

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE ORDINARIO DI BERGAMO
III SEZIONE CIVILE**

Il Tribunale, nella persona del Giudice dott.ssa Chiara Mazzoni, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I grado iscritta al n. r.g. xxxx, promossa da:
B(omissis) S.R.L. (c.f.), con gli avv.ti (omissis) e (omissis)

- attrice -

nei confronti di:

BANCA (c.f. omissis), con gli avv.ti (omissis) e (omissis)

- convenuta -

con la chiamata di:

N(omissis) P(omissis) S.P.A. (c.f), con l'avv. (omissis)

- terza chiamata -

con l'intervento di:

N(omissis) S.P.A. (c.f.), con l'avv. (omissis)

- interveniente volontaria -

e

BANCA 1 (c.f. omissis), con gli avv.ti (omissis)

(omissis)

- interveniente ex art. 111 c.p.c. -

Conclusioni di B(omissis)s.r.l.: come da note scritte depositate telematicamente in data 10/3/2023

Conclusioni di **BANCA**: come da note scritte depositate telematicamente in data 15/3/2023

Conclusioni di N(omissis) P(omissis) s.p.a.: come da note scritte depositate telematicamente in data 15/3/2023

Conclusioni di N(omissis) s.p.a.: come da note scritte depositate telematicamente in data 15/3/2023

Conclusioni di **BANCA 1s.p.a.**: come da note scritte depositate telematicamente in data 15/3/2023

CONCISA ESPOSIZIONE DELLE RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

Per quanto riguarda il completo svolgimento del processo, ai sensi del vigente art. 132 c.p.c., si fa rinvio agli atti delle parti e al verbale di causa.

Con atto di citazione ritualmente notificato, B(omissis) s.r.l. ha convenuto in giudizio **BANCA** per sentirla condannare al pagamento di € 20.000,00 a titolo di rimborso per l'esecuzione di un'operazione di pagamento non autorizzata con addebito su un conto corrente della stessa attrice, invocando la responsabilità della convenuta sia ai sensi del d.lgs. n. 11/2010, sia dell'art. 1176 c.c..

In particolare, l'attrice ha dedotto:

-di aver concluso nel 2016 con **BANCA** un contratto per la fruizione del servizio di internet banking per la gestione da remoto delle operazioni bancarie denominato "qui Ubi imprese" (doc. 1, att.);

- che lunedì 13/5/2019, alle ore 13.53, la responsabile finanziaria/amministrativa dell'attrice, (omissis), ha disposto tramite **BANCA** un giroconto di € 20.000,00 da un conto di B(omissis) s.r.l. acceso presso (omissis) s.p.a. a un altro conto della stessa B(omissis) s.r.l. presso (omissis) s.p.a. (doc. 2, att.);

-che mercoledì 15/5/2019 alle ore 12.26 la stessa (omissis), eseguendo la stampa della distinta dell'operazione, ha notato che il beneficiario del pagamento, diversamente da quanto indicato nel relativo ordine, è stato tale (omissis), soggetto sconosciuto all'attrice, titolare di un conto presso la filiale (omissis) (doc. 3, att.);

-che l'attrice ha avuto conferma dell'operazione da (omissis) s.p.a. (doc. 4, att.) e ha avvertito sia **BANCA** sia (omissis) s.p.a. (doc. 5, att.), previa denuncia/querela (doc. 6, att.);

-che in data 16/5/2019 il computer utilizzato per l'operazione bancaria è stato consegnato a (omissis) s.r.l. per la verifica di eventuali infezioni, ma le scansioni non hanno portato "a nessun risultato evidente" (v. relazione tecnica sub doc. 7, att.);

-che in data 26/7/2019 l'ufficio reclami di **BANCA** ha escluso malfunzionamenti del servizio di internet banking e che la stessa **BANCA** ha negato il rimborso richiesto dall'attrice;

-che il procedimento di mediazione promosso nei confronti della convenuta è rimasto senza esito. Si è costituita tempestivamente BANCA, contestando in fatto e in diritto la pretesa avversaria, eccependo l'incompetenza del Tribunale adito e chiedendo di essere autorizzata alla chiamata in causa di N(omissis) s.p.a.

In particolare, la convenuta ha precisato:

- che in data 29/8/2017 l'attrice ha sottoscritto il contratto denominato "Digital Banking Imprese" (doc. 2, conv.) avente a oggetto alcuni servizi bancari prestati dalla stessa BANCA e alcuni servizi tecnici prestati da N(omissis) s.p.a. (già "I(omissis) s.p.a.", indicato nel contratto come "ICBPI");
- che le doglianze attoree riguardano i servizi prestati da N(omissis) s.p.a. e non da BANCA;
- che (omissis) s.r.l. ha rilevato anomalie presenti sul computer dell'attrice al momento dell'inserimento dell'ordine di pagamento, in particolare individuate nell'esecuzione di "script vbs";
- che l'attrice non ha consentito alla convenuta alcuna verifica tecnica sul computer e che lo stesso è stato formattato;
- che (omissis) non è autorizzata a operare tramite il sistema di internet banking di BANCA, in quanto il soggetto autorizzato e registrato nel sistema informatico è (omissis) (v. contratto sub doc. 2, p. 33) a cui è associato il codice cliente (postazione) CBI Digital Banking Imprese "W(omissis)";
- che dall'analisi tecnica interna (docc. 3 e 4, conv.) non è emersa alcuna anomalia nella procedura di inserimento dell'ordine e che il caso in esame costituisce, verosimilmente, un caso di truffa "man in the browser", in quanto vi è stata intromissione nella linea internet dell'attrice con una modifica dell'IBAN anteriore all'inoltro della disposizione di pagamento;
- che l'attrice si è avveduta della truffa con un colpevole ritardo, in quanto l'esecuzione dell'operazione – da cui emergeva il dirottamento del pagamento – è stata tempestivamente comunicata all'attrice mediante avviso e-mail automatico agli indirizzi (omissis) e (omissis) (doc. 5, conv.);
- che, se l'attrice non avesse ignorato tali comunicazioni, sarebbe stato possibile bloccare l'operazione di pagamento;
- che l'attrice avrebbe dovuto insospettirsi alla richiesta proveniente dal sistema di "inserimento di nuovo beneficiario" in quanto l'oggetto dell'operazione era un semplice giroconto a un conto già noto al sistema; quindi, l'attrice non avrebbe dovuto eseguire alcun inserimento di nuovo beneficiario;
- che nella Parte II, all'art. 15.2 il contratto tra le parti prevede che "Per eventuali controversie che dovessero attenerne a problematiche tecniche connesse all'erogazione di servizi da parte di I(omissis), sarà competente in via di esclusiva il Foro di Milano".

Autorizzata la chiamata di N(omissis) s.p.a., con conseguente differimento della prima udienza, BANCA ha notificato il proprio atto di citazione di terzo a N(omissis) P(omissis) s.p.a.

Si sono costituite con unico atto sia N(omissis) s.p.a. sia N(omissis) P(omissis) s.p.a. svolgendo difese adesive a quelle della convenuta, eccependo l'incompetenza per territorio del Tribunale adito e precisando che la società I(omissis) s.p.a. ha mutato denominazione in N(omissis) P(omissis) s.p.a., mentre N(omissis) s.p.a. è società diversa ed estranea alle vicende di causa. Pertanto, N(omissis) s.p.a. ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva.

In data 21/4/2021, con atto di intervento ex art. 111 c.p.c. si è costituita BANCA 1s.p.a., dando atto di essere cessionaria del ramo di azienda di BANCA comprensivo del rapporto contrattuale con l'attrice, facendo proprie le difese dell'originaria convenuta e chiedendone l'estromissione.

In assenza del consenso delle parti all'estromissione di BANCA, il procedimento è proseguito anche tra le parti originarie.

Le parti hanno precisato le rispettive conclusioni mediante il deposito di note scritte per l'udienza del 23/3/2023, tenutasi con le modalità di cui all'art. 127-ter c.p.c., e la causa è stata trattenuta in decisione, con assegnazione alle parti dei termini di cui all'art. 190 c.p.c. per il deposito degli scritti conclusionali.

*** **

1. L'esame dell'eccezione preliminare di incompetenza svolta dalla convenuta, dalla terza chiamata e dalle intervenienti presuppone l'individuazione del rapporto contrattuale rilevante. L'attrice ha citato BANCA invocando l'inadempimento di un contratto per la prestazione di servizi di pagamento datato 20/4/2016 (doc. 1, att.), mentre la convenuta, nonché le intervenienti e la terza chiamata hanno fatto riferimento esclusivamente a un successivo contratto datato 29/8/2017 (doc. 2, conv.).

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Anche l'attrice ha aderito alla tesi avversaria (v. anche pag. 10 della comparsa conclusionale attorea), fin dalle note scritte ai sensi all'art. 221, comma 4 del D.L. n. 34/2020, conv. L. n. 77/2020, depositate in data 18/3/2021 per la prima udienza. In tali note, infatti, l'attrice ha preso posizione esclusivamente sull'interpretazione della clausola n. 15.2 del contratto del 29/8/2017 (doc. 2, conv.) invocata dalla controparte, senza metterne in discussione l'applicabilità alla fattispecie per cui è causa.

A tale stregua, nella trattazione della controversia deve farsi riferimento al solo contratto del 29/8/2017, denominato "Digital Banking Imprese" (v. doc. 2, conv., di seguito, semplicemente, il "Contratto").

2. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di incompetenza per territorio a favore del Tribunale di Milano sollevata dalla convenuta, dalla terza chiamata e dalle parti intervenienti.

L'art. 15.2 della Parte II del Contratto dispone: "Per qualunque controversia relativa ai servizi erogati dalla Banca che dovesse sorgere in dipendenza del presente contratto è competente in via esclusiva il Foro del luogo in cui la Banca ha la propria sede legale [...]. Per eventuali controversie che dovessero attenersi a problematiche tecniche connesse all'erogazione dei servizi da parte di I(omissis) sarà competente in via esclusiva il Foro di Milano" (Contratto, p. 8). Deve ricordarsi che la decisione sulla competenza va fondata sulla prospettazione dell'attore e, più in generale "sulla base delle risultanze emergenti dagli atti introduttivi e dalle produzioni documentali effettuate con essi, o in replica o controreplica alla prima udienza di cui all'art. 183 c.p.c." (v. Cass. n. 20553/2019).

Nel caso di specie, nell'atto di citazione attoreo è chiaramente prospettato un inadempimento di BANCA in qualità di prestatore di servizi di pagamento, senza che vi sia alcuna menzione di I(omissis) s.p.a. né, tantomeno, di malfunzionamenti dei servizi erogati da quest'ultimo. Vale a dire che le "problematiche tecniche connesse all'erogazione dei servizi da parte di ICBPI" non hanno trovato posto nella prospettazione attorea e sono irrilevanti ai fini della determinazione della competenza del Tribunale adito. Sicché, a mente dell'art. 15.2 della Parte II del Contratto, il Tribunale di Bergamo è competente, in quanto – in assenza di contestazioni sul punto – foro della sede legale di BANCA. Ai sensi dell'art. 32 c.p.c., la competenza del Tribunale adito sussiste anche con riferimento alla chiamata di N(omissis) P(omissis) s.p.a. effettuata da BANCA, essendo irrilevante a tale fine la qualificazione della garanzia invocata come propria o impropria (cfr.: Cass. S.U. n. 24707/2015).

In ragione di quanto precede, l'esaminata eccezione di incompetenza deve essere disattesa.

3. Sempre in via preliminare, deve essere esaminata l'ammissibilità dell'intervento di N(omissis) s.p.a..

Come evidenziato nella sintetica ricostruzione del procedimento sopra svolta, BANCA ha chiesto l'autorizzazione alla chiamata di N(omissis) s.p.a. quale nuova denominazione della società I(omissis) s.p.a. (v. comparsa di costituzione di BANCA, pp. 2-3). Tuttavia, l'atto di chiamata di terzo è stato notificato all'indirizzo PEC (omissis) appartenente alla società N(omissis) P(omissis) s.p.a. (v. deposito telematico della convenuta del 6/4/2021), indicando il codice fiscale di N(omissis) P(omissis) s.p.a., in quanto proprio "N(omissis) P(omissis) s.p.a." è la nuova denominazione dell'I(omissis) s.p.a., come riconosciuto da N(omissis) s.p.a. e N(omissis) P(omissis) s.p.a. nella propria comparsa di costituzione (v. "N(omissis) P(omissis) Spa, già I(omissis)", p. 3).

Pertanto, come già osservato nell'ordinanza del 21/9/2021 (a cui si rimanda), l'atto di citazione di terzo è stato inequivocabilmente rivolto a N(omissis) P(omissis) s.p.a..

L'intervento di N(omissis) s.p.a., il cui nome è stato indicato dalla chiamante per mero errore materiale, non è sostenuto da alcun interesse rilevante ai sensi dell'art. 105, II comma c.p.c.. La stessa N(omissis) s.p.a., del resto, è intervenuta per eccepire il proprio difetto di legittimazione passiva.

Per tale ragione, deve essere dichiarata l'inammissibilità dell'intervento di N(omissis) s.p.a..

4. Ciò posto, è ora possibile transitare all'esame nel merito delle doglianze attoree, il che implica una sintetica ricostruzione dei rapporti tra le parti e delle rispettive obbligazioni.

Il Contratto, concluso tra BANCA, I(omissis) s.p.a. (successivamente N(omissis) P(omissis) s.p.a.) e la società attrice, ha per oggetto la prestazione di servizi di pagamento di cui, in particolare, rilevano nel caso di specie:

- il "SERVIZIO BASE", che a mente del Contratto comprende "a1: servizio bancario di Corporate Banking Interbancario (di seguito "Servizio CBI"), fornito dalla Banca [...]; a2 servizio tecnico fornito da ICBPI necessario per l'accesso e la fruizione del servizio CBI, in modalità monobanca [...] e l'accesso alle funzioni fornite dalla Banca in modalità on line, tramite Web Service (per esempio saldo e movimenti in tempo reale, situazione assegni, bonifico online, ecc.) [...]" (v. Contratto, p. 2);

- la “OPZIONE MULTIBANCA”, ossia la “opzione facoltativa che comprende il servizio tecnico, fornito da ICBPI, di accesso alle Funzioni multibanca del Servizio CBI, gestendo il Colloquio per operare sui rapporti detenuti dal Cliente presso le Banche Passive” (v. Contratto, p. 2), attivata dall’attrice (v. allegato al Contratto, sub doc. 2, conv., diciannovesima facciata).

In particolare, quanto al Servizio CBI, il Contratto precisa: “1.1 Il Servizio CBI consente al Cliente di utilizzare il Colloquio per operare con le Consorziato presso cui intrattiene almeno un Rapporto e la relativa clientela al fine di impartire istruzioni relative a disposizioni di incasso o di pagamento e di ricevere informazioni con le modalità definite nel Manuale. 1.2 Il Cliente al fine di usufruire del Servizio CBI deve stabilire un Collegamento con la Banca in qualità di Banca Proponente per tramite di ICBPI, per scambiare con le Banche Passive nonché con i clienti di tutte le Consorziato i Flussi che consentono di impartire le istruzioni e ricevere le informazioni di cui al comma precedente” (Contratto, Parte III, Sez. I, art. 1, pp. 8-9).

Tuttavia, l’operatività a valere su conti correnti intrattenuti presso banche diverse da BANCA necessita dell’attivazione dell’ulteriore servizio “Multibanca” (“v. Contratto, Parte III, Sez. I, art. 2., p. 9), infatti: “Con l’Opzione Multibanca il Cliente ha accesso, con le modalità indicate nel Manuale alle Funzioni che consentono lo scambio dei Flussi con le Banche Passive tramite il Servizio CBI” (Contratto, Parte IV, art. 1.1, p. 14).

La “Banca Proponente” è “la Banca che in quanto aderente al Consorzio CBI, ne garantisce la corretta erogazione, realizza e gestisce il Collegamento ed il Colloquio tra il Cliente e i Consorziato”, mentre la “Banca Passiva” è “la banca aderente al Consorzio CBI, con cui il cliente intrattiene Rapporti, che scambia i Flussi con il Cliente tramite la Banca Proponente” (v. Contratto, Parte II, art. 1, p. 5).

Quanto al ruolo di I(omissis) s.p.a. (successivamente N(omissis) P(omissis) s.p.a.), il Contratto aggiunge che “ICBPI ha conferito mandato con rappresentanza alla Banca di stipulare il presente contratto in nome e per conto di ICBPI per quanto riguarda la fornitura al Cliente del Servizi Tecnici” (Contratto, p. 2) e che “[l]a Banca si avvale di I(omissis) quale Struttura Tecnica Delegata e G(omissis), per l’espletamento di attività e di funzioni di natura tecnica, ai fini del Collegamento con la Rete CBI per consentire al Cliente il Colloquio con i Consorziato nell’ambito del Servizio CBI” (Contratto, Parte II, art. 9.2, p. 7).

Il Contratto prevede una sola modalità di accesso al Servizio CBI, indipendentemente dall’adozione della modalità “monobanca” o “multibanca”, come si evince dall’art. 3 (Modalità di accesso al Servizio CBI) della Parte III, Sez. I (v. Contratto, p. 9) e dall’art. 2 della Parte IV (v. Contratto, p. 14).

Vale a dire che l’utente del Servizio CBI non può disporre pagamenti nella modalità “multibanca” senza aver completato l’autenticazione al Servizio CBI prestato da BANCA.

Alla luce delle disposizioni contrattuali esaminate, si desume che BANCA ha assunto il ruolo di Banca Proponente, consentendo all’attrice – tramite il Servizio CBI con “opzione multibanca” – di impartire ordini di pagamento a valere su conti correnti intrattenuti presso altre banche (“Banche Passive”) avvalendosi di servizi tecnici prestati da I(omissis) s.p.a. (v., ancora, Contratto, Parte II, art. 9.2, p. 7, cit.).

5. L’eccezione di difetto di legittimazione sollevata da BANCA in relazione al ruolo di N(omissis) P(omissis) s.p.a. costituisce, in effetti, una difesa nel merito volta a negare la titolarità del rapporto passivo, attenendo non già alla prospettazione attorea, ma al merito della controversia (sulla distinzione v., per tutte, Cass. S.U. n. 2951/2016). L’attrice, del resto, ha puntualmente prospettato la responsabilità della convenuta e indicato il titolo posto alla base della responsabilità.

Sulla base del Contratto, la difesa della convenuta non merita condivisione. Infatti, come emerge dalla disciplina dei rapporti tra le parti riepilogata nel paragrafo 4 che precede, il ruolo di BANCA non è stato quello di una mera mandataria di N(omissis) P(omissis) s.p.a. (già I(omissis) s.p.a.), ma quello contrattualmente stabilito di “Banca Proponente” e prestatore del Servizio CBI, indispensabile alla fruizione del servizio accessorio “opzione Multibanca”. Ne consegue che, in ragione dell’oggetto della controversia (ossia l’inadempimento di BANCA a fronte di una frode), almeno in relazione al profilo della responsabilità ex art. 1176 c.c. la convenuta è legittimata passiva sia sotto il profilo processuale, sia sotto quello sostanziale.

In base a quanto precede, deve inoltre precisarsi che l’eventualità di inadempimenti di N(omissis) P(omissis) s.p.a. attiene al rapporto interno tra quest’ultima e la chiamante, ai sensi dell’art. 1228 c.c., in mancanza di domande dell’attrice nei confronti di N(omissis) P(omissis) s.p.a.. Di contro, come

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

precisato nel prosieguo (v., infra, paragrafo 8), la convenuta difetta di legittimazione passiva sotto il diverso profilo dell'invocato diritto al rimborso previsto dal d.lgs. n. 11/2010.

6. All'epoca dei fatti oggetto di causa (13/5/2019) la prestazione dei servizi di pagamento era disciplinata dal d.lgs. n. 11/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 218/2017, che ha recepito la direttiva (UE) 2015/2366 (c.d. "PSD 2"), entrato in vigore il 13/1/2018.

Il Contratto è stato concluso in data 29/8/2017.

Deve evidenziarsi che il d.lgs. n. 218/2017 ha introdotto previsioni idonee a disciplinare non solo i rapporti sorti successivamente alla sua entrata in vigore, ma anche i rapporti di durata sorti in precedenza e destinati a proseguire oltre il 13/1/2018. Infatti, la disciplina di recepimento della direttiva (UE) 2015/2366 è volta a regolare con norme imperative lo svolgimento dell'attività di prestazione di servizi di pagamento, sicché sarebbe contrario al canone della ragionevolezza immaginare che successivamente alla novella legislativa le clausole contrattuali difformi rispetto allo jus superveniens abbiano continuato immutate a disciplinare i rapporti proseguiti oltre tale data.

In questo senso, vale richiamare la sentenza della Corte costituzionale n. 204/1997, ove la Corte, interrogata circa gli effetti della legge n. 154/1992 sulle fidejussioni omnibus anteriori e difformi, ha chiarito che "l'innovazione legislativa, che stabilisce la nullità delle fidejussioni per obbligazioni future senza limitazione di importo, non tocca la garanzia per le obbligazioni principali già sorte, ma esclude che si producano ulteriori effetti e che la fidejussione possa assistere obbligazioni principali successive al divieto di garanzia senza limiti. In questo contesto interpretativo, la diversità di disciplina tra fidejussioni prestate prima o dopo l'entrata in vigore della legge n. 154 del 1992 non configura alcuna ingiustificata disparità di trattamento di situazioni identiche, ma rispecchia, piuttosto, la diversa qualificazione degli atti, nel tempo, da parte del legislatore, il quale, nel dettare una nuova regola attinente ad un requisito del contratto, non travolge gli obblighi già sorti in base alla normativa precedente".

Infine, deve osservarsi che l'incidenza del d.lgs. n. 218/2017 sui contratti conclusi prima dell'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo, e ancora in essere successivamente a tale data, è ivi confermata dall'art. 5, comma 9: "Con riferimento ai contratti in essere alla data di entrata in vigore del presente decreto, ogni prestatore di servizi di pagamento comunica ai propri clienti, in forma scritta o mediante altro supporto durevole preventivamente accettato dal cliente, entro il 12 marzo 2018 le proposte di modifica del contratto rese necessarie dalla entrata in vigore delle norme stabilite dal presente decreto. Il cliente ha diritto di recedere senza spese dal contratto entro sessanta giorni dal ricevimento della comunicazione e in sede di liquidazione del rapporto si applicano le condizioni praticate alla data del 12 gennaio 2018. Ove il cliente non receda entro tale termine di sessanta giorni la modifica si intende approvata".

Nel caso di specie, le parti nulla hanno dedotto circa l'adeguamento del Contratto allo jus superveniens, ma è pacifico che il rapporto e la prestazione dei relativi servizi siano continuati oltre il 12/3/2018. Tale circostanza attesta la comune volontà delle parti di proseguire il rapporto anche nella vigenza della normativa imperativa sopravvenuta. Pertanto, il Contratto deve ritenersi integrato dal d.lgs. n. 11/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 218/2017, con sostituzione automatica delle clausole difformi.

Del resto, come precisato dalla giurisprudenza di legittimità "[a]i fini dell'operatività della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1419 c.c., il quale contempla la sostituzione delle clausole nulle di un contratto contrastanti con norme inderogabili, con la normativa legale, non si richiede che le disposizioni inderogabili, oltre a prevedere la nullità delle clausole difformi, ne impongano e dispongano, altresì, espressamente la sostituzione. Infatti, la locuzione codicistica ("sono sostituite di diritto") va interpretata non nel senso dell'esigenza di una previsione espressa della sostituzione, ma in quello dell'automaticità della stessa, trattandosi di elementi necessari del contratto o di aspetti tipici del rapporto, cui la legge ha apprestato una propria inderogabile disciplina" (v. Cass. n. 6364/2011).

7. La domanda attorea deve dunque essere esaminata, anzitutto, sullo sfondo dell'invocata disciplina del d.lgs. n. 11/2010, con le precisazioni svolte nel paragrafo 6 che precede.

In tale contesto, rileva la nozione di "servizio di disposizione di ordine di pagamento", cioè "un servizio che dispone l'ordine di pagamento su richiesta dell'utente di servizi di pagamento relativamente a un conto di pagamento detenuto presso un altro prestatore di servizi di pagamento" (v. art. 1, comma 1, lett. b-bis, d.lgs. n. 11/2010).

Il servizio di disposizione di ordine di pagamento rappresenta un'innovazione portata dalla direttiva (UE) 2015/2366 (v., *ivi*, consideranda nn. 27 e 29). In effetti, tale attività non è riconducibile ad alcuno dei servizi di pagamento disciplinati dalla legislazione previgente (v. art. 12, lett. d) della legge di delegazione europea del 2015, l. n. 114/2015, che prescrive al legislatore delegato l'inserimento di tale servizio tra quelli sottoposti a riserva di attività). Ne consegue che l'attività di disposizione di ordini di pagamento, prestata anteriormente al recepimento della direttiva (UE) 2015/2366, non era disciplinata dal d.lgs. n. 11/2010, ma dalle previsioni codicistiche in materia di mandato.

La prestazione del servizio di disposizione di ordine di pagamento comporta il coinvolgimento di più soggetti, cioè, per quanto qui rileva:

- (a) l'utente-pagatore, che dispone l'ordine di pagamento tramite
- (b) il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento (v. art. 5-ter, d.lgs. n. 11/2010), il quale riceve l'ordine di pagamento dall'utente-pagatore e lo inoltra al
- (c) prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto (v. art. 1, comma 1, lett. g-bis, d.lgs. n. 11/2010), incaricato della tenuta del conto di pagamento dell'utente-pagatore, il quale esegue l'ordine di pagamento e trasferisce i fondi verso il conto di pagamento del beneficiario.

La fattispecie che occupa è riconducibile allo schema appena esposto, infatti, come è pacifico tra le parti:

- (a) B(omissis) s.r.l., nella persona di (omissis), ha disposto un ordine di pagamento tramite il Servizio CBI, con "opzione Multibanca";
- (b) BANCA, in qualità di "Banca Proponente" ed erogatore del "Servizio CBI" (avvalendosi dei servizi tecnici di N(omissis) P(omissis) s.p.a.), ha ricevuto l'ordine di pagamento, procedendo all'inoltro dello stesso;
- (c) B(omissis) s.p.a., gestore del conto corrente intestato alla stessa B(omissis) s.r.l., ha ricevuto l'ordine di pagamento trasmesso da BANCA e lo ha eseguito.

Pertanto, la vicenda controversa deve essere ricondotta alla disciplina che il d.lgs. n. 11/2010 riserva all'ipotesi di operazioni di pagamento non autorizzate disposte tramite un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, cioè l'art. 11, comma 2-bis del decreto legislativo.

8. Ai sensi dell'art. 11, comma 2-bis, d.lgs. 11/2011: "Se l'operazione di pagamento è disposta mediante un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto rimborsa al pagatore immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva, l'importo dell'operazione non autorizzata, riportando il conto di pagamento addebitato nello stato in cui si sarebbe trovato se l'operazione di pagamento non avesse avuto luogo. In caso di operazione di pagamento non autorizzata, se il relativo ordine di pagamento è disposto mediante un prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, quest'ultimo è tenuto a rimborsare immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva, senza che sia necessaria la costituzione in mora, al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto su richiesta di quest'ultimo, gli importi rimborsati al pagatore. Se il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento è responsabile dell'operazione di pagamento non autorizzata, risarcisce immediatamente e, in ogni caso, entro la fine della giornata operativa successiva senza che sia necessaria la costituzione in mora il prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto, su richiesta di quest'ultimo, anche per le perdite subite. In entrambi i casi è fatta salva la facoltà del prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento di dimostrare, in conformità a quanto disposto dall'articolo 10, comma 1-bis, che, nell'ambito delle sue competenze, l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e non ha subito le conseguenze di guasti tecnici o altri inconvenienti relativi al servizio di pagamento da questo prestato, con conseguente diritto in questi casi alla restituzione delle somme da quest'ultimo versate al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto ai sensi del presente comma".

In altri termini, la disciplina settoriale prevista per lo specifico servizio di pagamento utilizzato dall'attrice e offerto dalla convenuta prevede:

- che il pagatore, il quale lamenta di aver subito un addebito in un'operazione di pagamento non autorizzata, ha diritto al rimborso nei confronti del prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto addebitato;
- che spetta, invece, al prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto l'azione contro il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento.

La disciplina appena tratteggiata non è derogabile, neanche qualora l'utente di servizi di pagamento sia un non consumatore (v. art. 2, comma 4, d.lgs. n. 11/2010).

Nel caso di specie, come già osservato, BANCA ha svolto il ruolo di prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, mentre B(omissis) s.p.a. ha eseguito l'ordine di pagamento in veste di prestatore di servizi di pagamento di radicamento del conto.

Ne consegue che, in relazione alla domanda attorea svolta ai sensi del d.lgs. n. 11/2010, BANCA difetta di legittimazione passiva, posto che già in astratto la disciplina invocata non prevede una responsabilità diretta del prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento nei confronti del pagatore.

9. L'attrice ha invocato la responsabilità della convenuta anche per violazione del dovere di diligenza, in relazione all'ordinaria responsabilità per inadempimento.

9.1 Occorre premettere che la disciplina speciale sui servizi di pagamento di cui al d.lgs. n. 11/2010, frutto del recepimento della direttiva 2007/64/CE e, successivamente, della direttiva (UE) 2015/2366, ha quale obiettivo non solo l'armonizzazione delle norme sulla materia, ma anche l'innalzamento della tutela per gli utenti dei servizi di pagamento. Il legislatore eurounitario ha avvertito tale esigenza di tutela proprio con riferimento ai rischi di sicurezza dei pagamenti: "Negli ultimi anni, i rischi di sicurezza relativi ai pagamenti elettronici sono aumentati. Ciò è dovuto alla crescente complessità tecnica dei pagamenti elettronici, al continuo aumento del numero di pagamenti elettronici effettuati in tutto il mondo e all'avvento di nuovi tipi di servizi di pagamento. La sicurezza dei servizi di pagamento è una condizione fondamentale per il buon funzionamento del relativo mercato. È quindi opportuno che gli utenti di tali servizi godano di un'adeguata protezione contro tali rischi. I servizi di pagamento sono essenziali per il funzionamento di attività economiche e sociali cruciali" (v. considerando n. 7, direttiva (UE) 2015/2366).

Sarebbe dunque incongruo interpretare la disciplina speciale di settore come esclusiva e sostitutiva di quella generale in materia di inadempimento già approntata dall'ordinamento nazionale. Sicché è ammissibile il concorso dei rimedi speciali e generali a favore dell'utente di servizi di pagamento.

9.2 Tuttavia, sotto tale profilo, la domanda attorea è infondata.

Come chiarito dalla Suprema Corte "il creditore, sia che agisca per l'adempimento, per la risoluzione o per il risarcimento del danno, deve dare la prova della fonte negoziale o legale del suo diritto e, se previsto, del termine di scadenza, mentre può limitarsi ad allegare l'inadempimento della controparte: sarà il debitore convenuto a dover fornire la prova del fatto estintivo del diritto, costituito dall'avvenuto adempimento" (v. Cass. S.U. n. 13533/2001). Ebbene, nel caso di specie è emerso che la convenuta, anche per mezzo del proprio ausiliario I(omissis) s.p.a. (ora N(omissis) P(omissis) s.p.a.), ha diligentemente adempiuto al proprio mandato e che il compimento della frode in danno dell'attrice è dipeso proprio dalla negligenza di quest'ultima.

9.3 La convenuta ha prodotto i tracciati informatici associati all'operazione di pagamento oggetto di frode (v. docc. 3 e 4, conv.).

Circa il contenuto di detti tracciati l'attrice non ha formulato alcuna tempestiva e specifica contestazione. Peraltro, a mente del Contratto, la stessa attrice si è impegnata a conservare le registrazioni dei flussi informatici dei pagamenti e, in mancanza, a riconoscere quelli tenuti dalla convenuta, con una clausola immune da nullità ai sensi dell'art. 2698 c.c., in quanto non integrante una non consentita inversione dell'onere probatorio su diritti di cui le parti non possano disporre, né un aggravamento eccessivo dell'esercizio del diritto (v. Contratto, Parte III, art. 14, p. 11: "14.1 Fatto salvo ogni altro obbligo di legge relativo alla tenuta ed conservazione della documentazione concernente le attività svolte per lo scambio dei Flussi il Cliente e la Banca sono tenuti a conservare la registrazione di tutti i dati inviati e ricevuti mediante il Servizio CBI, senza apportarvi alcuna modifica, con modalità anche elettroniche che consentano la inalterabilità e consultabilità dei dati, dunque, la possibilità di reperirli e stamparli in forma leggibile. 14.2 Nel caso in cui il Cliente non provveda alla conservazione della registrazione di cui al comma precedente ovvero non sia in grado di reperire e/o stampare i dati oggetto di registrazione, il Cliente stesso riconosce efficacia probatoria alle registrazioni effettuate dalla Banca").

I suddetti tracciati non hanno evidenziato alcun malfunzionamento legato al Servizio CBI prestato da **BANCA**, né ai servizi tecnici prestati da N(omissis) P(omissis) s.p.a..

Più precisamente, l'ordine di pagamento è partito dalla postazione informatica dell'attrice indicando come beneficiario proprio (omissis) e, come tale è stato elaborato dai sistemi della convenuta e della terza chiamata.

9.4 I tracciati avvalorano, pertanto, la tesi della convenuta e della terza chiamata secondo cui la frode sarebbe stata perpetrata con il sistema "Man in the browser", in cui si realizza un'interposizione fraudolenta tra il sistema informatico del pagatore e quello del prestatore di servizi di pagamento.

Tale tesi è ulteriormente corroborata dalla relazione tecnica prodotta dalla stessa attrice che, pur non riscontrando con certezza la presenza di malware sulla postazione attorea, ha rilevato anomalie proprio nella data in cui l'ordine di pagamento fraudolento è stato predisposto

(v. doc. 7 att.: "Sono tuttavia emerse tracce di script vbs eseguiti e poi scomparsi come se chi li ha eseguiti li abbia poi cancellati. Le ultime tracce dell'esecuzione di questi script sono state rilevate nel tardo pomeriggio di lunedì 13 maggio").

L'attrice non ha contestato in modo specifico tale prospettazione e vi ha espressamente aderito nella propria comparsa conclusionale (v., *ivi*, p. 7), sicché tale circostanza deve considerarsi pacifica tra le parti.

Per tale ragione non è stata disposta una c.t.u. sul computer attoreo, essendo inoltre pacifica la circostanza della sopravvenuta formattazione dello stesso.

9.5 La circostanza che la frode si sia consumata sulla postazione attorea non esime, di per sé, la convenuta da responsabilità. Attesi i noti rischi connessi ai servizi di pagamento a distanza, la diligenza di cui all'art. 1176, II comma c.c. comprende proprio la predisposizione di presidi volti a evitare frodi come quella in esame.

Ebbene, la convenuta ha dimostrato sia l'approntamento di idonei presidi, sia la loro attivazione.

Infatti, come documentato dalla convenuta (v. doc. 4, conv.), il sistema informatico di quest'ultima ha trasmesso all'attrice, all'indirizzo (omissis), alle ore 13.53.42 del 13/5/2019, una e-mail di avviso della disposizione del pagamento a favore di un nuovo beneficiario (v. doc. 5, conv.). In tale e-mail è indicato il nome di (omissis) come beneficiario del pagamento ed è riportato l'avviso: "Nel caso in cui tale nuovo beneficiario non sia stato censito legittimamente, verosimilmente le credenziali di accesso e di firma al

servizio possono risultare compromesse. La invitiamo pertanto a contattare tempestivamente il servizio Clienti al numero [...] per ottenere le necessarie indicazioni per la messa in sicurezza del Servizio. [...]".

Anche in relazione all'invio di tale comunicazione, come per la veridicità dei tracciati, deve rilevarsi che l'attrice si è impegnata a riconoscere il valore probatorio delle registrazioni tenute dalla convenuta (v. Contratto, Parte III, Sez. III, art. 3, p. 13: "In considerazione della natura del Servizio, il Cliente e la Banca si danno reciprocamente atto che la prova circa il corretto svolgimento del Servizio è validamente fornita per mezzo delle registrazioni informatiche, effettuate dalla Banca").

Malgrado la comunicazione e-mail sopra citata, l'attrice ha dato corso all'ordine di pagamento, confermandone digitalmente l'autorizzazione.

Quanto a tale circostanza l'attrice ha dedotto di non aver mai ricevuto la e-mail di avviso, avendo dismesso l'indirizzo (omissis) nel 2014 e avendone dato tempestiva comunicazione alla convenuta. L'attrice ha invece confermato di aver ricevuto la e-mail contenente il codice OTP per l'autorizzazione dell'ordine, inviata all'indirizzo (omissis).

La tesi dell'attrice non può essere condivisa, essendo smentita documentalmente e indimostrata.

Nel Contratto, risalente al 2017, è indicato come indirizzo di contatto dell'attrice proprio (omissis) (v. doc. 2 convenuta, p. 2) e il medesimo indirizzo era indicato anche nel contratto del 20/4/2016 (v. paragrafo 1 che precede), prodotto dalla stessa attrice sub doc. 1.

L'attrice non ha fornito alcuna prova documentale di aver successivamente comunicato un nuovo e diverso indirizzo in conformità alle previsioni del Contratto (v. Contratto, Parte III, Sez. III, art. 5.6, p. 14).

Inoltre, la circostanza che l'attrice avesse comunicato la dismissione dell'indirizzo (omissis) già nel 2014 è resa inverosimile dall'utilizzo di tale indirizzo in documentazione contrattuale del 2016 e del 2017. Per tale ragione, con ordinanza del 20/1/2022 l'attrice non è stata ammessa alla prova orale dell'asserito aggiornamento del contatto, anche alla luce della generica formulazione del capitolo di prova, privo riferimenti al momento e alle modalità della comunicazione.

Quanto alla e-mail contenente il codice OTP, l'indirizzo (omissis) è indicato nel Contratto proprio e solo come indirizzo per il servizio di autorizzazione OTP e non per le comunicazioni e-mail (v. allegato al

Rivista di informazione giuridica, registrata al Tribunale di Napoli al numero 12 del 05/03/2012

Registro affari amministrativi numero 8231/11

Direttore Responsabile Avv. Antonio De Simone – Direttore Scientifico Avv. Walter Giacomo Caturano

Copyright © 2012 - Ex Parte Creditoris - ISSN 2385-1376

Contratto, doc. 2, conv., ventottesima e trentunesima facciata), sicché non costituisce un inadempimento della convenuta aver mandato l'avviso circa il nuovo beneficiario all'indirizzo contrattualmente indicato per le comunicazioni e il codice OTP all'indirizzo concordato a tale scopo.

Per riconoscere l'interruzione del nesso causale rispetto all'attività della convenuta, è irrilevante stabilire se la negligenza dell'attrice sia consistita:

- nell'ignorare la e-mail di avviso pervenuta all'indirizzo (omissis) oppure,
- nel confermare alla convenuta, sia nel 2016, sia nel 2017, un indirizzo e-mail inattivo, come la stessa attrice suggerisce nei propri atti (v. memoria ex art. 183, VI comma, n. 3, c.p.c., pp. 1 e 2).

In entrambi i casi, infatti, il mancato funzionamento delle misure di sicurezza attuate dalla convenuta è imputabile alla sfera organizzativa dell'attrice.

9.6 In conclusione, la convenuta ha dimostrato di aver esattamente adempiuto alle proprie obbligazioni e che il compimento della frode è dipeso dal fatto dell'attrice, la quale ha ignorato il tempestivo avvertimento trasmesso via e-mail dalla convenuta.

A tale stregua deve essere escluso l'inadempimento lamentato dall'attrice, quindi anche l'invocata responsabilità della convenuta, con il rigetto della domanda attorea.

10. Le spese seguono la soccombenza dell'attrice.

10.1 Come precisato dalla giurisprudenza di legittimità, l'art. 111 c.p.c. pone l'interveniente nella stessa posizione della parte dante causa (cfr.: Cass. n. 3868/1983). Per tale ragione, rispetto alla convenuta e all'interveniente BANCA Is.p.a., assistite dai medesimi difensori con identiche difese, trova applicazione l'art. 4, comma 2 del D.M. n. 55/2014, a mente del quale "Quando in una causa l'avvocato assiste più soggetti aventi la stessa posizione processuale, il compenso unico può essere aumentato per ogni soggetto oltre il primo nella misura del 30 per cento" (cfr. anche Cass. n. 17215/2015).

Quindi le spese di lite sono oggetto di unica liquidazione a favore della convenuta e dell'interveniente ex art. 111 c.p.c., come da dispositivo, in base al D.M. n. 55/2014 (così come aggiornati dal D.M. n. 147/2022) in relazione al valore della causa, secondo gli importi medi per le quattro fasi di giudizio, con l'aumento del 30%.

10.2 In applicazione del principio di causalità (cfr., ex multis, Cass. n. 6292/2019), l'attrice è tenuta a rimborsare anche le spese di lite della terza chiamata N(omissis) P(omissis) s.p.a., liquidate come da dispositivo in base alla nota spese versata in atti, conforme ai parametri medi per le quattro fasi di giudizio di cui al D.M. n. 55/2014 (così come aggiornati dal D.M. n. 147/2022) in relazione al valore della causa.

10.3 Quanto all'intervento di N(omissis) s.p.a., dichiarato inammissibile, deve ritenersi che l'errore materiale nell'atto di chiamata di terzo notificato dalla convenuta integri grave ed eccezionale ragione ai sensi dell'art. 92 c.p.c., come risultante per effetto della sentenza Corte Cost. n. 77/2018, giustificando l'integrale compensazione delle spese tra le parti.

Per questi motivi

il Tribunale di Bergamo in composizione monocratica III sezione civile definitivamente pronunciando, disattesa ogni altra domanda ed eccezione, così provvede:

- rigetta la domanda dell'attrice;
- condanna l'attrice a rifondere le spese di lite a favore della convenuta Banca s.p.a e dell'interveniente BANCA Is.p.a., liquidandole complessivamente in € 6.600,10 per compensi, nonché in € 237,00 per anticipazioni a favore di Banca s.p.a, oltre rimborso forfettario nella misura del 15% ex art. 2, comma 2 del D.M. n. 55/2014, I.V.A. e C.P.A. come per legge;
 - condanna altresì l'attrice a rifondere le spese di lite a favore della terza chiamata N(omissis) P(omissis) s.p.a., liquidandole in € 5.077,00 per compensi, oltre rimborso forfettario nella misura del 15% ex art. 2, comma 2 del D.M. n. 55/2014, I.V.A. e C.P.A. come per legge, con distrazione a favore dell'avv. (omissis), dichiaratosi antistatario ai sensi dell'art. 93 c.p.c.;
- compensa le spese di lite tra l'interveniente N(omissis) s.p.a. e le altre parti.

Bergamo, 27 settembre 2023

Il Giudice
dott.ssa Chiara Mazzoni