

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) ACHILLE	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) PEDERZOLI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) DALMARTELLO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) PERSANO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) ACHILLE

Seduta del 17/03/2022

FATTO

Con ricorso presentato in data 15 novembre 2021, preceduto dal reclamo, la parte ricorrente chiede il rimborso di una somma pari all'importo di dieci operazioni di pagamento effettuate il 21 luglio 2021 con lo strumento di pagamento di cui è titolare e dalla stessa disconosciute. A tal fine deduce, anche secondo quanto risulta dalla denuncia depositata agli atti della procedura, che: i) in data 21 luglio 2021 subiva il furto della carta di credito numero ***000, collegata al conto n. ***146 in essere presso l'intermediario; ii) la predetta carta veniva utilizzata per eseguire operazioni disconosciute, per un importo complessivo pari a € 1.368,90, eseguite nel momento in cui era impegnato "presso un cliente" in una riunione di lavoro; iii) si accorgeva delle transazioni solamente una volta conclusa la riunione, leggendo le notifiche ricevute sul proprio cellulare, bloccando quindi prontamente la carta; iv) denunciava il furto e l'utilizzo della carta in data 22 luglio 2021; v) presentava all'intermediario modulo di disconoscimento delle operazioni in data 23 luglio 2021; vi) l'intermediario rifiutava il rimborso.

Con le proprie controdeduzioni, l'intermediario resistente chiede il rigetto del ricorso. Deduce a tale fine che: i) il ricorso ha ad oggetto operazioni disconosciute eseguite presso negozi fisici ed andate a buon fine, in quanto autorizzate con presenza fisica della carta e digitazione sulla tastiera del POS presente nel punto vendita, senza errori, del codice

segreto PIN di sei cifre; ii) le condizioni contrattuali sottoscritte dal cliente prevedono che i codici della carta sono strettamente personali, non cedibili a terzi e che vanno custoditi separatamente rispetto allo strumento di pagamento, in conformità a quanto previsto dal d.lgs. n. 11 del 2010, art. 7, comma 2; iii) il PIN associato alla carta del cliente in formato cartaceo non viene inviato tramite posta ordinaria, ma viene reso disponibile unicamente nell'apposita applicazione di home banking come reso noto nel sito internet, via e-mail e nella busta con la quale viene spedita al cliente la carta; iv) per venire a conoscenza del codice PIN, il cliente deve obbligatoriamente accedere con le proprie credenziali nell'applicazione di home banking e quindi compiere una sequenza di azioni volontarie; v) tutte le operazioni disconosciute sono state disposte tra le 14:38 e le 16:23, ovvero prima della sospensione della carta avvenuta in data 21 luglio 2021 alle ore 17:43; vi) il blocco definitivo della carta è stato effettuato in data 29 luglio 2021; vii) l'operatività contestata risulta in linea con l'utilizzo abituale della carta avvenuto nel periodo precedente; viii) tutti gli accessi effettuati nell'applicazione risultano sempre essere stati eseguiti dal medesimo dispositivo mobile e correttamente autenticati dal cliente, tramite i propri parametri biometrici; ix) con ogni probabilità il codice PIN della carta era conservato al di fuori dell'APP e posto in prossimità della medesima, come ricavabile in via presuntiva dall'assenza di tentativi falliti di digitazione del medesimo PIN; x) sussiste dunque la colpa grave a carico del cliente, per violazione degli obblighi di custodia e di corretta utilizzazione dello strumento di pagamento e dei relativi codici dispositivi.

Con le repliche alle controdeduzioni, la parte ricorrente precisa che: i) non registrava né segnava il PIN in alcun supporto lasciato in prossimità della carta, quindi la supposizione è che i malfattori lo abbiano scoperto visualizzandolo mentre veniva digitato in qualche occasione o che ne siano entrati in possesso in altro modo; ii) le operazioni effettuate sono assolutamente inusuali per l'operatività standard della carta, utilizzata solo per piccole spese quotidiane.

DIRITTO

Il ricorso, con cui si chiede il rimborso di € 1.368,90 pari all'importo di dieci operazioni di pagamento effettuate il 21 luglio 2021 con lo strumento di pagamento di cui è titolare la parte ricorrente e dalla stessa disconosciute, deve trovare accoglimento.

I principi che regolano la materia delle operazioni disconosciute effettuate con sistemi di pagamento sono quelli desumibili dalle previsioni del d. lgs. n. 11 del 27 gennaio 2010, come modificate in seguito al recepimento della seconda Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2015/2366/UE del 13 novembre 2007), applicabile *ratione temporis* a decorrere dal 13 gennaio 2018. In base a tali disposizioni, come applicate da questo Arbitro (da ultimo, ABF – Coll. coord. n. 22745 del 10 ottobre 2019, § 8), due sono i passaggi ineludibili in materia. In primo luogo, è l'intermediario a dover provare, oltre all'insussistenza di malfunzionamenti, l'autenticazione, la corretta registrazione e la contabilizzazione delle operazioni, prova che comunque di per sé non è sufficiente a dimostrare il dolo o la colpa grave dell'utilizzatore. In secondo luogo, è sempre l'intermediario a dover provare tutti i fatti idonei ad integrare la colpa grave dell'utilizzatore, unica ipotesi in cui, oltre al dolo, lo stesso può patire le conseguenze dell'utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento.

Nel caso di specie, con riguardo al primo dei suddetti profili, l'intermediario ha assolto i propri oneri probatori avendo prodotto l'evidenza della corretta contabilizzazione, registrazione e autenticazione delle operazioni disconosciute depositando a tal fine agli atti della procedura i log e le evidenze delle operazioni.

Per quanto riguarda invece il secondo profilo, vale a dire quello attinente alla

valutazione della condotta dell'utilizzatore, la quale è idonea ad escludere il diritto alla restituzione delle somme disconosciute solo qualora sia connotata da colpa grave, assume rilevanza centrale il disposto del nuovo art. 12, co. 2-ter e s., d. lgs. n. 11 cit., il quale prevede che "Il pagatore non sopporta alcuna perdita se lo smarrimento, la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dallo stesso prima di un pagamento, salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, o se la perdita è stata causata da atti o omissioni di dipendente, agenti o succursali del prestatore di servizi di pagamento o dell'ente cui sono state esternalizzate le attività. Negli altri casi, salvo che abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita".

Dalla normativa dinanzi richiamata si desume quindi che, salvo il differente caso rispetto a quello portato all'attenzione del Collegio in cui la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dall'utilizzatore prima di un pagamento, ciò che consente di escludere il rimborso della perdita subita è la colpa grave o il dolo dell'utilizzatore, in mancanza dei quali questi ha diritto al rimborso dell'operazione disconosciuta.

Sul punto, il Collegio di coordinamento di questo Arbitro ha da tempo delineato gli indici presuntivi che devono guidare l'interprete con riguardo alla valutazione dell'elemento soggettivo del titolare dello strumento di pagamento (ABF – Coll. Coord. n. 5304 del 17 ottobre 2013, n. 6168 del 29 novembre 2013). Si è in particolare affermato, richiamando la giurisprudenza di legittimità, che «la colpa grave esclude un concetto di "normalità" della colpa e che, in tema di responsabilità contrattuale, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa, tant'è che si parla di equiparazione della colpa grave al c.d. "dolo eventuale", la cui sussistenza deve essere provata in concreto non pare assurgere ad un livello di negligenza tale da integrare la colpa grave» (ABF – Coll. Coord. n. 6168 del 29 novembre 2013).

Ciò posto, nell'opera di valorizzazione delle singole e specifiche circostanze relative alla fattispecie in esame, secondo quanto risulta agli atti della procedura, il Collegio ritiene che agli atti della procedura non vi siano evidenze che consentano di ritenere che la condotta dall'utilizzatore dello strumento di pagamento sia stata nel caso di specie caratterizzata da colpa grave, potendosi sul punto ricordare che per orientamento consolidato di questo Arbitro l'onere di provare la colpa grave incombe pur sempre sull'intermediario, dovendo questi "specificamente [...] indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell'operazione dai quali possa trarsi prova, in via presuntiva, della colpa grave dell'utente" (vd. ABF – Coll. Coord. n. 22745 del 10 ottobre 2019).

In tale contesto, premesso che dalle risultanze degli atti di causa e dalle dichiarazioni della parte ricorrente non si evincono indicazioni in grado di ricostruire le circostanze del furto dello strumento di pagamento, il che induce ad escludere che queste siano connotate da colpa grave, non sembra possibile giungere ad opposta conclusione considerando le notifiche push delle singole operazioni che sono state inviate alla parte ricorrente in concomitanza delle stesse, posto che la parte ricorrente – nel confermare di averle ricevute – dichiara di averne avuto conoscenza solo dopo che le operazioni di pagamento erano state effettuate in quanto impegnato in una riunione di lavoro, deduzione questa che – pur non scriminando in termini assoluti la parte ricorrente – è a parere del Collegio idonea a giustificare il ritardo con cui si è appreso l'utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento, dovendosi quindi confermare che non sussiste nel caso di specie la colpa grave dell'utilizzatore dello strumento di pagamento.

Si deve quindi disporre che l'intermediario resistente corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 1.369,00, in ciò facendo applicazione di quanto previsto dalla Sez. VI § 3 delle nuove Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari in vigore dal 1° ottobre 2020 ove alla nota a piè di pagina n. 3 si prevede che "Gli importi contenuti nelle pronunce di accoglimento sono arrotondati all'unità di euro (per eccesso se la prima cifra dopo la virgola è uguale o superiore a 5; per difetto, se la prima cifra dopo la virgola è inferiore a 5)".

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 1.369,00.

Il Collegio dispone inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di € 200,00, quale contributo alle spese della procedura, e alla parte ricorrente la somma di € 20,00, quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
FLAVIO LAPERTOSA