

COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) LUCCHINI GUASTALLA	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) ORLANDI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) SANTARELLI	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(MI) ROSSI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore LUCCHINI GUASTALLA EMANUELE

Nella seduta del 12/03/2015 dopo aver esaminato:

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

FATTO

È stato avanzato ricorso all'ABF al fine di ottenere il rimborso della somma di € 6.732,47 (oltre interessi legali dal reclamo al saldo), importo corrispondente all'asserito danno subito in relazione a 34 operazioni effettuate con carta bancomat, disconosciute dal rappresentante della società ricorrente, in quanto la predetta carta era stata oggetto di furto, oltre che il rimborso della somma di € 20,00, importo corrispondente al contributo versato per la presentazione del ricorso, e delle spese legali sostenute per presentare il reclamo e il ricorso.

Più precisamente, la società ricorrente, in persona del legale rappresentante, era intestataria del conto corrente n. ...24 aperto presso la convenuta. La ricorrente era altresì intestataria della carta bancomat n. ...27 collegata al predetto conto corrente.

Il 30 novembre 2013, il legale rappresentante della ricorrente subiva un furto con destrezza della carta bancomat (nel dettaglio, i ladri sfilavano la carta bancomat dal suo portafoglio, senza tuttavia toccare altri valori).

A causa della scarsa operatività del legale rappresentante con la predetta carta, questi si accorgeva solo in data 2 dicembre 2013 del furto e di 34 operazioni eseguite da ignoti con la predetta carta.



Lo stesso 2 dicembre 2013, il legale rappresentante provvedeva a bloccare la carta.

Il 7 dicembre 2013, presentava denuncia presso i carabinieri.

Il 9 dicembre 2013, presentava modulo di disconoscimento delle operazioni presso la convenuta, cui tuttavia la convenuta forniva riscontro negativo in data 29 gennaio 2014.

Come già esposto nel reclamo del 20 marzo 2014, presentato a mezzo procuratore e riscontrato negativamente dalla convenuta l'8 maggio 2014, la ricorrente ritiene di avere diritto alla restituzione degli importi prelevati dal proprio conto corrente mediante le operazioni da essa disconosciute, che quantifica complessivamente in euro 6.732,47.

La società ricorrente ha fondato la propria pretesa sulla considerazione che la convenuta avrebbe dovuto rilevare l'operatività straordinaria sulla carta bancomat nel periodo di tempo compreso fra il furto con destrezza e l'avvenuto blocco dello strumento. Risultando, infatti, integrati gli "indici di anomalia" indicati dalla normativa di settore, si deve ritenere che la convenuta sia venuta meno ai propri obblighi di diligenza professionale.

La ricorrente, a mezzo procuratore, ha chiesto al Collegio di condannare l'intermediario a corrispondergli le seguenti somme:

- l'importo di euro 6.732,47, corrispondente agli importi prelevati attraverso le operazioni disconosciute, o la minore o maggiore somma che il Collegio vorrà quantificare;
- gli interessi legali dal reclamo al saldo;
- l'importo di euro 20,00 per spese di procedura;
- "con vittoria di spese e competenze".

Nelle proprie controdeduzioni, l'intermediario spiegava di non poter fornire riscontro positivo alla richiesta di rimborso formulata dalla ricorrente, in quanto le 34 operazioni eseguite tra il 30 novembre 2013 e il 2 dicembre 2013 non erano attribuibili ad una violazione dei sistemi di sicurezza predisposti dall'intermediario, bensì ad una grave negligenza del legale rappresentante nella custodia della carta e del PIN; infatti:

- come affermato nella denuncia prodotta dalla stessa ricorrente, il legale rappresentante si era accorto del tentativo di furto già in data 30 novembre 2013; ciò nonostante, non si era preoccupato di controllare che la carta bancomat della società fosse ancora nel portafoglio;
- inoltre, non era vero che la carta bancomat era l'unico oggetto rubato; all'intermediario constava che il legale rappresentante avesse presentato un altro ricorso all'ABF relativo ad operazioni compiute su una diversa carta di pagamento, a lui sottratta nella medesima occasione;
- come affermato nella denuncia e nel modulo di disconoscimento prodotti dalla stessa ricorrente, il legale rappresentante aveva custodito il codice PIN insieme alla carta bancomat, rendendone possibile e agevole l'utilizzo da parte dei soggetti che avevano rubato la carta.

L'intermediario ha chiesto che il Collegio respinga il ricorso per mancata formulazione di un'esplicita domanda all'ABF oppure, in subordine, per infondatezza.

La ricorrente faceva pervenire ulteriori repliche ove affermava che il proprio comportamento non sarebbe stato negligente in quanto:

- per quanto concerneva la custodia della carta, il legale rappresentante aveva dovuto lasciarla nell'autovettura, trovandosi nell'impossibilità di portarla con sé, in quanto doveva partecipare a un evento sportivo; in ogni caso, l'aveva lasciata nascosta nel cruscotto, non visibile dall'esterno;
- per quanto concerneva la custodia del codice PIN, egli lo aveva indicato in una rubrica di indirizzi, in forma criptata sotto forma di numero di telefono, che si trovava in un luogo diverso da quello in cui era stata riposta la carta.



Riteneva, invece, che il comportamento della convenuta costituisse una violazione dei suoi doveri di diligenza professionale, oltre che per il motivo esposto nel ricorso (mancata rilevazione di operazioni che eccedevano notevolmente rispetto alla normale operatività della carta), anche per il fatto di non aver proceduto ad attivare un sistema di e-mail/SMS alert collegato all'utilizzo della carta bancomat.

L'intermediario svolgeva ulteriori precisazioni in merito alla condotta della ricorrente nei seguenti termini:

- per quanto concerneva la custodia della carta, il legale rappresentante non avrebbe dovuto lasciare il bancomat incustodito per tutto il tempo necessario a partecipare alla gara, in un luogo presumibilmente pieno di persone; inoltre, una volta verificato che la serratura dell'auto era stata forzata, avrebbe dovuto accertarsi della presenza della carta bancomat;
- per quanto concerneva la custodia del codice PIN, nella denuncia il legale rappresentante dichiarava che i ladri avevano strappato il foglio della sua agenda su cui era riportato il codice PIN sotto forma di numero di telefono; inoltre, la prima operazione di prelievo era avvenuta solo 20 minuti dopo che questi aveva lasciato l'auto nel parcheggio; tali circostanze dimostravano che i ladri non avevano riscontrato particolari difficoltà nel reperire i codici PIN.

Riteneva, invece, che la propria condotta fosse improntata alla massima diligenza professionale:

- in primo luogo, la convenuta prevedeva il servizio di SMS alert nei confronti dei suoi clienti;
- in secondo luogo, le operazioni effettuate non superavano i plafond giornalieri e mensili; non si erano inoltre ravvisati altri indici di anomalia (es. importi elevati, operatività all'estero ecc.);
- in terzo luogo, la carta bancomat, essendo provvista di microchip, non poteva essere clonata: il suo utilizzo era pertanto possibile soltanto attraverso l'uso fisico del mezzo di pagamento e la digitazione del codice PIN.

In ulteriori successive repliche, la parte ricorrente, oltre a ribadire quanto già riferito nei precedenti scritti difensivi, puntualizzava che:

- il blocco della carta e la denuncia del furto erano avvenuti non appena il legale rappresentante si era accorto della sottrazione della carta bancomat;
- il servizio di SMS alert non risultava in concreto applicato al rapporto contrattuale *inter partes* e il legale rappresentante non aveva ricevuto alcun messaggio telefonico in occasione dell'esecuzione dei prelievi disconosciuti.

In successive controrepliche l'intermediario si limitava a richiamare quanto già affermato nei precedenti scritti difensivi, così come anche la parte ricorrente nelle proprie ulteriori repliche.

DIRITTO

Prima di esaminare nel merito la controversia, sembra opportuno riportare alcuni aspetti essenziali ai fini della decisione.

Per quanto concerne la questione pregiudiziale sollevata dall'intermediario, deve immediatamente rilevarsi la palese infondatezza della medesima, essendo ben chiare ed evidenti le richieste formulate a questo Collegio dalla parte ricorrente.

È stato avanzato ricorso all'ABF al fine di ottenere il rimborso della somma di € 6.732,47 (o della diversa somma che il Collegio riterrà adeguata, oltre interessi legali dal reclamo al saldo), importo corrispondente all'asserito danno subito in relazione a 34 operazioni



effettuate tra il 30 novembre e il 2 dicembre 2013 con carta bancomat, disconosciute dal rappresentante della ricorrente in quanto la predetta carta era stata oggetto di furto, oltre che il rimborso della somma di € 20,00, importo corrispondente al contributo versato per la presentazione del ricorso e delle spese legali sostenute per presentare il reclamo e il ricorso. Entrambe le parti ritengono che l'esecuzione delle operazioni disconosciute sia stata resa possibile dalla grave negligenza della propria controparte.

Le operazioni disconosciute risultano, pertanto, avvenute successivamente all'entrata in vigore del D. Lgs. 27 gennaio 2010, n.11 (Attuazione della direttiva 2007/64/CE, relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno) e del relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 5 luglio 2011.

Per concorde affermazione delle parti, le operazioni eseguite con la carta bancomat n. ...27 a valere sul conto corrente n. ...24 intestato alla ricorrente e disconosciute dal suo legale rappresentante sono 34, avvenute tra il 30 novembre e il 2 dicembre 2013, per un ammontare complessivo di euro 6.732,47.

Per concorde affermazione delle parti, i fatti oggetto della presente vicenda si sono svolti secondo la seguente dinamica:

- 30 novembre, ore 13:15: il legale rappresentante lascia la propria autovettura
- 30 novembre, ore 14:00: il legale rappresentante recupera la propria autovettura, si accorge dell'effrazione, ma non della sottrazione della carta bancomat
- 2 dicembre, mattina: il legale rappresentante esegue un estratto conto, si rende conto delle trentaquattro operazioni ed esegue il blocco della carta
- 7 dicembre: il legale rappresentante presenta denuncia ai carabinieri
- 9 dicembre: il legale rappresentante presenta disconoscimento all'intermediario

La ricorrente afferma che al momento dei fatti il servizio di SMS/e-mail alert non erano attivati. Dal contratto di carta bancomat risulta che tale servizio fosse attivato. L'intermediario afferma di aver informato la ricorrente della possibilità di usufruire di tale servizio. A tal fine produce i relativi fogli informativi contenenti le caratteristiche del servizio.

La ricorrente afferma che l'eccezionale operatività registratasi con la sua carta bancomat nel periodo 30 novembre – 2 dicembre 2013 (sia in rapporto alla normale operatività con la stessa, sia in rapporto agli indici di anomalia indicati dalla normativa di settore) avrebbe dovuto allertare l'intermediario e indurlo a procedere al blocco automatico della stessa. L'intermediario ritiene, invece, che non vi fossero anomalie tali da determinare il blocco della carta bancomat.

Si fa, inoltre, presente che sulla base dell'estratto conto (agli atti) relativo al periodo 30 novembre – 2 dicembre 2013 risulta che nella giornata del 30 novembre e nella giornata del 1 dicembre sono state effettuate più di sette operazioni con la medesima carta di pagamento, che in tutte e tre le giornate è stato esaurito il plafond relativo ai prelievi con Maestro (euro 250,00), in tutte e tre le giornate è stato esaurito il plafond relativo ai prelievi con Bancomat (euro 500,00).

Ebbene, così ricostruiti gli aspetti salienti della vicenda, non può che ricordarsi (come già si è avuto occasione di rilevare in altre occasioni) che è opinione assolutamente condivisa che sul cliente gravi l'onere di custodire con la massima diligenza sia la carta di pagamento sia il codice PIN in suo possesso necessario per compiere operazioni bancarie di vario genere.

Tuttavia, all'epoca dei fatti all'origine del presente procedimento, era già in vigore la normativa (di recepimento della c.d. Direttiva PSD) di cui al D. Lgs. 27 gennaio 2010, n. 11, secondo la quale *“salvo il caso 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, prima della*



comunicazione eseguita ai sensi dell'articolo 7, comma 1, lettera b), l'utilizzatore medesimo può sopportare per un importo comunque non superiore complessivamente a 150 euro la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto o smarrimento" (art. 12, comma 3°); nel contempo, "qualora abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto ad uno o più obblighi di cui all'art. 7 con dolo o colpa grave, l'utilizzatore sopporta tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non si applica il limite di 150 euro di cui al comma precedente" (art. 12, comma 4°).

Ciò chiarito, è ora necessario verificare quale sia la corretta soluzione della controversia alla luce delle norme sopra riportate.

Giova anzitutto sottolineare che, sulla scorta della recente normativa citata, l'argomentazione secondo la quale l'effettuazione delle operazioni con l'utilizzo del PIN corretto concretebbe per ciò solo un'omessa diligente custodia dello strumento di pagamento da parte del cliente non può ritenersi condivisibile in quanto è chiaramente smentita dal dettato dell'art. 10, comma 2°, del decreto legislativo precitato, il quale prevede testualmente che *"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"*.

Da quanto appena evidenziato, emerge pianamente che il compimento di una o più operazioni sconosciute non induce alcuna presunzione di prova a carico del cliente, tanto meno una presunzione di dolo o colpa grave (la cui accertata sussistenza comporterebbe la responsabilità esclusiva e totale del cliente), dovendosi anzi sottolineare che l'imputazione di colpa grave esclude un concetto di "normalità" della colpa, posto che, com'è noto, le conseguenze giuridiche della colpa grave sono trattate allo stesso modo di quelle proprie della condotta dolosa, tanto che si parla comunemente di equiparazione della colpa grave al c.d. "dolo eventuale", la cui sussistenza deve essere provata in concreto (cfr., *ex multis*, Cass. Civ. n. 11362 del 2006).

Passando all'esame di un diverso profilo, deve rilevarsi che l'intermediario imputa, tra l'altro, al cliente una negligenza che ha condotto alla sottrazione della tessera Bancomat.

Invero, seppure sotto un diverso profilo, la censura coglie nel segno, posto che, secondo quanto ammesso dallo stesso ricorrente, il giorno stesso della sottrazione del Bancomat egli era chiaramente venuto a conoscenza del fatto che la propria vettura era stata forzata e, ciò nonostante, non si era sincerato di avere ancora con sé la tessera Bancomat. Tale condotta, ad avviso di questo Collegio, integra gli estremi di una condotta caratterizzata da una colpa grave del cliente, tale da escludere che al caso di specie possa trovare applicazione la franchigia normativamente prevista di euro 150,00.

A questo punto, va, però, valutata la diligenza dell'intermediario nella prestazione del servizio in questione, posto che il ricorrente ha contestato che il numero di operazioni sconosciute evidenzia un'operatività anomala e difforme da quella consueta e che, ciononostante, i sistemi della banca non hanno rilevato alcuna anomalia.

Secondo la consolidata opinione della dottrina e della giurisprudenza, l'attività bancaria, in quanto attività riservata, deve sottostare al canone di diligenza previsto dall'art. 1176, comma 2, c.c. ("diligenza dell'accorto banchiere"), con conseguente adozione di tutte le cautele necessarie.

Come è noto, la diligenza professionalmente qualificata cui fa riferimento il secondo comma dell'art. 1176 c.c. deve essere parametrata alle specificità tecnico-scientifiche della professione esercitata, trattandosi di nozione superiore e più specifica di quella relativa al buon padre di famiglia, richiamata dal primo comma dello stesso articolo. L'adempimento dell'obbligazione, quindi, deve avvenire con la diligenza "del regolato ed accorto



professionista” (banchiere, nel caso che ne occupa), pena il risarcimento dei danni secondo i normali canoni della responsabilità contrattuale.

Per gli aspetti che qui interessano, tale parametro rileva in relazione alla specificità del servizio bancario oggetto di contestazione (servizio Bancomat) e coinvolge l’adeguatezza - considerati gli standard esistenti - dei presidi tecnici adottati dall’intermediario per evitare, nei limiti del possibile, un uso indebito e/o fraudolento dello strumento di pagamento *de quo*.

Con particolare riferimento alle carte di pagamento, può essere utile richiamare, ai fini della valutazione della diligenza dell’intermediario, talune disposizioni che, sebbene abbiano finalità diverse rispetto a quelle di sancire la responsabilità dell’intermediario o del cliente per un fraudolento utilizzo degli strumenti di pagamento, dettano criteri utili per l’individuazione di operazioni “sospette”.

La Legge 17 agosto 2005, n. 166 ha istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento. Le motivazioni che hanno determinato tale scelta normativa possono essere riassunte nell’esigenza di arginare il dilagante fenomeno della clonazione delle carte di pagamento e di garantire la fiducia che i cittadini ripongono nei mezzi di pagamento sostitutivi del contante. Attesa la pericolosità della clonazione/utilizzo fraudolento delle carte di pagamento, la strategia di contrasto è stata identificata nella velocità di individuazione delle transazioni suscettibili di configurare un rischio di frode oggettivo, imminente e rilevabile, attraverso l’analisi delle informazioni riguardanti le transazioni “sospette”, in possesso delle singole società che emettono le carte e l’elaborazione di standard minimi, sul fronte della sicurezza, che devono essere osservati dalle società emittenti. Il decreto di attuazione del predetto intervento normativo (D.M. 30 aprile 2007, n. 112, Regolamento di attuazione della *L. 17 agosto 2005, n. 166*, recante «Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento») detta, con riferimento agli indicatori di rischio, i seguenti criteri:

“ART. 8. *Rischio di frode.*

1. Si configura il rischio di frode di cui all'articolo 3, comma 1 della legge, quando viene raggiunto uno dei seguenti parametri:

a) con riferimento ai punti vendita di cui all'articolo 7, lettera b):

- 1) cinque o più richieste di autorizzazione con carte diverse, rifiutate nelle 24 ore, presso un medesimo punto vendita;
- 2) tre o più richieste di autorizzazione sulla stessa carta, effettuate nelle 24 ore, presso un medesimo punto vendita;
- 3) richiesta di autorizzazione, approvata o rifiutata, che superi del 150% l'importo medio delle operazioni effettuate con carte di pagamento, nei tre mesi precedenti, presso il medesimo punto di vendita;

b) riguardo alle carte di pagamento sottoposte a monitoraggio di cui all'articolo 7, lettera c):

- 1) sette o più richieste di autorizzazione nelle 24 ore per una stessa carta di pagamento;
- 2) una ovvero più richieste di autorizzazione che nelle 24 ore esauriscano l'importo totale del plafond della carta di pagamento;
- 3) due o più richieste di autorizzazione provenienti da Stati diversi, effettuate, con la stessa carta, nell'arco di sessanta minuti.

Ciò chiarito, non può sottacersi un rilevante aspetto di criticità della fattispecie al vaglio di questo Collegio, e cioè che nel giro di qualche giorno sono state compiute svariate operazioni per un rilevante importo complessivo, assolutamente non in linea con un’operatività “fisiologica”; ciò induce a considerare “anomale” tali operazioni per frequenza e tipologia.



Di ciò avrebbe dovuto avvedersi l'intermediario, non certo monitorando direttamente ogni singola operazione, ma predisponendo sistemi automatici di blocco delle operazioni da postazione remota in presenza di comportamenti decisamente non in linea con l'operatività corrente del proprio cliente.

Ciò, nel caso di specie, non è avvenuto e, di conseguenza, l'intermediario che non abbia predisposto idonei strumenti per evidenziare e/o bloccare automaticamente comportamenti che siano evidentemente anomali, non può andare esente da responsabilità.

In sintesi, dunque, nel caso all'origine del presente ricorso se, da un lato, si può verosimilmente ravvisare una responsabilità del cliente per le ragioni già illustrate più sopra, dall'altro lato non si può negare una concorrente responsabilità dell'intermediario che non abbia predisposto adeguati sistemi per proteggere più efficacemente i propri clienti con riferimento al rischio di un uso indebito della carta di pagamento, evidenziando e/o monitorando comportamenti anomali e/o sospetti in relazione alla prestazione del servizio.

Questo Collegio, valutata la gravità delle rispettive colpe in relazione ai fatti illustrati e documentati, ritiene, dunque, di doverle ripartire nella misura del 50 % in capo al cliente e nella misura del 50 % in capo al resistente.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 3.366,23, oltre ad interessi dal reclamo al saldo.

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