



COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) MINNECI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) STELLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SPENNACCHIO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) DI NELLA	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) STELLA

Seduta del 14/06/2018

FATTO

Nel presente procedimento la parte ricorrente chiede la restituzione degli importi relativi a 16 operazioni disconosciute effettuate a seguito di furto o smarrimento dello strumento di pagamento oggetto di controversia.

In data 14.10.2017, il ricorrente presentava denuncia di smarrimento/furto del portafoglio nel quale era contenuta, tra le altre cose, una carta bancomat emessa dall'intermediario.

Accortosi successivamente che soggetti ignoti avevano eseguito operazioni con la carta, integrava la prima denuncia e presentava reclamo per le operazioni effettuate tra le ore 15:16 del 13.10.2017 e le ore 00:14 del 14.10.2017.

Nel ricorso ha specificato di non avere tenuto nessun comportamento negligente e di non possedere alcun codice, ipotizzando il PIN possa essere stato carpito durante un precedente utilizzo della carta da parte sua.

Il cliente chiede il rimborso di € 3.432,10, comprensivo di commissioni.

Con le controdeduzioni l'intermediario contesta la mancata diligente custodia della carta e delle sue credenziali segrete, nonché il comportamento imprudente e negligente del ricorrente, riconducibile a un'ipotesi di colpa grave dell'utilizzatore. Osserva che il ricorrente evidenzia di non sapere se sia stata vittima di uno smarrimento o di un furto con destrezza e di essersi accorto del fatto solo nel momento in cui ha avuto necessità di effettuare alcune operazioni con la tessera.



Ritiene che da tutto ciò non possa che desumersi che il ricorrente non custodisse con la doverosa diligenza e prudenza la carta: le operazioni si sono concluse al primo tentativo e senza generare alcuna anomalia, lasciando presumere che il PIN sia stato individuato dal malfattore in quanto conservato unitamente alla carta.

Contesta, infine, la ricostruzione fatta dal ricorrente secondo cui il PIN sarebbe stato carpito grazie a un precedente utilizzo, poiché non si rileva alcuna dichiarazione di riconoscimento di terzi atta a provare la presenza di malfattori al momento delle operazioni di pagamento o di prelievo avvenute precedentemente alle transazioni oggetto di disconoscimento.

Con le conclusioni l'intermediario chiede di dichiarare il ricorso non accoglibile.

DIRITTO

Il cliente non è in grado di riferire le circostanze di tempo e di luogo del furto o dello smarrimento.

I prelievi e i pagamenti disconosciuti (n. 16 operazioni) sono stati effettuati tra le ore 15:16 del 13.10.2017 e le ore 00:14 del 14.10.2017, per un importo complessivo di € 3.432,00 (oltre a € 2,10 di commissioni).

Nessuna delle parti indica il momento del blocco; il ricorrente nella denuncia del 14.10.2017 indica il bancomat come "regolarmente bloccato". Come detto, la denuncia ai CC è stata presentata in data 14.10.2017, alle ore 10:39. In data 20.10.2017 alle ore 11:11 il cliente ha provveduto all'integrazione della denuncia precedentemente sporta.

Ciò premesso, il Collegio rileva che la questione deve essere valutata alla luce del D.Lgs. n.11/2010, di recepimento della Direttiva sui servizi di pagamento (Direttiva 2007/64/CE del 13.10.2007), e del relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 05.07.2011.

La disciplina contenuta nel D.Lgs. n. 11 del 2010 prevede (art. 10) in capo al prestatore di servizi di pagamento l'onere di provare che l'operazione di pagamento, disconosciuta dall'utilizzatore, sia 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. Di seguito, all'art. 12, pone a carico del prestatore di servizi di pagamento le perdite derivanti dall'utilizzo dello strumento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente, intervenuto dopo la comunicazione di smarrimento o furto prevista dall'art. 7, comma 1, lett. b), del citato decreto legislativo.

Lo stesso art. 12, al comma terzo, nel prevedere la franchigia di € 150,00 entro la quale l'utilizzatore può essere tenuto a sopportare la perdita prima della comunicazione prima citata, fa salva l'ipotesi "*in cui l'utilizzatore abbia agito con dolo o colpa grave ovvero non abbia adottato le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che consentono l'utilizzo dello strumento di pagamento*". L'art. 7, comma 2, dello stesso decreto legislativo prescrive poi che "*l'utilizzatore, non appena riceve uno strumento di pagamento, adotta le misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo*".

Sulla base della normativa sopra riportata, in primo luogo è l'intermediario a dover provare, oltre all'insussistenza di malfunzionamenti, l'autenticazione, la corretta registrazione e contabilizzazione delle operazioni disconosciute, 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 l'intermediario ha prodotto gli estratti dei giornali di fondo degli sportelli ATM interessati dai prelievi contestati, dai quali non risultano anomalie nell'effettuazione



delle operazioni in questione (all. 5 controdeduzioni). Non sono state prodotte, invece, evidenze concernenti l'utilizzo ripetuto dello strumento in modalità POS (operazioni pagobancomat).

Per quanto concerne la valutazione di una colpa grave del ricorrente, il Collegio osserva che la prova di tale elemento soggettivo - secondo la tesi difensiva dell'intermediario convenuto - dovrebbe discendere dal fatto che le operazioni disconosciute non sarebbero state possibili se non con la disponibilità del codice segreto, il quale sarebbe quindi stato malamente custodito dalla ricorrente insieme alla carta bancomat (l'operazione è infatti avvenuta con tecnologia a microchip, con l'utilizzo del supporto originale e digitazione del relativo PIN al primo tentativo).

Sul punto il Collegio di coordinamento (decisione n. 5304/2013) ha precisato che *“Non...ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile: una valutazione siffatta deve essere compiuta alla luce di tutte le circostanze di fatto che, di volta in volta, caratterizzano il caso di specie, tenendo in considerazione la sussistenza della stessa sia con riferimento agli obblighi di custodia dello strumento di pagamento, sia quelli di memorizzazione del codice identificativo...”*; né può ritenersi provata, neppure in via presuntiva, la colpa grave dell'utilizzatore *“sulla base dei soli utilizzi fraudolenti in tempi alquanto ravvicinati rispetto al furto; v'è infatti la necessità che siano esaminati, in relazione alla concreta fattispecie di volta in volta posta al vaglio dell'Arbitro, ulteriori elementi di fatti che siano - per l'appunto - gravi, precisi e concordanti ed in relazione ai quali vi sia un elevato grado di probabilità che detti utilizzi fraudolenti siano ascrivibili alla condotta gravemente colposa dell'utilizzatore, il quale con il proprio comportamento abbia casualmente contribuito al verificarsi dell'evento”*.

Alla luce delle risultanze istruttorie, il Collegio ritiene che, per quanto concerne la custodia del PIN, non sono emerse circostanze tali da far ritenere che vi sia stata in capo al ricorrente una colpa grave, così come sopra descritta.

Quanto alla custodia del PIN, si deve innanzitutto far presente che a norma dell'art. 10, comma 2, del decreto legislativo n. 11/2010 *“l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che (...) questi [il cliente] non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7”*.

Sotto questo profilo risulta infondata l'eccezione dell'intermediario secondo cui la digitazione del codice segreto al primo tentativo risulta di per sé sufficiente a evidenziare la colpa grave della cliente. Il Collegio, nei molteplici casi analoghi a quello in esame, ha già osservato che le tecniche di acquisizione dei codici identificativi personali, necessari per l'utilizzo delle carte di pagamento, sono sempre più sofisticate e tali da rendere possibile l'acquisizione di tali dati da parte di terzi a prescindere da qualsiasi forma di negligenza del titolare della carta; anche perché possono essere carpite, oltre che dai singoli utenti, dagli archivi delle banche, nonché dagli ATM e dagli esercizi commerciali con i quali essi entrano in contatto, come pure dalle reti telematiche sulle quali transitano i flussi di informazioni (cfr. Coll. Roma, n. 8144/2014 e n. 82/2012). Non può pertanto escludersi - né, da tale punto di vista, le affermazioni dell'intermediario appaiono dotate del necessario grado di fondatezza ai fini dell'assolvimento dell'onere della prova ex art. 2697 c.c. - che il codice necessario per l'utilizzo del *bancomat* sia stato acquisito dal terzo frodatore per altra via, il che pare sufficiente a dover escludere, sotto questo profilo, la sussistenza di profili di colpa grave a carico della ricorrente.

Né si può presumere la facile individuabilità del PIN, secondo l'insegnamento del Collegio di Coordinamento nella decisione già menzionata n. 5304/2013, in forza del sicuro decorso di un lasso di tempo inferiore ai quindici minuti tra il furto e la prima operazione



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

fraudolenta (nel caso di specie non è infatti noto l'orario in cui sarebbe avvenuto il furto dello strumento di pagamento in questione).

Fermo quanto sopra, si aggiunge che l'intermediario resistente, non solo non risulta aver attivato idonei strumenti di sicurezza, quali l'invio di SMS alert a seguito dei prelievi, come invece prescritto dall'art. 8 D. Lgs. n. 11 del 2010 (a norma del quale il prestatore dei servizi di pagamento è tenuto ad *"assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utilizzatore dei servizi di pagamento possa eseguire la comunicazione di cui all'articolo 7, comma 1, lettera b)"*), ma ha altresì consentito che nel complesso ben 16 operazioni fossero effettuate in un intervallo di tempo di circa nove ore. Si rileva in proposito che ai sensi dell'art. 8 del D.M. 30.04.2007, n. 112 del Ministero dell'Economia e delle Finanze (Regolamento di attuazione della L. 17 agosto 2005, n. 166, recante *"Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento"*), *"Si configura il rischio di frode di cui all'articolo 3, comma 1 della legge, quando viene raggiunto uno dei seguenti parametri: (...) 1) sette o più richieste di autorizzazione nelle 24 ore per una stessa carta di pagamento"*.

Di fronte a un rischio di frode normativamente tipizzato, l'intermediario era dunque senz'altro tenuto ad attivarsi per elidere detto rischio, mentre risulta essere rimasto totalmente inerte (cfr. Coll. Milano, n. 13267/2017).

Esclusa la colpa grave del ricorrente, la resistente è tenuta a restituire al cliente, al netto della menzionata franchigia di € 150,00, l'importo di €. 3.282,10.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 3.282,10.

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