COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) TENELLA SILLANI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BONGINI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANTARELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) D'ANGELO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) SANTARELLI

Nella seduta del 07/07/2016 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Il 2 aprile 2015, tra le 12.50 e le 13.00, la ricorrente, mentre si trovava nel parcheggio di un Centro Commerciale intenta a sistemare la spesa nella propria auto, subiva il furto dello zainetto lasciato sul carrello e contenente all'interno, tra altro, la carta Bancomat rilasciata dall'intermediario convenuto. Alle 13.36 dello stesso giorno, sporgeva denuncia e il giorno successivo integrava la denuncia per specificare le operazioni fraudolente effettuate il giorno del furto in rapida successione (tre prelevamenti ATM da € 250,00 cadauno) a distanza di un minuto l'uno dall'altro (il primo alle ore 13.11, il secondo alle 13.12 ed il terzo alle 13.13). A seguito del disconoscimento delle predette operazioni, l'intermediario interessato comunicava l'impossibilità di rimborsare la somma richiesta "*per la mancata custodia del codice PIN da parte della cliente"*. Presentato il reclamo, l'intermediario confermava il riscontro negativo, in quanto la carta bancomat sottratta era dotata di "*chip … immune dalle tipologie di clonazione oggi conosciute",* con l'effetto che si doveva presumere che i malfattori avevano potuto accedere al codice segreto ad esso associata. Reiterato il reclamo, l'intermediario poneva l'accento sul ridotto lasso temporale intercorso tra il furto e i prelievi (circa 20 minuti) come ulteriore prova del fatto che "*il PIN fosse conservato unitamente alla tessera e ad essa immediatamente associabile, configurando*

pertanto il mancato rispetto da parte del titolare della carta degli obblighi di custodia e riservatezza del codice PIN". Con il ricorso, dunque, la ricorrente chiede la restituzione dell'importo sottratto pari a euro 750,00.

L'intermediario con le proprie controdeduzioni riepiloga i fatti e riferisce che con la carta bancomat denominata "*Libramat*" sottratta alla ricorrente e bloccata il giorno del furto alle ore 13.20, "*come indicato nell'integrazione alla denuncia del 03.04.2015"* venivano effettuati tre prelevamenti presso ATM di altro intermediario: (i) ore 13.11 prelievo bancomat di € 250; (ii) ore 13.12 prelievo bancomat di € 250; (iii) ore 13.13 prelievo bancomat di € 250. Riferisce altresì che dagli accertamenti effettuati era risultato che: (i) i prelievi in controversia venivano effettuati nei limiti dei massimali giornalieri contrattualmente stabiliti "*ed indicati nel documento di sintesi inviato alla ricorrente in data 31.12.2014"*; (ii) *"tutte le operazioni disconosciute erano state effettuate mediante l'utilizzo della tecnologia micro-chip, pertanto possibili grazie all'uso combinato della tessera e del codice segreto PIN ad essa associato"*; (iii) "*nessuna operazione risultava avvenuta successivamente al blocco della carta"*; (iv) l'analisi dei log e del giornale di fondo delle operazioni disconosciute escludevano la manipolazione del chip e confermavano l'assenza di anomalie e la corretta digitazione del PIN già al primo tentativo; (iv) alle 13.15 era stato effettuato un ulteriore prelievo non andato a buon fine per esaurimento della disponibilità giornaliera. L'intermediario ritiene quindi il ricorso privo di fondamento e ribadisce l'inaccoglibilità delle pretese restitutorie in quanto deve ravvisarsi "*un contegno gravemente colposo da parte della ricorrente*".

Le parti depositavano poi repliche e controrepliche per ribadire le rispettive posizioni.

DIRITTO

I principi che regolano la materia sono ormai noti e sono quelli fissati dalle disposizioni del D. Lgs. 27.1.2010 n. 11 di recepimento della Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2007/64/CE del 13 novembre 2007) e dal relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 5.7.2011, applicabili al caso di specie. Alla luce di tali disposizioni, come applicate da questo Arbitro, due sono i passaggi ineludibili in materia. In primo luogo è l'intermediario a dover provare, oltre alla l'insussistenza di malfunzionamenti, autenticazione, corretta registrazione e contabilizzazione, 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.

Ora, sotto il primo profilo, l'intermediario ha assolto i propri oneri probatori avendo prodotto i "*Crittogrammi*" relativi alle tre operazioni in controversia nonché uno spaccato del giornale di fondo documentazione idonea a provare l'autenticazione nonché la regolare registrazione e contabilizzazione.

Sotto il secondo possono solo rilevare le circostanze del furto che nella specie si caratterizzano per la rapida successione delle tre operazioni fraudolente di € 250 ciascuna, effettuate in località distante "*11 minuti d'auto*" dal luogo del furto, che si dichiara essere avvenuto tra 12.50 e le 13.00 del 2 aprile 2015, con sottrazione dello zainetto della ricorrente mentre la stessa riponeva la spesa in auto. Rileva inoltre il fatto che, mentre l'intermediario asserisce che "*tutte le transazioni disconosciute erano state effettuate nel limite dei massimali giornalieri contrattualmente stabiliti ed indicati nel documento di sintesi*", quest'ultimo, nella versione prodotta che si dice inviata alla ricorrente in data 13 dicembre 2014, sembra provare il contrario, dal momento che, come emerge dallo stralcio che qui si riporta, prevede per tutti i tipi di prelevamento e pagamento (quali sono

pacificamente le operazioni disconosciute), un massimale giornaliero relativo alla Carta di € 250,00.

MASSIMALI DI PRELEVAMENTO E PAGAMENTO

TIPOLOGIA MASSIMALE	IMPORTO
SERVIZIO BANCOMAT	
Limite prelevamento in unica operazione	250,00 €
Massimale giornaliero relativo alla Carta	250,00 €
Massimale mensile relativo alla Carta	1.500,00 €
Massimale giornaliero relativo al conto corrente (OLI)(a)	500,00 €
Massimale mensile relativo al conto corrente (OLI)	1.500,00 €
SERVIZIO PAGOBANCOMAT	
Massimale giornaliero relativo alla Carta	250,00 €
Massimale mensile relativo alla Carta	250,00 €
Massimale giornaliero relativo al conto corrente (OLI)	530,00 €
Massimale mensile relativo al conto corrente (OLI)	1.500,00 €
SERVIZIO MAESTRO (PER PRELIEVI)	
Massimale giornaliero relativo alla Carta	250,00 €
Massimale mensile relativo alla Carta	250,00 €
Massimale giornaliero relativo al conto corrente (OLI)	250,00 €
Massimale mensile relativo al conto corrente (OLI)	1.300,00 €
SERVIZIO MAESTRO (PER PAGAMENTI)	
Massimale giornaliero relativo alla Carta	250,00 €
Massimale mensile relativo alla Carta	250,00 €
Massimale giornaliero relativo al conto corrente (OLI)	1.000,00 €
Massimale mensile relativo al conto corrente (OLI)	1.300,00 €
Circuito FASTpay	
Massimale per singolo pedaggio:	100,00 €

(a) OLI (On Line to Issuer): modalita' di autorizzazione delle operazioni che prevede la verifica e l'aggiornamento in tempo reale del saldo disponibile di conto corrente di regolamento della Carta.

Infine, dalla documentazione relativa all'autenticazione delle operazioni qui contestate emerge un quarto tentativo di prelievo, non autorizzato per mancanza di disponibilità sulla carta.

A questo contesto fattuale vanno applicati i principi elaborati da questo Arbitro in merito alla definizione di quel comportamento gravemente colposo idoneo ad elidere la responsabilità dell'intermediario ai sensi dell'art. 12 del D. Lgs. 11/2010 e che il Collegio di Coordinamento ha definito come colpa "*abnorme e inescusabile*". Principi che hanno dato rilievo ad un brevissimo arco temporale ai fini della esclusione della responsabilità dell'intermediario e che non hanno escluso la possibilità che il PIN possa essere adeguatamente annotato tra gli effetti personali e non necessariamente tenuto a mente. Ritiene il Collegio, che anche in considerazione degli elementi disponibili quanto ai massimali giornalieri (non è stato prodotto il contratto), non possa nella specie, affermarsi che il comportamento tenuto dalla ricorrente assurga ad un livello di negligenza tale da integrare quella colpa "*abnorme e inescusabile*" di cui ha detto il Collegio di Coordinamento. Ciò pur nella consapevolezza che vi sono decisioni di segno opposto (come la Decisione n. 7746/2015 con cui si è detto che *"lasciare incustodito uno strumento di pagamento in luogo alla mercè di terzi (negozio, palestra, autoveicolo, ufficio) senza adozione di specifiche e idonee cautele volte ad evitarne la sottrazione da parte di terzi malintenzionati, integri la grave violazione dei doveri di custodia previsti dall'art.7 del D.lgs 11/2010, con conseguente impossibilità di limitare la colpa del titolare dello strumento stesso nei limiti della franchigia di cui all'art. 12 del succitate Decreto"*). Il tema delle caratteristiche della colpa grave è stato affrontato dalla Corte di Cassazione, secondo cui "*l'imputazione di colpa grave esclude un concetto di 'normalità' della colpa*" e pertanto, 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 cd. dolo eventuale, la cui sussistenza deve essere provata in concreto (cfr. Cass. civ., Sez. III, 16 maggio 2006, n. 11362).

Pertanto, pur apprezzando gli elementi resi disponibili, tenuto conto della *ratio* sottesa alla disciplina dei servizi di pagamento, le singole e specifiche circostanze relative alle fattispecie non pare possibile desumere in capo all'utilizzatore un comportamento gravemente colposo, mancando 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.
Ne consegue, che alla ricorrente è dovuto il rimborso delle operazioni qui in discussione, dedotta la franchigia come da domanda subordinata dell'intermediario

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 600,00.
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