



COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

(MI) LAPERTOSA	Presidente
(MI) TENELLA SILLANI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) BARILLA'	Membro designato dalla Banca d'Italia
(MI) MANENTE	Membro di designazione rappresentativa degli intermediari
(MI) GRIPPO	Membro di designazione rappresentativa dei clienti

Relatore DIEGO MANENTE

Seduta del 07/07/2020

FATTO

Con ricorso presentato in data 20/03/2020 parte attrice, titolare di una carta di credito emessa dall'intermediario, ha esposto quanto segue:

- il 06/01/ 2018 la carta veniva smarrita o sottratta;
- Il PIN non era conservato insieme allo strumento, ma ricordato a memoria;
- aveva chiesto l'attivazione del servizio mail per la notifica delle spese;
- dal giorno 08 al giorno 12/01/2018, con la carta, ignoti avevano effettuavano numerose operazioni, tutte di importo pari o inferiore ad € 25,00, per un totale di € 1.611,09;
- la prima mail di notifica delle spese era arrivata solo il 12/01/2018 e riguardava solo quelle dell'8 e 9/01/2018;
- non appena si era avveduta della perdita della carta e delle spese mai autorizzate, aveva provveduto a bloccare lo strumento il giorno 13/01/2018 e a sporgere denuncia il successivo 15/01/2018;
- una seconda mail del 15/01/2018 aveva rendicontato le spese del 09 e 10/01, una successiva del 17/01 quelle del 12/01 e un'ultima mail del 25/01 a una spesa del 9 gennaio;
- una segnalazione più tempestiva delle spese le avrebbe consentito di attivarsi per tempo per il blocco della carta, limitando il danno subito;



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

- il servizio di SMS Alert non era attivo, ma sarebbe comunque risultato inefficace perché la soglia minima di spesa per l'invio del messaggio era pari ad € 50,00;
- l'intermediario non ha mai dato prova della modalità di utilizzo della carta (contactless o digitazione del PIN), ma è presumibile che se i malfattori fossero stati a conoscenza del PIN avrebbero disposto transazioni di importo maggiore;
- aveva contestato gli addebiti e chiesto il rimborso delle operazioni fraudolente all'intermediario, il quale lo aveva rifiutato dichiarando che le operazioni fraudolente erano state effettuate con la corretta digitazione del PIN (solo nell'aprile 2018 l'intermediario aveva riaccreditato l'importo di € 25,30 relativo ad alcune transazioni);
- il numero rilevante di operazioni di piccolo importo eseguite sempre negli stessi esercizi aveva carattere anomalo, posta anche la notevole differenza rispetto alla normale operatività della carta.

Ciò premesso, ha chiesto al Collegio il rimborso delle somme fraudolentemente sottratte, per un totale di € 1.569,84, relative a sessantanove operazioni.

L'intermediario ha presentato le proprie controdeduzioni, nelle quali ha allegato che:

- la ricorrente ha disposto tardivamente il blocco della carta (13/01/2018) rispetto alla data dello smarrimento /furto (06/01/2018);
- le transazioni contestate sono avvenute, per quanto riguarda sessantasei operazioni, presso un'edicola e un supermercato, con lettura contactless del chip della carta, come previsto dalle disposizioni che regolano il circuito internazionale VISA per importi fino ad € 25,00;
- il servizio di SMS Alert è gratuito con una soglia per l'invio del messaggio pari ad € 200,00 o superiori; è possibile attivare un servizio di notifica gratuito per spese fino ad un minimo di € 2,00 attraverso la App dell'intermediario;
- il servizio di notifiche via mail attivato dalla ricorrente prevede la trasmissione periodica di informazioni sui movimenti effettuati con la carta, per tali dovendosi intendere le operazioni già contabilizzate, rispetto alle quali, pertanto, la notifica non è immediata;
- le operazioni contestate non avevano necessariamente carattere anomalo.
- la ricorrente aveva ritenuto di non avvalersi dei servizi di limitazione della spendibilità della carta messi a disposizione della clientela.

Conseguentemente, ha chiesto al Collegio di rigettare il ricorso.

In sede di replica la ricorrente ha ribadito ed ulteriormente puntualizzato le proprie difese, tra l'altro precisando:

- di ricordare con precisione il giorno dello smarrimento della carta perché è stato l'ultimo giorno in cui ha l'aveva utilizzata, essendo stata costretta a restare in casa nei giorni successivi a causa di un attacco influenzale;
- di non essersi accorta di aver perso la carta fino a quando non ha ricevuto la prima e-mail con la notifica delle spese fraudolente (12/01/2018);
- di aver individuato con precisione il giorno dello smarrimento della carta perché è stato l'ultimo in cui ha l'aveva utilizzata, essendo stata costretta a restare in casa nei giorni successivi a causa di un attacco influenzale.

DIRITTO

La controversia sottoposta all'esame del Collegio attiene alla richiesta di rimborso di somme indebitamente sottratte a seguito di utilizzo fraudolento di carta di credito.



Le operazioni contestate dalla ricorrente, compiute tra lo 08/1 e il 12/01/2018, rientrano nell'ambito di applicazione della disciplina 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 del relativo Provvedimento attuativo della Banca d'Italia del 5.7.2011 nella loro versione originaria, trattandosi di transazioni anteriori alle modifiche introdotte dal D. Lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 di recepimento della Direttiva 2015/2366 UE, in vigore dal 13/01/2018.

Questa normativa, come ripetutamente evidenziato da numerose decisioni dell'ABF, anche del Collegio di Coordinamento (cfr. decisioni n. 991/2014, n. 5304/2014, n. 3498/2012), ha istituito un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale *favor probatorio* a beneficio degli utilizzatori, che si ricava dalle seguenti principali disposizioni precettive: a) l'art.10, comma primo, stabilisce che, in caso di disconoscimento di un'operazione di pagamento da parte dell'utilizzatore, 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, con la conseguenza che, in difetto della suddetta prova, viene meno la possibilità stessa di riferire le operazioni contestate al cliente; b) l'art. 10, comma secondo, precisa che, in ogni caso, l'apparentemente corretta autenticazione non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la disconosca; c) di seguito, l'art. 12, comma primo, 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 primo, lett. b) ; d) l'art. 12, terzo comma, poi, nel prevedere la franchigia di € 150,00 entro la quale l'utilizzatore può essere tenuto a sopportare la perdita derivante dalle operazioni compiute *prima* della comunicazione di cui sopra, 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*»; e) l'art. 7 enuclea gli obblighi gravanti sull'utilizzatore dello strumento di pagamento; in particolare, questi è tenuto ad utilizzare detto strumento nel rigoroso rispetto delle condizioni contrattuali che ne disciplinano l'emissione e l'uso (comma primo, lett. a); il comma secondo 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 garantire la sicurezza dei dispositivi personalizzati che ne consentono l'utilizzo*».

Conclusivamente, quindi, in relazione agli obblighi che l'art. 7 pone a carico dell'utilizzatore, la disciplina in parola fa discendere un duplice ed alternativo regime di responsabilità per l'uso 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'utilizzatore è tenuto a sopportare la perdita derivante dall'utilizzo non autorizzato dello strumento o del servizio di pagamento nei limiti della franchigia di euro 150,00, rimanendo il resto a carico del prestatore dei servizi; il secondo, che opera nei soli casi in cui la violazione degli obblighi di cui sopra sia imputabile ad un comportamento (oltre che fraudolento) doloso o gravemente colposo dell'utilizzatore, per il quale l'utilizzatore assume invece una responsabilità illimitata e, conseguentemente, sopporta integralmente la perdita.

Venendo adesso al caso di specie, rileva anzitutto il Collegio che l'intermediario ha versato in atti documentazione idonea a comprovare la corretta e regolare autenticazione, contabilizzazione ed esecuzione delle transazioni contestate richiesta dall'art. 10, comma primo, D. Lgs. n. 11/2010 cit. ed è pertanto possibile accedere alla valutazione del comportamento dell'utilizzatore ai fini dell'applicazione delle previsioni del successivo art. 12, terzo comma.



Si tratta, in particolare, di verificare se ricorra o meno una violazione degli obblighi di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 11/2010 cit. imputabile ad un comportamento fraudolento, doloso o gravemente colposo dell'utilizzatore.

A tale riguardo, occorre tuttavia tener conto anche del secondo comma dell'art. 10 cit., il quale, come sopra ricordato, esclude che l'apparente corretta autenticazione sia *ex se* sufficiente a provare la sua 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, rimanendo invece onere del prestatore dei servizi fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente

Sull'interpretazione del disposto dell'art. 10, comma secondo, cit. è recentemente intervenuto il Collegio di Coordinamento con la decisione n. 22745/2019, il quale, sulla scorta di un'articolata motivazione a cui si rinvia, ha enunciato il seguente principio: *“la previsione di cui all'art. 10, comma 2, del d. lgs. n.11/2010 in ordine all'onere posto a carico del PSP della prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utilizzatore, va interpretato nel senso che la produzione documentale volta a provare l'“autenticazione” e la formale regolarità dell'operazione contestata non soddisfa, di per sé, l'onere probatorio, essendo necessario che l'intermediario provveda specificamente a indicare una serie di elementi di fatto che caratterizzano le modalità esecutive dell'operazione dai quali possa trarsi la prova, in via presuntiva, della colpa grave dell'utente”*.

L'indagine intorno alla sussistenza di tali elementi soggettivi – a parte le ipotesi di dolo – risulta particolarmente articolata con riguardo all'ipotesi di colpa grave dell'utilizzatore.

Anche a voler prescindere dal rilievo che, nel caso di specie, l'intermediario ha allegato, a sostegno dell'attribuzione di una colpa grave alla ricorrente, essenzialmente la circostanza del tardivo blocco dello strumento, l'esito di questa indagine porta ad escludere la configurabilità della fattispecie.

Gli arresti dell'ABF, anche in sede di Collegio di Coordinamento (cfr., ad esempio, le decisioni n. 5304/2013 e n. 6168 /2013, anche per gli ulteriori riferimenti), hanno chiarito, in conformità alle decisioni assunte dalla giurisprudenza di legittimità, che la colpa grave consiste in *“un comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di arrecare danno agli altri, operi con straordinaria e 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”*: *“non dunque ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile”*.

Conformemente alla *ratio* sottesa alla disciplina dei servizi di pagamento, è a carico del prestatore la prova (non solo dell'adozione da parte sua dei presidi di sicurezza degli strumenti di pagamento, bensì anche) della sussistenza di quell'elevato e abnorme grado di negligenza in capo all'utilizzatore, al ricorrere del quale possa imputarsi allo stesso la responsabilità delle conseguenze di un utilizzo fraudolento della carta rubata (v. nuovamente le sopra citate decisioni del Collegio di Coordinamento)

Detta prova può, ovviamente, essere fornita pure per mezzo di presunzioni, purché queste, com'è noto, siano gravi, precise e concordanti secondo quanto dispone l'art. 2729 c. c. (v. ancora le decisioni del Collegio di Coordinamento di cui sopra).

Questa valutazione deve essere compiuta alla luce delle circostanze di fatto che, di volta in volta, caratterizzano il caso di specie.

Orbene, nel caso oggetto della presente decisione, la prova della colpa grave della ricorrente è da ritenersi carente, non essendovi evidenze in atti dalle quali possa desumersi, nemmeno indiziariamente, una sua abnorme ed inescusabile negligenza rispetto agli obblighi che gravano sull'utilizzatore dello strumento, né potendo valorizzarsi a questo fine lo iato temporale tra la perdita della carta ed il blocco della stessa, rispetto al



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

quale parte attrice, come riportato nella parte in fatto della presente decisione, ha fornito plausibile spiegazione.

In conclusione, non essendo rilevabile in capo alla ricorrente un comportamento qualificabile in termini di colpa grave, trova applicazione nel caso di specie l'art. 12, comma terzo, D.Lgs. n. 11/2010 cit., nella parte in cui configura in via ordinaria una responsabilità fondata su un rigido criterio oggettivo e limitata alla franchigia, che espone l'utilizzatore a sopportare il danno conseguente all'utilizzo fraudolento di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto avvenuto prima della comunicazione all'intermediario, per un importo di € 150,00, rimanendo il residuo importo (nella specie pari ad € 1419,84) a carico del prestatore del servizio.

PER QUESTI MOTIVI

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 1.419,84.

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