

IL COLLEGIO DI COORDINAMENTO

composto dai Signori:

Dott. Giuseppe Marziale Presidente del Collegio ABF di Roma	Presidente
Prof. Avv. Antonio Gambaro Presidente del Collegio ABF di Milano	Membro effettivo
Prof. Avv. Enrico Quadri Presidente del Collegio ABF di Napoli	Membro effettivo
Prof.ssa Lucia Picardi Componente del Collegio ABF di Napoli designato dal Conciliatore Bancario Finanziario (per le controversie in cui sia parte un cliente consumatore)	Membro supplente [Relatore]
Avv. Pierfrancesco Bartolomucci Componente del Collegio ABF di Napoli designato dal CNCU	Membro effettivo

nella seduta del 18/12/2013, dopo aver esaminato

- il ricorso e la documentazione allegata;
- le controdeduzioni dell'intermediario e la relativa documentazione;
- la relazione istruttoria della Segreteria tecnica,

FATTO

Con atto datato 16.10.2012 ed identificato con n. prot. 973489/2012, il ricorrente, titolare di libretto di risparmio nominativo e di una carta di debito ad esso collegata, esponeva di essersi recato il giorno 2.7.2012 alle ore 9.45 presso uno sportello ATM dell'intermediario resistente per prelevare con la carta predetta la somma di € 600,00. La richiesta era stata respinta con motivazione "non disponibile". Dopo aver nuovamente provato ad effettuare l'operazione ed aver visto apparire sul *monitor* dell'ATM la dicitura secondo cui il prelievo giornaliero era stato esaurito, il ricorrente aveva chiesto spiegazioni all'interno dell'ufficio, dove gli era stato risposto che si trattava di un'anomalia del distributore. Il ricorrente dichiarava di avere poi appreso, in sede di risposta al reclamo

presentato il 6.7.2012, che sempre il 2.7.2012 alle ore 7.07 era stata prelevata dal proprio libretto di risparmio mediante la carta in parola la somma di € 600,00. Chiedeva, quindi, la restituzione di detta somma, affermando che la carta suddetta era sempre stata in proprio possesso.

L'intermediario resisteva con controdeduzioni pervenute oltre il termine regolamentare, nelle quali – dopo aver riepilogato i fatti, precisando altresì che l'ufficio presso il quale è situato l'ATM in discorso è quello nel quale il ricorrente è solito operare e che questi non ha sporto denuncia alle autorità competenti né ha chiesto il blocco o la sostituzione della carta – escludeva che potesse essersi trattato di un caso di clonazione.

A sostegno di tale affermazione adduceva una serie di elementi, quali il fatto che la carta non aveva operato presso "Punti di Aggressione accertati (ossia terminali presso i quali vengono denunciate spese e prelievi fraudolenti, dunque posti in essere mediante carte "clonate"); la sequenza del codice randomico valorizzato sulla banca magnetica della carta risultava corretta e priva di anomalie; c) la sequenza dei saldi dei prelievi di contante presso ATM era corretta e priva di anomalie; non risultavano tentativi successivi rispetto all'unico disconosciuto ed il medesimo dispositivo ha continuato ad operare regolarmente senza alcun ulteriore disconoscimento; l'orario di esecuzione del prelievo disconosciuto è inconsueto per i clonatori professionali. L'intermediario osservava, inoltre, che nei casi conclamati di clonazione della carta non accade che i prelievi disconosciuti avvengano presso l'ufficio frequentato abitualmente dal titolare e che non si è riscontrato, infine, alcun altro elemento d'allarme, tale da far considerare le operazioni comunque incompatibili con l'ordinaria operatività di un titolare della carta. In base a tali elementi, da cui emerge una palese difformità fra il comportamento riscontrato nel caso di specie e quello che si è soliti constatare da parte dei clonatori di professione, nonché alle registrazioni elettroniche dell'attività della carta di cui al ricorso si evince un uso regolare della medesima, oltre all'"oggettivo manifestarsi" di un solo supporto, vale a dire quello consegnato a suo tempo dall'intermediario al ricorrente. Ne discende che per consentire il prelievo disconosciuto, realizzato con la carta originale, doveva essersi verificato – ad avviso dell'intermediario – un grave difetto di diligente custodia della stessa e del relativo PIN, tale che un soggetto ignoto avesse potuto appropriarsi di entrambi, compiere l'operazione e poi ricollocare la carta là dove l'aveva presa. Nel richiamare l'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, l'intermediario ha affermato che l'imprudenza nella custodia della carta e dei codici personali integra gli estremi della colpa grave nel comportamento della

parte ricorrente. Considerando quindi la mancata contestazione di un inadempimento contrattuale a carico dell'intermediario e della relativa prova, ha chiesto all'Arbitro Bancario Finanziario di respingere il ricorso o, in subordine, di applicare la franchigia.

La controversia veniva presa in esame dal Collegio di Milano nella seduta del 5.9.2013, nella composizione prescritta per la trattazione dei ricorsi promossi dai consumatori. In quell'occasione il Collegio, rilevata la presenza di orientamenti contrastanti nelle decisioni dell'ABF, rimetteva il ricorso all'esame del Collegio di coordinamento al fine di chiarire, in particolare, l'applicabilità del d. lgs. n. 11/2010, emanato in attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, alle ipotesi di disconoscimento di operazioni di pagamento da parte del titolare dello strumento di pagamento, avvenute (oltre che a seguito di furto, smarrimento o utilizzo non autorizzato di una carta di pagamento) nel caso di clonazione dello strumento medesimo da parte di terzi malfattori.

DIRITTO

Prima di passare al merito della controversia, appare utile segnalare che essa concerne l'uso di un peculiare tipo di strumento di pagamento, denominato "carta libretto postale" e consistente in una carta di prelievo e versamento collegata ad un libretto postale nominativo ordinario. Tale carta, che viene rilasciata su richiesta di ciascun intestatario del libretto presso l'ufficio postale in cui questo è stato aperto, è dotata di *microchip* e funziona tramite digitazione di un PIN segreto, che viene attribuito in via esclusiva al possessore dello strumento. La carta in questione consente di effettuare versamenti sul libretto nonché prelievi dal medesimo presso tutti gli uffici postali e gli sportelli automatici (ATM) del circuito POSTAMAT; permette, inoltre, con le medesime modalità di controllare il saldo e la lista movimenti. Come già chiarito in altre occasioni da questo Arbitro (cfr. Collegio di Milano, decisione n. 2540/2001; Collegio di Roma, decisione n. 3573/2012), alla carta libretto postale si applica la disciplina dettata, in generale per gli strumenti di pagamento consistenti in carte di credito o di debito, dal succitato d. lgs. n. 11/2010. Del resto, l'applicabilità di detta disciplina al caso di specie non è revocabile in dubbio neppure dal punto di vista temporale, dal momento che i fatti da cui è scaturita la presente controversia si sono svolti successivamente al 1° marzo 2010, data di entrata in vigore del sopra menzionato decreto legislativo.

Così individuato il quadro normativo di riferimento, occorre tuttavia chiarire quale sia l'ambito di responsabilità del prestatore di servizi di pagamento a fronte del

disconoscimento da parte dell'utilizzatore dei servizi medesimi di un'operazione di pagamento già eseguita o della contestazione circa la corretta esecuzione della stessa.

Come è già stato chiarito dal Collegio di coordinamento (cfr, la decisione n. 3498/2012), la normativa testé richiamata istituisce un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor* probatorio a beneficio degli utilizzatori, che si ricava dalle seguenti proposizioni precettive (art. 10 d. lgs. n. 11/2010): a) in caso di disconoscimento di un'operazione di pagamento, è onere del prestatore dei servizi di pagamento provare che essa è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che la sua patologia non si debba a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema; b) l'apparentemente corretta autenticazione non è necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la disconosca; c) la responsabilità dell'utilizzatore resta circoscritta ai casi di comportamento fraudolento del medesimo ovvero al suo doloso o gravemente colposo inadempimento degli obblighi che l'art. 7 del decreto pone a suo carico e che si limitano all'utilizzazione dello strumento di pagamento in conformità alle condizioni contenute nell'accordo quadro che regola il servizio e alla tempestiva denuncia di furto, smarrimento, distruzione o altro uso non autorizzato dello strumento. Laddove una simile responsabilità non possa affermarsi (ed il correlato onere probatorio graverà sull'intermediario prestatore del servizio), l'utilizzatore non sopporterà 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 (art. 12, commi 1 e 3, d. lgs. n. 11/2010).

Peraltro, se la scelta legislativa di far gravare l'onere della prova sul prestatore di servizi di pagamento si ispira alla logica che costui è il soggetto meglio in grado di gestire il rischio, facendo ricadere il danno derivante dall'uso fraudolento di carte di credito e strumenti di pagamento – mediante la sua parcellizzazione – sulla massa degli utenti, imputandolo al costo dei servizi resi, bisogna cionondimeno analizzare i singoli contenuti di cui si compone il succitato art. 10 in relazione a fattispecie come quella in esame, nelle quali, per un verso, si assiste al rilascio da parte dell'intermediario di strumenti di pagamento in linea con la più avanzata tecnologia, per l'altro, si è di fronte alla mera asserzione da parte dell'utente di non aver autorizzato il servizio che ha causato la diminuzione patrimoniale sul proprio conto di pagamento.

Sotto il primo aspetto, merita evidenziare come la prova che l'operazione è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non vi sia una *défaillance* del

servizio non esaurisce l'onere probatorio posto a carico dell'intermediario, dovendo quest'ultimo dimostrare che non vi siano stati "altri inconvenienti". D'altro canto, per evitare di prospettare una quasi sistematica responsabilità del fornitore del servizio di pagamento, il Collegio ABF di Milano (cfr. decisione n. 2594/2012) – seguito da quello di Napoli (cfr. decisione n. 180272013) – ha sottolineato la necessità di collocare l'evento contestato nelle circostanze del singolo caso al fine di valutare se tale contesto sia sufficiente a dimostrare che l'indebita autorizzazione conferita mediante l'utilizzazione dei codici dispositivi sia frutto o meno di una grave negligenza dell'utente

Al riguardo, non va trascurato di considerare che la fattispecie sottoposta all'esame del Collegio di coordinamento si riduce al disconoscimento di una sola operazione di prelievo effettuata mediante il corretto inserimento del PIN relativo ad una carta di debito dotata di *microchip* e tuttora in possesso del ricorrente. L'impiego della tecnologia a *microchip* – come è stato messo in luce nell'ordinanza di rimessione – rende l'ipotesi della clonazione, se non di impossibile evenienza, almeno altamente improbabile, facendo dunque ritenere che l'operazione disconosciuta non possa che essere ricondotta ad una conservazione "molto distratta" della carta e del PIN, salvo che l'utente non fornisca la prova di circostanze tali da far ritenere quanto meno plausibile l'ipotesi della clonazione. Non si può ignorare, al riguardo, che il ricorrente non ha allegato alcun elemento di fatto dal quale desumere una siffatta evenienza e non ha nemmeno attivato qualsiasi forma di tutela diversa dal disconoscimento puro e semplice dell'operazione (quali la denuncia dell'evento o il blocco della carta). Anzi, la documentazione in atti attesta il possesso continuato e l'uso regolare della carta di debito, come si ricava dall'esecuzione di prelievi non contestati prima e dopo l'unica operazione disconosciuta. Secondo il consolidato orientamento del Collegio di Milano (v., fra le altre, le decisioni n. 561/2013, n. 4105/2012; n. 3740/2012), tale circostanza – unitamente al sopra rilevato utilizzo della tecnologia a *microchip* – conduce a ritenere non plausibile qualsivoglia clonazione e ad escludere conseguentemente che il ricorrente abbia assolto all'onere di provare i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio (art. 2697 c.c.).

Merita evidenziare, per contro, che l'intermediario si è fatto carico di dimostrare che l'operazione in questione è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e non è frutto di malfunzionamenti delle procedure esecutive, in conformità al disposto dell'art. 10 del citato d. lgs. n. 11/2010, nonché al principio generale stabilito dall'art. 1218 che – in base all'interpretazione della Suprema Corte (Cass., sez. I civile, 24 settembre 2009, n. 20543; Cass., sez. I civile, 12 giugno 2007, n. 13777), recepita dai diversi Collegi

dell'ABF (Collegio ABF di Roma, decisione n. 960/2012; Collegio ABF di Milano, decisioni n. 2191/2012; n. 1725/2012) – impone all'intermediario medesimo di provare di aver adempiuto agli obblighi di custodia e salvaguardia del denaro dei clienti con la “diligenza del buono ed accorto banchiere”.

Ma vi è di più: l'intermediario ha addotto una serie di indizi chiari, precisi e concordanti idonei a comprovare che l'operazione disconosciuta è stata posta in essere mediante l'impiego della carta e del codice dispositivo, sicché – dato credito all'affermazione del ricorrente secondo cui la carta stessa è sempre rimasta in suo possesso – deve trarsi la ragionevole conclusione che il cliente non l'abbia custodita con la dovuta diligenza, tanto da non accorgersi che qualcuno occasionalmente la sottraeva e la utilizzava con il relativo PIN. Appare eloquente, in questo senso, il fatto che l'operazione contestata sia stata effettuata proprio nel giorno in cui veniva accreditato sul collegato libretto postale il trattamento pensionistico spettante al ricorrente e nel medesimo sportello ATM collocato presso la filiale dove questi era solito operare, sicché la dinamica del prelievo non presenta gli elementi tipici comuni agli episodi di clonazione che normalmente avvengono in luoghi diversi e lontani dal domicilio del titolare della carta.

Da quanto sin qui osservato discende che, pur senza negare la rilevanza della già evidenziata scelta legislativa di tendenziale allocazione del rischio a carico del fornitore, deve ritenersi che in presenza dell'adozione dei più avanzati dispositivi di sicurezza messi a disposizione dell'evoluzione tecnologica e di circostanze di fatto tali da escludere con sufficiente persuasività una possibile clonazione dello strumento di pagamento e da attestare una non diligente custodia dello stesso, il cliente non possa essere tenuto indenne dalle perdite patrimoniali derivanti dall'utilizzo non autorizzato del mezzo di pagamento in questione.

P.Q.M.

Il Collegio non accoglie il ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE