Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) FAUSTI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) CETRA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BENAZZO	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore (MI) CETRA

Seduta del 25/06/2019

FATTO

Con ricorso del 13/02/2019, la ricorrente esponeva di aver subito il furto della carta di debito in data 10/11/2018, con la quale venivano effettuate tre operazioni fraudolente per un totale di € 2.000,00; di essersi accorta delle operazioni non autorizzate tramite il servizio *sms alert* e di avere immediatamente bloccato la carta di debito tramite numero verde; di aver sporto denuncia lo stesso giorno e di aver compilato il modulo per il disconoscimento delle operazioni in data 12/11/2018. Riferiva, inoltre, di aver integrato la precedente denuncia in data 13/11/2018 e di essersi vista rifiutare il riaccredito della somma da parte dell'intermediario che contestava la conservazione non diligente del PIN legato alla carta di debito. La ricorrente, quindi, chiedeva la condanna dell'intermediario alla corresponsione dell'importo di € 2.000,00.
L'intermediario non ha fatto pervenire controdeduzioni.

DIRITTO

Il Collegio, preliminarmente, non può esimersi dallo stigmatizzare il comportamento non conforme a buona fede tenuto dall'intermediario nel presente procedimento in quanto, non essendosi costituito con la presentazione delle proprie controdeduzioni, è palesemente venuto meno ai doveri di cooperazione che gli competono e che sono alla base del presente procedimento di composizione stragiudiziale delle controversie.
Ciò detto, la controversia sottoposta all'esame del Collegio attiene alla richiesta di rimborso di somme indebitamente sottratte attraverso fraudolente operazioni compiute in seguito a furto della carta di pagamento.
Le operazioni contestate dalla ricorrente sono state compiute il 17/10/2018 e, dunque, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina del D.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11 di recepimento della Direttiva 2007/64/CE sui servizi di pagamento, come modificata dal D.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 di recepimento della Direttiva 2015/2366/UE, in vigore dal 13/01/2018.
La novellata normativa ha confermato, rafforzandolo, il regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor* probatorio a beneficio degli utenti, già introdotto dal D.lgs. 11/2010 *ante* modifica e ripetutamente evidenziato da numerose decisioni dell'ABF, anche in sede di Collegio di Coordinamento (cfr., tra le tante, Decisioni n. 991/2014, n. 5304/2014, n. 3498/2012).
Ai fini che interessano la presente decisione vengono in considerazione le seguenti principali disposizioni precettive del D.lgs. 11/2010: *a*) l'art.10, comma 1, stabilisce che, in caso di disconoscimento di un'operazione di pagamento da parte dell'utente, è onere del prestatore di 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*) in difetto della prova della corretta autenticazione viene meno la possibilità stessa di riferire le operazioni contestate al cliente; *c*) l'art. 8 stabilisce (facendo salvi gli obblighi posti in capo all'utente dall' art. 7, di cui *infra*) una serie di obblighi gravanti sul prestatore dei servizi volti a salvaguardare la sicurezza del sistema: in particolare, quello di assicurare l'inaccessibilità ai terzi delle credenziali di sicurezza personalizzate (lett. *a*) e quello di assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utente possa eseguire la comunicazione di cui all'art. 7, comma 1, lett. *b* (lett. *c*); *d*) l'art. 10, comma 2, precisa che, in ogni caso, l'apparente corretta autenticazione non è, di per sé, necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utente che la disconosca, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'art. 7, essendo, per contro, onere del prestatore dei servizi fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente; *e*) di seguito, l'art. 12, comma 1, pone a carico del prestatore dei servizi di pagamento le perdite derivanti dall'utilizzo dello strumento smarrito, sottratto o utilizzato indebitamente, intervenute dopo la comunicazione di smarrimento o furto prevista dall'art. 7, comma 1, lett. *b* o, al comma 2-ter, se l'utilizzo dello strumento non poteva essere notato prima di un pagamento; *f*) l'art. 12, comma 3, poi, nel prevedere la franchigia di € 50,00 entro la quale l'utente può essere tenuto a sopportare la perdita derivante dalle operazioni compiute prima della comunicazione di cui sopra, fa salva l'ipotesi che l'utente « abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto ad uno o più obblighi di cui all'art. 7 con dolo o colpa grave», nel qual caso l'intera perdita resta a suo carico; *g*) l'art. 12, comma 2-*bis* stabilisce, inoltre, che l'utente,

«salvo il caso in cui abbia agito in modo fraudolento, non sopporta alcuna perdita se il prestatore di servizi di pagamento non esige un'autenticazione forte del cliente», come definita dall'art. 1, lett. *q*-bis, necessaria, ai sensi dell'art. 10-*bis*, quando lo stesso utente, accedendo al suo conto *on-line*, dispone un'operazione di pagamento elettronico ovvero «effettua qualsiasi azione, tramite un canale a distanza, che può comportare un rischio di frode nei pagamenti o altri abusi» (detta disposizione del D.lgs. n. 218/2017, per la quale le perdite restano integralmente a carico dell'intermediario nell'ipotesi di mancata applicazione, nei casi previsti, dell'autenticazione forte del cliente, è peraltro destinata a trovare concreta attuazione solo con l'applicazione, fissata a decorrere dal 14 settembre 2019, delle relative norme tecniche di regolamentazione di cui al Regolamento delegato UE 2018/389, entrate in vigore il 13/03/2018); *h*) l'art. 7 elenca gli obblighi gravanti sull'utente abilitato all'utilizzo di uno strumento di pagamento: in particolare, ai sensi del comma 1, lett. *a*, questi è tenuto ad utilizzare detto strumento nel rispetto delle condizioni contrattuali che ne disciplinano l'emissione e l'uso, i cui termini devono essere obiettivi, non discriminatori e proporzionati; il comma 2 precisa, poi, che, «ai fini di cui al comma 1, lettera *a*, l'utilizzatore, non appena riceve uno strumento di pagamento, adotta le misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate».
Conclusivamente, quindi, la disciplina in parola applicabile al caso in esame fa discendere un duplice ed alternativo regime di responsabilità per l'utilizzo non autorizzato di strumenti o servizi di pagamento: il primo, per il quale, rispetto alle operazioni poste in essere anteriormente alla tempestiva comunicazione al prestatore dei servizi, l'utente è tenuto a sopportare la perdita derivante dall'utilizzo non autorizzato dello strumento o del servizio di pagamento nei limiti della franchigia di euro 50,00, rimanendo il resto a carico del prestatore dei servizi; il secondo, che opera nei soli casi in cui l'utente abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'art. 7 con dolo o colpa grave, per il quale l'utente assume invece una responsabilità illimitata e, conseguentemente, sopporta integralmente la perdita.
Venendo, adesso, allo specifico del caso portato in decisione, parte ricorrente chiede il rimborso di n. tre operazioni dall'importo complessivo di € 2.000,00, compiute tra le ore 16.06 e le 16.22 dello stesso giorno del furto, che sarebbe avvenuto, in base a quanto riportato nella risposta al reclamo fornita dall'intermediario, il 10.11.2018 tra le ore 15.45 e le ore 16.15. Parte ricorrente dichiara di aver appreso delle operazioni fraudolente tramite il servizio *sms alert* attivo sulla carta di debito e di aver immediatamente provveduto al blocco, ma non fornisce, in merito, ulteriori dettagli: non allega la denuncia del 10.11.2018 ma si limita a produrre l'integrazione alla stessa, effettuata in data 13/11/2018 alle ore 14.35.
Ciò detto, alla luce delle disposizioni sopra richiamate, come applicate da questo Arbitro, due sono i passaggi ineludibili: in primo luogo è l'intermediario a dover provare, oltre alla l'insussistenza di malfunzionamenti, anche 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 utilizzatore può patire le conseguenze dell'utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento.
Orbene, l'intermediario, in risposta al reclamo, ha affermato che le operazioni siano state effettuate con l'utilizzo del dispositivo originale e non con una carta clonata e che i prelevamenti siano avvenuti inserendo il PIN corretto al primo tentativo; tuttavia, in assenza di controdeduzioni, non è disponibile agli atti la prova del *log* delle operazioni di

prelevamento, venendo quindi a mancare la prova della positiva autenticazione dello strumento di pagamento con riferimento a tutte le operazioni contestate.
Pertanto, nonostante, per espressa ammissione della parte ricorrente, nel caso di specie vi sia stata prova dell'attivazione del servizio *sms alert*, che manderebbe, sotto questo profilo, l'intermediario esente da responsabilità, il mancato assolvimento, da parte di quest'ultimo, dell'onere di provare che l'operazione sia stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata (art. 10, comma 1, D.lgs. 11/10) – onere inteso pacificamente come condizione necessaria, ancorché non sufficiente, per verificare la correttezza dell'operato dell'intermediario – fa sì che il medesimo intermediario sopporti integralmente le conseguenze delle operazioni disconosciute, senza applicazione della franchigia di cui all'art. 12, comma 3, del D.lgs. 11/2010.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 2.000,00.
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