simile responsabilità non possa essere dimostrata dall'intermediario prestatore del servizio, pertanto, l'utilizzatore non sarà tenuto*



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

a sopportare le conseguenze dell'uso fraudolento, o comunque non autorizzato, dello strumento di pagamento (se non nei limiti, eventualmente stabiliti dall'intermediario, di una franchigia non superiore a 150 euro). La ratio di tale scelta legislativa è fin troppo notoriamente quella [...] di allocare sul fornitore dei servizi di pagamento il rischio d'impresa, essendo quest'ultimo in grado di parcellizzare, distribuendolo sulla moltitudine dei clienti, il rischio dell'impiego fraudolento di carte di credito o di strumenti di pagamento" (Coll. Coord., decisione n. 3947 del 24.6.2014. In senso conforme: Coll. Coord. decisione n. 3498/2012; Coll. Coord., decisione n. 991 del 21.2.2014. Sul "rischio d'impresa" vedasi l'ampia trattazione nella dec. n. 665/2010 del Coll. Roma).

Nella medesima Ordinanza si fa presente, altresì, che l'orientamento di questo Arbitro ha trovato riscontro nella sentenza della Corte di Cassazione, 3.2.3017, n. 2950, la quale ha statuito che la disciplina speciale, in tema di strumenti di pagamento, ha esplicitato un principio generale, in tema di onere probatorio a carico del debitore professionale, nelle azioni di risoluzione contrattuale, risarcimento del danno o adempimento, *"in quanto si è ritenuto che non può essere omessa la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio [...]; infatti la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere"* (Cass., n. 2950/17, sulla scia di Cass., 12.6.2007, n. 13777. In senso conforme, cfr., da ultimo, Cass., 12.4.2018, n. 9158).

3. Fatte queste premesse, il Collegio di Bari rileva che nella denuncia, presentata alle autorità competenti il 21/03/2019, la ricorrente ha affermato di aver constatato il compimento di un'operazione non autorizzata, precisando di non aver ceduto la carta a terzi, di non aver mai subito furto o smarrimento del PIN e di non aver mai rivelato il PIN ad alcuno. D'altra parte, l'intermediario, nelle controdeduzioni, afferma la regolarità formale e la corretta esecuzione delle operazioni contestate. A supporto di quanto affermato, ha allegato i log dell'operazione contestata, al fine di dimostrarne *"la legittima esecuzione e sostanziale regolarità"*, specificando che l'apposizione della "spunta verde" indica che al momento d'esecuzione i sistemi informativi non hanno rilevato alcuna anomalia o irregolarità, mentre il simbolo presente nella colonna "Input mode" *"certifica che tali transazioni sono state tutte eseguite con sistema dinamico di autenticazione"*. L'intermediario riporta altresì il dettaglio dell'operazione, da cui risulterebbe documentata l'avvenuta digitazione manuale del Pan della carta. Il numero di cellulare indicato, seppure non chiaramente leggibile, sembrerebbe corrispondere a quello che risulta sia dalla denuncia sia dal modulo ABF. L'intermediario resistente ha, inoltre, versato in atti la tracciatura dell'SMS, contenente l'OTP trasmesso al ricorrente. La data e l'orario di creazione del codice autorizzativo coincidono con quelli dell'operazione disconosciuta. Peraltro, nelle repliche, la ricorrente sostiene, invece, di non aver ricevuto alcun codice e/o sms con password dinamica sul proprio numero di cellulare.

In proposito, nell'Ordinanza si osserva che, alla luce delle richiamate disposizioni normative, la prova della regolarità formale di un'operazione contestata non è sufficiente ad attribuirne le conseguenze patrimoniali in capo al titolare dello strumento di pagamento, dovendo l'intermediario provare anche i fatti idonei a integrare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore. Inoltre, si sottolinea come questo aspetto risulti enfatizzato a seguito della novella del 2017 (d.lgs. n. 218/2017), che ha introdotto nell'art. 10, co. 2, la disposizione sopra riportata in tema di onere della prova del dolo o della colpa grave dell'utente. Si osserva al riguardo che la prova in questione, evidentemente, non può coincidere con quella della mera regolarità formale delle operazioni, pena un'interpretazione abrogante della disposizione. Nel caso di specie, secondo il Collegio territoriale, a ben vedere l'intermediario non ha allegato, specificamente, la sussistenza del dolo o della colpa grave



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

del ricorrente, essendosi limitato a osservare, in termini piuttosto generici, che *“i clienti sono gravati dall’obbligo di diligente custodia dei dispositivi personalizzati che consentono l’utilizzo dello strumento di pagamento, quali tessere con microchip e password, nonché di osservanza delle disposizioni contrattuali pattuite con l’intermediario”*.

A quest’ultimo riguardo, ritiene opportuno richiamare l’orientamento del Collegio di coordinamento, in merito all’applicabilità, nel procedimento ABF, dei principi e delle regole del diritto processuale civile. In particolare, nella decisione n. 7716/2017, il Collegio ha precisato che, in virtù del principio dispositivo, di cui all’art. 112 c.p.c., *“l’Arbitro bancario non possa andare alla ricerca della verità, ma debba decidere sulla base dei fatti allegati dalle parti e delle prove fornite per supportarli: quindi nei limiti del tema della decisione e del tema della prova come parametrabile sulla scorta delle rispettive deduzioni (non a caso il Codice deontologico per i componenti dell’Organo decidente stabilisce all’art.11, comma 3, che “i componenti del collegio esaminano adeguatamente i fatti e gli argomenti prodotti dalle parti”). In tal senso si è già espresso il Collegio di coordinamento con la decisione n.10929 del 15 dicembre 2016, nella quale sono stati tra l’altro precisati i limiti cognitivi dell’ABF (‘definiti dalla domanda formulata dalla parte ricorrente e dalle argomentazioni di segno contrario, addotte dalla parte resistente, senza che l’arbitro possa esaminare situazioni fattuali diverse da quelle rappresentate dalle parti interessate”*.

Per quanto riguarda, specificamente, gli oneri di allegazione a carico delle parti, ricorda come il Collegio di coordinamento abbia, inoltre, chiarito che, in applicazione del principio della domanda e del rispetto del contraddittorio, *“il ricorrente è tenuto a formulare una domanda che sia articolata nel petitum (il provvedimento o il bene della vita richiesto) e nella causa petendi (la situazione giuridica giustificatrice della domanda) e a produrre la documentazione dimostrativa. Reciprocamente, il resistente ha l’onere processuale di addurre le argomentazioni (fattuali e giuridiche) idonee a contrastare la domanda e di produrre la documentazione ritenuta idonea allo scopo [...]. Il giudicante (l’arbitro come il giudice) ha il potere – dovere di stabilire la corretta qualificazione giuridica delle questioni portate alla sua cognizione, ma non quello di prendere in esame situazioni di fatto diverse da quelle rappresentate dalle parti. Ne consegue, in applicazione dei principi sopra enunciati, che, al di fuori delle ipotesi della rilevanza d’ufficio normativamente prevista, all’arbitro non è consentito esaminare questioni su cui non abbia sollecitato il contraddittorio delle parti”* (Coll. Coord. dec. 10929/2016).

4. In conclusione, nell’Ordinanza si propongono alcuni quesiti interpretativi, osservando che, in questo contesto, si tratta di stabilire se il Collegio:

- (i) possa esaminare e valutare i profili attinenti al dolo o alla colpa grave del cliente, anche in assenza di una specifica allegazione dell’intermediario, sulla base delle circostanze risultanti dalla documentazione in atti ovvero dalle dichiarazioni rese dalle parti;
- (ii) possa desumere la sussistenza del dolo o della colpa grave del cliente dalla prova, che l’intermediario abbia fornito, della “regolarità formale” dell’operazione, nel senso che questa *“è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e [...] non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti”*;
- (iii) valutato il mancato assolvimento dell’onere probatorio posto a carico dell’intermediario, ai sensi dell’art. 10, comma 2, d. lgs. n. 11/2010, debba accogliere il ricorso.

Rileva altresì che la questione illustrata *sub* (ii) assume particolare rilevanza allorché, come nel caso di specie, il ricorrente non abbia allegato circostanze di fatto relative alla propria condotta, ma si sia limitato a negare di avere ricevuto il codice OTP, benché dalla

documentazione versata in atti dall'intermediario risulti l'invio del predetto codice all'utenza telefonica del ricorrente (non anche la sua ricezione).

5. Esaminate le considerazioni svolte dal Collegio territoriale, si osserva come ancor prima della novella del 2017, nella giurisprudenza dell'Arbitro sia stato costante l'orientamento interpretativo secondo cui la prova (del dolo o) della colpa grave dell'utilizzatore deve ritenersi posta a carico dell'intermediario (v. ad es. Coll Coord. n. 3947/2014: *"L'onere di provare che l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave incombe, peraltro, sull'intermediario ai sensi dell'art. 10 del su richiamato decreto"*). Tuttavia, dal complesso delle copiose decisioni intervenute sul tema sembra ravvisarsi, in realtà, la tendenza dei Collegi a procedere in via autonoma all'accertamento della colpa grave del ricorrente, desumendone la sussistenza, in via presuntiva, dagli elementi conoscitivi acquisiti agli atti e in particolare dalle informazioni documentate fornite dal prestatore di servizi di pagamento al fine di provare l'"autenticazione" e la regolarità delle operazioni contestate, ai sensi dell'art. 10, comma 1 del decreto. Il che appare non coerente con quanto già in origine previsto nella citata norma, al comma 2, in cui viene precisato che *"l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente 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"*. Si tratta di un principio centrale della citata norma, significativamente ribadito dalla Relazione illustrativa che accompagna lo "schema" del decreto legislativo n. 218/2017, in cui si legge: *"Inoltre, lo schema di decreto modifica ulteriormente la disposizione contenuta nell'art. 10, prevedendo che il PSP, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, forniscano gli elementi di prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente, poiché l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal PSP non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utente medesimo"*.

6. Si può ulteriormente osservare che la previsione normativa diretta a porre in modo esplicito l'onere della prova a carico del PSP è contenuta in un complesso di norme (quelle del decreto legislativo n. 218/2017) volte ad introdurre nella legge che regola la materia dei servizi di pagamento disposizioni rafforzative del *"regime di speciale protezione e di altrettanto speciale favor probatorio a beneficio degli utilizzatori"*, cui si fa riferimento nell'Ordinanza con richiamo a varie pronunce del Collegio di coordinamento. E in effetti la nuova disposizione sull'onere probatorio di cui al comma 2 dell'art.10 va a potenziare la tutela dell'utente il quale, nell'utilizzo degli strumenti di pagamento, può restare vittima di attività fraudolente che, allo stato delle conoscenze tecnologiche, possono prevalere sui presidi di sicurezza approntati dal PSP, senza che al comportamento dell'utilizzatore possa riconoscersi alcuna efficienza causale (o quanto meno non determinante) nella produzione del fatto illecito. Va in proposito sottolineato come lo sviluppo tecnologico abbia reso sempre più sofisticate e aggressive le attività fraudolente volte a interferire con il corretto utilizzo degli strumenti di pagamento. In particolare, appare significativa la segnalazione da parte degli stessi organismi gestori dei servizi di pagamento di possibili intrusioni truffaldine tramite *"Messaggi SMS "spoofed"*, attraverso i quali gli aggressori utilizzano dei software per modificare l'ID del mittente del messaggio in modo che appaia con il nome del PSP. In sostanza, il messaggio truffaldino verrebbe visualizzato negli *smartphone* insieme a precedenti messaggi legittimi provenienti effettivamente dal PSP, aumentando la probabilità che il messaggio stesso venga considerato genuino (segnalazione tratta da *"2018 Payment Threats and Fraud*



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Trends Report”, pubblicato in data 1/12/2018 dall’European Payments Council (EPC)). Inoltre, va rilevato che, nella casistica dei ricorsi esaminati dall’Arbitro, si rinvencono svariate ipotesi di intrusioni sofisticate, come, ad esempio, modifiche della linea telefonica associata agli strumenti di pagamento o installazione di *App* dell’intermediario su un *device* diverso da quello del ricorrente, escludendo in tal modo il cliente dalla fase conclusiva di autorizzazione dell’operazione fraudolenta (ad es., cfr. le decisioni Coll. Bari nn. 7225/19, 14530/18, 14190/17, Coll. Roma n. 10125/18, Coll. Bologna n. 4564/18).

7. Ciò posto, occorre rilevare che, di regola, gli intermediari chiamati in giudizio producono file di “log informatici”, tratti dai loro sistemi di “data base” centralizzati, finalizzati alla prova di autenticazione e di formale regolarità dell’operazione. I PSP dispongono altresì di “applicativi antifrode” in grado di percepire eventuali deviazioni dai parametri normali nelle operazioni, con particolare riguardo a informazioni riguardanti caratteristiche del “device utente”, tipo di browser, sistema operativo, indirizzo IP, caratteristiche merchant (e altro), che tuttavia solo raramente compaiono nei “log” forniti nelle controdeduzioni. Pertanto, l’utente può disconoscere un’operazione anche quando il processo di pagamento si sia svolto in modo formalmente regolare. E in effetti, ad esempio, la corretta validazione delle “credenziali utente” non accerta se queste siano state apposte da un hacker o effettivamente dal cliente. Il che consente di concludere, in conformità all’attuale disposto dell’art. 10 del d. lgs. n.11/2010, che la semplice produzione in giudizio del “log informatico” relativo all’operazione contestata non è sufficiente perché possa considerarsi assolto l’onere probatorio posto a carico dell’intermediario ai sensi del comma 2 della norma, richiedendosi che il PSP alleggi specifiche deduzioni su fatti e circostanze riguardanti la fase esecutiva dell’operazione stessa in modo da consentire al Collegio di accertare l’eventuale responsabilità dell’utente nel compimento dell’operazione contestata. Utili informazioni integrative potrebbero, ad esempio, riguardare l’assenza di tentativi falliti di digitazione del PIN, la ricezione della password dinamica tramite cellulare o altro dispositivo del cliente, in assenza di deviazioni o intrusioni nel *device*, l’accertata assenza di *malware*, ecc.. Giova in proposito ricordare come, secondo il Collegio di coordinamento, occorra la prova “*non semplicemente di una condotta che sia contraria ai presidi minimi di attenzione normalmente richiesti ai consociati, laddove utilizzino strumenti di pagamento, bensì di un comportamento abnorme e, in quanto tale, non scusabile*”; e inoltre che è ammissibile una prova in via presuntiva “*laddove sussista una serie di elementi di fatto particolarmente univoca e convergente, al punto che possa ragionevolmente ritenersi che l’utilizzo fraudolento sia effettivamente riconducibile sul piano causale alla condotta dell’utilizzatore*” (Coll. Coord., dec. n. 6168/2013).

8. Passando all’esame dei quesiti formulati dal Collegio territoriale, si osserva che l’onere probatorio previsto nei commi 1 e 2 dell’art.10 del decreto deve necessariamente essere assolto dal PSP con riguardo ad ambedue i profili (autenticazione ed esecuzione delle operazioni di pagamento, nonché colpa grave dell’utilizzatore), da ritenersi necessari e complementari. Pertanto, in base alle considerazioni sopra illustrate, il Collegio giudicante non potrebbe desumere la sussistenza della frode, del dolo o della colpa grave dell’utente soltanto dalla prova della “regolarità formale” dell’operazione. Ne consegue che, nel caso in cui l’intermediario si limiti a produrre semplicemente il “log informatico” relativo all’operazione contestata, senza altra allegazione diretta a comprovare, in via presuntiva, l’apporto causale del ricorrente nel compimento dell’operazione stessa, senza condizionamenti, interferenze, deviazioni, hacker o altre anomalie risultanti dai sistemi antifrode o comunque dai dati conoscitivi in suo possesso, il Collegio dovrà ritenere non assolto l’onere probatorio ai sensi dell’art. 10, comma 2 del decreto e conseguentemente accogliere il ricorso. Il che appare coerente con i principi del processo civile sull’onere della prova, affermati dal Collegio di coordinamento ed espressamente richiamati



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

nell'Ordinanza del Collegio di Bari (cfr. Coll. Coord. decisioni n. 10929/2016 e n. 7716/2017). Può segnalarsi, in proposito, una recente pronuncia della S.C. secondo cui : *"in relazione all'opzione difensiva del convenuto consistente nel contrapporre alla pretesa attorea fatti ai quali la legge attribuisce autonoma idoneità modificativa, impeditiva o estintiva degli effetti del rapporto sul quale la predetta pretesa si fonda, occorre distinguere il potere di allegazione da quello di rilevazione; infatti, mentre il primo compete esclusivamente alla parte e va esercitato nei tempi e nei modi previsti dal rito in concreto applicabile (pertanto, soggiacendo alle relative preclusioni e decadenze), il secondo spetta alla parte (ed è soggetto, perciò, alle preclusioni stabilite per le attività di parte) solo qualora la manifestazione della sua volontà sia strutturalmente prevista quale elemento integrativo della fattispecie difensiva (come nell'ipotesi di eccezioni corrispondenti alla titolarità di un'azione costitutiva), ovvero quando singole disposizioni espressamente indichino come indispensabile l'iniziativa di parte"* (Cass. civ. [ord.], sez. II, 29-10-2018, n. 27405). Pertanto, nella fattispecie oggetto di rimessione a questo Collegio, dovrebbe escludersi la rilevabilità d'ufficio della colpa grave sulla base del materiale probatorio legittimamente acquisito, stante la previsione normativa che indica come necessaria l'iniziativa di parte. Può tuttavia ritenersi che, nel caso in cui l'intermediario si sia costituito nel procedimento, fornendo prova dell'autenticazione e della regolarità formale dell'operazione, ma nulla abbia dedotto in merito alla colpa grave dell'utente, il Collegio possa comunque affermarne l'accertamento se palesemente emergente dalle dichiarazioni rese dal ricorrente in sede di denuncia all'autorità giudiziaria e/o nel ricorso.

9. In base alle considerazioni sopra svolte, si può enunciare il seguente principio interpretativo:

- 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 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.

10. Precisati gli aspetti interpretativi proposti a questo Collegio di coordinamento, si può procedere alla valutazione del merito del ricorso cui la questione interpretativa si riferisce. Al riguardo, appare condivisibile la ricostruzione presentata nell'Ordinanza del Collegio territoriale di fatti e circostanze ricavabili dalle risultanze processuali. In sostanza, il ricorrente si limita a negare di aver autorizzato l'operazione di cui trattasi, contestando che la documentazione prodotta dall'intermediario valga ad attestare la regolarità dell'operazione stessa e la sua diretta riferibilità al ricorrente stesso. In particolare, sostiene che la "spunta verde" evidenziata dall'intermediario attesterebbe esclusivamente che il sistema non ha rilevato anomalie o irregolarità. Precisa, infine, di non avere mai ricevuto codici o *password* mediante *sms* e di non avere mai proceduto ad alcuna autenticazione. D'altra parte, l'intermediario ha prodotto il "log" informatico dell'operazione, versando in atti la tracciatura dell'SMS contenente l'OTP trasmesso al ricorrente. La data e l'orario di creazione del codice autorizzativo coincidono con quelli dell'operazione sconosciuta. Pertanto, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale dell'ABF e allo stato delle conoscenze dei Collegi, può ritenersi concretata la prova dell'autenticazione e della regolarità formale dell'operazione ai sensi dell'art. 10, comma 1, del decreto. Resta tuttavia da accertare se l'intermediario, nella sua qualità di PSP, abbia altresì provato la sussistenza del dolo o della colpa grave dell'utente. Sotto questo profilo,



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

dalla documentazione acquisita agli atti non risulta che l'intermediario abbia prodotto specifiche allegazioni volte a provare, in via presuntiva, la colpa grave del ricorrente. Infatti, l'intermediario si è limitato a osservare, in termini generici, che *"i clienti sono gravati dall'obbligo di diligente custodia dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento, quali tessere con microchip e password, nonché di osservanza delle disposizioni contrattuali pattuite con l'intermediario"*, ma nulla ha rilevato con specifico riguardo all'efficienza causale del comportamento del ricorrente nella produzione dell'evento dannoso. Pertanto, accertato il mancato assolvimento da parte dell'intermediario convenuto dell'onere probatorio cui è tenuto ai sensi dell'art. 10, comma 2, giusta le considerazioni e i principi su illustrati, questo Collegio di coordinamento ritiene che il ricorso debba essere accolto. Si osserva, infine, che non può essere accolta la richiesta, formulata dall'intermediario in via subordinata, di applicazione della c.d. "franchigia", in quanto la stessa è prevista in ipotesi di *"utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita."* (art. 12, co. 3 d.lgs. n.11/2010).

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio, in accoglimento del ricorso, dispone che l'intermediario provveda a corrispondere al ricorrente l'importo di euro 1.020,00.

IL PRESIDENTE

firma 1