

## IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

Dott. Giuseppe Marziale.....	Presidente
Avv. Bruno De Carolis.....	Membro designato dalla Banca d'Italia
Prof. Avv. Giuliana Scognamiglio.....	Membro designato dalla Banca d'Italia [Estensore]
Prof. Avv. Dario Casa.....	Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore
Dott.ssa Daniela Primicerio.....	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 14.01.2011 dopo aver esaminato

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

### Fatto

Il cliente ha stipulato con l'intermediario un contratto "multiconto" con linea di credito ad uso rotativo di € 5000 e un contratto di rilascio di carta di credito, abilitata all'utilizzo altresì come bancomat; inoltre si è abbonato al servizio di SMS *alert* (avviso via SMS dei prelievi di contante effettuati tramite ATM) sul suo numero di cellulare.

Il 21 agosto 2009 il cliente, accedendo al proprio conto attraverso il sito internet dell'intermediario, si avvedeva che, nel periodo tra il 24 giugno 2009 e il 13 luglio 2009, pur essendo la carta di credito ed il relativo PIN rimasti sempre in suo possesso, ignoti avevano effettuato sette prelievi di denaro dal suo conto, per la somma complessiva di € 1.450. Il giorno stesso sporgeva denuncia del fatto ai

carabinieri e chiedeva il blocco della carta, ipotizzando di essere stato vittima di clonazione della carta.

Avendo esperito senza esito favorevole la fase del reclamo, reiterava la richiesta di rimborso della somma fraudolentemente sottratta con il ricorso presentato a questo Collegio in data 24 giugno 2010, nel quale lamentava di non aver ricevuto comunicazione via SMS dei prelievi, così come previsto in base al servizio da lui attivato, né gli estratti conto mensili (tramite i quali avrebbe potuto accorgersi tempestivamente dei prelievi, limitando così il danno); tra il marzo 2009 e l'aprile 2010 ne avrebbe ricevuti solamente 3. Chiedeva all'Arbitro di disporre "l'annullamento del debito di € 1450 ed il rimborso degli interessi maturati e pagati" sulla somma illecitamente prelevata.

Nelle controdeduzioni del 1° settembre 2010, l'intermediario sosteneva di non poter accogliere la richiesta di storno in quanto la carta sarebbe stata usata mediante utilizzo del PIN, di cui è a conoscenza solamente il titolare. Affermava inoltre di aver svolto delle ricerche presso gli sportelli utilizzati dal ricorrente per operazioni di prelievo nel corso del 2008 e del 2009 e che la verifica avrebbe dato esito negativo; rileva inoltre che neppure dall'analisi delle transazioni effettuate emergerebbero indizi di anomalia, essendo queste avvenute in prossimità dei luoghi di residenza del cliente, per importi non elevati e dilazionati nel tempo. Altro indice contrario all'ipotesi della clonazione si evincerebbe, ad avviso dell'intermediario, dalla circostanza che, a seguito del blocco della carta, non si sarebbero più registrati tentativi di prelievo. L'intermediario contestava inoltre l'affermazione del ricorrente di non aver ricevuto i previsti SMS *alert* e riporta il tabulato elettronico dei messaggi inviati; richiamava infine le disposizioni contrattuali (artt. 10 e 12 delle condizioni generali) in punto di limitazione di responsabilità del titolare della carta, in caso di utilizzo abusivo della stessa, fino a € 150, salvo il caso di dolo o colpa grave e salva in ogni caso l'ipotesi di inosservanza del dovere di diligente custodia e conservazione della carta e del PIN. Chiedeva quindi all'Arbitro di rigettare il ricorso.

Ritenuto il ricorso maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato in data 14 gennaio 2011.

## **Diritto**

1. Si deve preliminarmente ritenere che la domanda proposta dalla ricorrente rientri nella competenza del Collegio e che i presupposti per la presentazione del ricorso, previsti nel Provvedimento della Banca d'Italia del 19 giugno 2009, si siano verificati nel caso di specie.

2. Venendo al merito della questione, si osserva che l'intermediario convenuto è tra quelli che, già anteriormente al recepimento a livello nazionale (con il d. lgs. n. 11/2010, in vigore dal 1° marzo 2010) della disciplina dettata dalla direttiva europea sui servizi di pagamento (direttiva 2007/64/CE) avevano adottato in via convenzionale una regola di ripartizione del rischio relativo ai prelievi fraudolenti operati da terzi ispirata a criteri del tutto simili a quella di matrice europea, alla stregua della quale essa va comunque interpretata.

Gli artt. 11 e 12 delle condizioni generali del contratto "multiconto" stabiliscono che l'uso della carta è strettamente personale e che il cliente è responsabile del suo eventuale indebito utilizzo. Il successivo art. 13 prevede poi che: *"Il cliente è obbligato, adottando misure di massima cautela, alla custodia ed al buon uso della carta ed è pertanto responsabile di tutte le conseguenze che derivassero dall'utilizzo della carta da parte di terzi. Nel caso di smarrimento, sottrazione, falsificazione o contraffazione, il cliente è tenuto ad informare immediatamente l'intermediario con qualsiasi mezzo, facendo subito seguito con conferma mediante lettera raccomandata da inviarsi all'intermediario entro i due giorni lavorativi successivi, corredata da copia della denuncia presentata alle autorità competenti. Il cliente è responsabile di ogni conseguenza dannosa causata dall'indebito o illecito uso della carta a seguito degli eventi di cui sopra entro il limite di € 150,00 fino al momento della spedizione all'intermediario della comunicazione di cui al comma precedente e salvo comunque che il cliente abbia agito fraudolentemente, con dolo o colpa grave, ovvero non abbia osservato le disposizioni di cui ai commi precedenti e del precedente art. 10"*.

Come poc'anzi si osservava, tale disciplina convenzionale va comunque interpretata alla luce del dato normativo di fonte comunitaria. Infatti, all'epoca dei fatti (agosto 2009) oggetto della presente controversia, era già in vigore, essendo stata pubblicata nella GUCE del 5 dicembre 2007, la citata direttiva n. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

L'art. 60 di tale direttiva enuncia, in termini generali, l'obbligo di integrale rimborso, da parte del prestatore di servizi di pagamento e in favore del pagatore, dell'importo relativo ad un'operazione di pagamento non autorizzata; l'art. 61 specifica che, in deroga al precedente art. 60, il pagatore sopporta, fino alla concorrenza massima di € 150,00, la perdita relativa ad operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'uso di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto o di cui altri si è indebitamente appropriato; la franchigia di € 150,00 non si applica, con la conseguenza che le perdite rimangono a carico esclusivamente del pagatore, (soltanto) nel caso in cui questi abbia agito in modo fraudolento o con negligenza grave.

Le menzionate disposizioni della direttiva riprendevano a loro volta il contenuto della Raccomandazione n. 97/489 CE del 30 luglio 1997, il cui art 6.1 era così formulato: *“Fino al momento della notificazione, il titolare sostiene la perdita subita in conseguenza dello smarrimento o del furto dello strumento di pagamento elettronico nei limiti di un massimale non superiore ai 150 ECU. Detto massimale non si applica ove il titolare abbia agito con colpa grave, in violazione dell'articolo 5, lettere a), b) e c), oppure in maniera fraudolenta”*. In termini non dissimili si era già espressa, in precedenza la Raccomandazione CE. n. 88/590/CEE del 17 novembre 1988 (*Allegato*, § 8.3)

Si tratta di una disciplina evidentemente ispirata al principio del “rischio d'impresa”, e cioè all'idea secondo la quale è razionale far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente “pericolose”, che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa, in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di fornitura del servizio, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi. Si tende, in altri termini, a “spalmare” sulla moltitudine degli utilizzatori il rischio dell'impiego fraudolento di carte di credito e strumenti di pagamento, sì da evitare che esso gravi esclusivamente e direttamente sul singolo pagatore, in funzione dell'obiettivo di incrementare la fiducia del pubblico riguardo ai suddetti strumenti e di incentivarne l'uso e la diffusione, in quanto strumenti atti a facilitare e perciò a moltiplicare le transazioni commerciali, nell'interesse delle imprese, degli stessi utenti/consumatori, nonché, ovviamente, degli intermediari creditizi.



3. Tenuto, dunque, conto della disciplina contrattuale e del suo inquadramento, come sopra, nel contesto di una già esistente disciplina comunitaria, il principio sulla base del quale va risolta la controversia è quello per cui il rischio che grava sul cliente, in relazione ai prelievi fraudolenti da lui subiti a seguito di determinati eventi contrattualmente specificati (fra i quali non specificamente menzionata la clonazione, la quale può tuttavia essere ricondotta all'ipotesi della contraffazione della carta), è circoscritto all'importo di € 150,00, a meno che il cliente stesso non si sia comportato con colpa grave (o addirittura in maniera dolosa, il che, nel caso di specie è da escludere, non essendo stata detta ipotesi neppure ventilata dall'intermediario resistente).

Posto che, indiscutibilmente, grava sull'intermediario l'onere di provare la colpa grave del cliente, nel caso di specie l'intermediario ritiene di averlo assolto in base alla deduzione che le sette transazioni contestate sono avvenute mediante la digitazione del PIN o codice segreto; da ciò si evincerebbe, secondo la banca, che detto codice non era stato custodito con la dovuta diligenza; inoltre, dette transazioni erano avvenute non lontano dal luogo di residenza del cliente, per importi di volta in volta non elevati e a distanza di alcuni giorni l'una dall'altra. 4. Quanto alla contestazione circa la mancata segnalazione dei prelievi fraudolenti attraverso il servizio di SMS alert al quale egli era abbonato, la banca replica producendo il tabulato dal quale risulterebbe l'invio degli SMS al numero di cellulare indicato dal cliente.

Il Collegio ritiene che nessuna delle circostanze addotte dall'intermediario sia idonea a fornire la prova della colpa grave del cliente in relazione alle operazioni da lui disconosciute.

E' noto infatti che per colpa grave deve intendersi, secondo l'insegnamento autorevole della nostra Corte Suprema, il "*comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di recare danno ad altri, operi con straordinaria ed inescusabile imprudenza o negligenza, omettendo di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza generalmente osservato da tutti (...)*" (Cass., 19 novembre 2001, n. 14456).

Alla stregua di tale criterio generale, si può ritenere viziato da colpa grave il comportamento del titolare della carta che trascriva sulla carta stessa, poi smarrita o sottratta, il codice segreto di accesso o PIN, oppure comunichi verbalmente



detto codice ad un terzo, così come è inficiato da colpa grave il comportamento del cliente che, smarrita la carta, se ne accorga solo dopo diversi giorni. Nel caso di specie, non è stato provato dall'intermediario che alcuna delle suddette circostanze si sia verificata; risulta comunque pacifico che il possesso della carta è sempre rimasto al cliente, sì da rendere del tutto plausibile l'ipotesi di clonazione della carta stessa.

Né può ritenersi, assecondando un orientamento difeso in passato da una parte della giurisprudenza teorica e pratica, che la spendita non autorizzata dello strumento di pagamento ovvero l'utilizzo dei codici di accesso segreti a questo collegati siano di per sé sufficienti a dimostrare la negligenza grave ed inescusabile del cliente: basti al riguardo considerare che l'evoluzione tecnologica ha consentito l'elaborazione di tecniche di *PIN-hacking*, attraverso le quali il malfattore è in grado di carpire, mediante l'utilizzo di programmi di *software* adeguati (e dunque senza neppure ricorrere all'altro collaudato sistema della installazione di videocamere in prossimità delle postazioni di prelievo), i PIN e le credenziali di accesso delle carte trafugate e smarrite. Come affermato da autorevole giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 20 marzo 2006), la negligenza del titolare non può ritenersi *"in re ipsa per il solo fatto che una tessera bancomat, dopo il furto, sia stata utilizzata per prelevare contante facendo uso del PIN. (...) Il fatto, noto, che dopo il furto una tessera bancomat venga indebitamente utilizzata, previa digitazione del PIN, non consente affatto di risalire ex art. 2727 c.c. al fatto ignorato che il suddetto codice segreto fosse custodito insieme alla carta. L'illecita acquisizione del PIN potrebbe essere avvenuta, ad esempio, attraverso l'impiego di speciali software in grado di 'leggere' le informazioni contenute nella banda magnetica apposta sulla tessera, oppure potrebbe essere stato carpito prima ancora del furto, in esito ad appostamenti o pedinamento della vittima prescelta"*.

Del resto, che i codici segreti di accesso possano essere carpiri, attraverso le tecniche sopra richiamate, senza alcuna cooperazione colposa della vittima dei prelievi fraudolenti, è noto e riconosciuto da anni anche in ambiente bancario: basta al riguardo consultare il *Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità elettronica tramite internet*, Bancaria editrice, 2006, p. 23 ss.

Infine, la produzione del tabulato da cui risulterebbe l'invio al cliente degli SMS di avviso in coincidenza con i diversi prelievi non vale a provare l'effettiva ricezione dei medesimi da parte del cliente stesso, che in effetti contesta di averli mai



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

ricevuti. In ogni caso, la prova della ricezione dell'SMS non varrebbe a costituire in colpa grave il cliente, nell'ipotesi – per esempio – che egli non se ne sia avveduto per avere il cellulare in quel momento disattivato.

5. Per tutte le ragioni fin qui esposte, il Collegio ritiene che il ricorso meriti di essere parzialmente accolto, con la conseguente corresponsione al ricorrente di un importo di € 1450,00, pari a quello dei prelievi contestati, oltre agli interessi maturati e pagati su detto importo, al netto della franchigia contrattualmente prevista di € 150,00.

In ragione della soccombenza, sia pure parziale, l'intermediario è inoltre tenuto a versare alla Banca d'Italia il contributo alle spese della procedura nella misura di € 200,00 e a versare al ricorrente l'importo di € 20,00 quale rimborso della somma dallo stesso corrisposta alla presentazione del ricorso.

**P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso nei sensi di cui in motivazione. Dispone inoltre che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.**

**IL PRESIDENTE**

Firmato digitalmente da  
GIUSEPPE MARZIALE