

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1859 del 23 febbraio 2023

COLLEGIO DI NAPOLI

composto dai signori:

(NA) CARRIERO	Presidente
(NA) CAGGIANO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) MARIANELLO	Membro designato dalla Banca d'Italia
(NA) RUGGIERO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(NA) PALMIERI	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore RUGGIERO

Nella seduta del 24/01/2023

- dopo aver esaminato l'istanza a mezzo della quale l'intermediario resistente ha chiesto la correzione della decisione n. 0015733/22 del 09/12/2022, rilevando una apparente incongruenza tra la motivazione e il dispositivo della decisione,
- riscontrato l'errore materiale segnalato dall'intermediario,
- viste le vigenti "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari" ,
- in accoglimento dell'istanza, il Collegio dispone la rettifica della motivazione della decisione e la sostituzione del relativo dispositivo nei termini seguenti.

FATTO

Il ricorrente, titolare di una carta di credito emessa dall'intermediario, espone che il 15.5.2022, intorno alle ore 19,45, mentre era all'interno della metropolitana di Milano, subiva il furto del portafoglio collocato nel borsello, ove era custodito lo strumento di pagamento.

Riferisce di aver provveduto a sporgere denuncia del fatto alle autorità competenti e, con denuncia integrativa resa il 13.6.2022, di aver precisato che, per effetto del furto della carta, venivano effettuate tre operazioni non autorizzate, con cui ignoti malfattori avevano effettuato tre prelievi da tre diversi ATM: il primo, dell'importo di € 250,00, e gli altri due di € 360,00 ciascuno. Complessivamente, gli sarebbero stati addebitati € 970,00, oltre € 10,00 di commissione per prelievo contanti.

Insoddisfatto dell'esito infruttuoso del reclamo, il ricorrente ha adito l'Arbitro al quale ha chiesto il rimborso integrale dell'importo di €. 980,00.

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1859 del 23 febbraio 2023

Costitutosi nel procedimento, l'intermediario ha contestato la domanda restitutoria formulata dal ricorrente, rilevando: 1) l'inammissibilità della richiesta di rimborso dell'operazione di € 83,46, poichè presentata per la prima volta in ricorso e non essendo stata oggetto di reclamo; 2) che la richiesta di rimborso delle 3 operazioni contestate non può essere accolta, a causa della condotta gravemente colposa del ricorrente; invero, il furto si è verificato in data 16.6.2022, tra le 18:58 e 19:47, come dichiarato dal ricorrente nella denuncia resa, mentre le operazioni disconosciute sono state eseguite in pari data, in un brevissimo arco temporale di distanza rispetto al furto, con corretta digitazione del PIN, nonostante la carta fosse dotata di tecnologia microchip; 3) il furto è avvenuto in un orario precedente a quello indicato nella denuncia: infatti nella stessa, l'istante ha riferito di essersi introdotto nella metropolitana alle ore 19.45, mentre la prima operazione è avvenuta alle ore 18.58 e il blocco della carta è stato effettuato alle ore 19.52.

L'intermediario ha concluso osservando che probabilmente l'istante aveva conservato il codice PIN unitamente alla carta, come è dimostrato dal fatto che le operazioni contestate sono avvenute a breve.

Ha chiesto quindi il rigetto del ricorso e, in subordine, di accertare il concorso di colpa ex art. 1227 c.c.; in ogni caso, di volersi avvalere della franchigia, di cui all'art. 12, d.lgs n. 11/2010.

Con le proprie repliche, parte ricorrente ha dedotto di non aver disconosciuto e contestato l'ulteriore operazione di €. 83,46, di cui non ha chiesto il rimborso. Ha insistito sostanzialmente nella propria domanda, rilevando di non aver certezza del luogo ove sarebbe avvenuto il furto, che, presumibilmente è stato la stazione della metropolitana, e che se l'intermediario gli avesse notificato il messaggio alert, si sarebbe impedito ai malfattori di effettuare le operazioni successive alla prima, poichè eseguite ad una certa distanza temporale. Ha negato che il PIN fosse custodito con la carta ed ha chiesto il risarcimento del danno derivante dai fatti contestati.

DIRITTO

La questione sottoposta all'Arbitro concerne l'utilizzo fraudolento di una carta di credito a lui intestata, mediante tre operazioni di prelievo non autorizzate, eseguite da parte di ignoti, in data 13.6.2022, per il complessivo importo di €. 980,00.

La materia oggetto del ricorso è regolata dal d.lgs. n. 11/2010, così come modificato dal d.lgs. n. 218/2017, che ha recepito la nuova Direttiva 2015/2366/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015 (c.d. PSD 2).

In particolare, le fonti normative che regolano la strong customer authentication (cd. SCA) sono rinvenibili negli artt. 97 e 98 della PSD2, nell'articolo 10 bis del D. Lgs. 10/2011, nelle norme tecniche di regolamentazione emanate dall'EBA e risultano recepite con Regolamento Delegato Ue 2018/389 della Commissione Europea, applicabile a far data dal 14 settembre 2019, nonché nei criteri interpretativi forniti dall'EBA (v. in particolare il parere dell'EBA del 21 giugno 2019).

Occorre dunque far riferimento, per quanto riguarda specificamente l'onere della prova, all'art. 10, d. lgs. 11/2010, come modificato dal d.lgs. 15/12/2017, n. 218, il quale prevede che «qualora l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento già eseguita o sostenga che questa non sia stata correttamente eseguita, è onere del prestatore di servizi di pagamento provare che l'operazione di pagamento è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che non ha subito le conseguenze del malfunzionamento delle procedure necessarie per la sua esecuzione o di altri inconvenienti»; ed al secondo comma del medesimo art. 10, secondo cui «l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di

Pag. 3/6

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1859 del 23 febbraio 2023

per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, 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'articolo 7» (i.e., obblighi di custodia e di corretta utilizzazione dello strumento di pagamento). Ancora, «è onere del prestatore di servizi di pagamento, compreso, se del caso, il prestatore di servizi di disposizione di ordine di pagamento, fornire la prova della frode, del dolo o della colpa grave dell'utente».

La previsione normativa diretta a porre in modo esplicito l'onere della prova a carico del PSP è dunque contenuta in un complesso di norme (quelle del decreto legislativo n. 218/2017) volte ad introdurre nella legge che regola la materia dei servizi di pagamento disposizioni rafforzative del "regime di speciale protezione e di altrettanto speciale favor probatorio a beneficio degli utilizzatori". Ed in effetti, la nuova disposizione sull'onere probatorio di cui al comma 2 dell'art.10 va a potenziare la tutela dell'utente il quale, nell'utilizzo degli strumenti di pagamento, può restare vittima di attività fraudolente che, allo stato delle conoscenze tecnologiche, possono prevalere sui presidi di sicurezza approntati dal PSP, senza che al comportamento dell'utilizzatore possa riconoscersi alcuna efficienza causale (o quanto meno non determinante) nella produzione del fatto illecito.

Ciò premesso, le operazioni disconosciute dal ricorrente consistono in tre prelievi non autorizzati ed effettuati presso tre diversi ATM, di cui il primo per € 250,00 e gli altri due per € 360,00 ciascuno; per le tre operazioni, infine, sono stati addebitati ulteriori € 10,00 di commissione, di cui parte istante pure ha fatto richiesta di rimborso. Dette transazioni risultano eseguite il giorno 15.5.2022, tra le 18:58 e 19:47, e risultano, in dettaglio, nell'estratto conto depositato in atti.

Si osserva, preliminarmente, che il ricorrente per mero errore ha indicato nelle conclusioni del ricorso un ulteriore addebito di € 83,46, ma successivamente rettificato, rilevando che non vi è alcuna operazione per tale importo, oggetto di disconoscimento.

Vi è poi evidenza in atti che il ricorrente ha provveduto al blocco della propria carta il 15.5.2022 alle ore 19:52, dopo aver constatato il furto.

Quanto all'onere probatorio dell'intermediario, dalla documentazione in atti emerge che quest'ultimo ha depositato le evidenze informatiche relative alle tre operazioni di prelievo contestate, di cui la prima risulta essere stata eseguita con "flusso ATM" e le ulteriori due risultano effettuate con "flusso POS"; ha prodotto quindi i log delle tre operazioni contestate, con relativa legenda.

In base a tali allegazioni, le tre transazioni disconosciute risulterebbero eseguite con la lettura del chip della carta e la corretta digitazione del codice PIN.

In tale contesto, appare evidente che il ricorrente non abbia fornito elementi utili per ricostruire con una maggiore precisione i fatti accaduti e, in specie, per concludere di aver subito un "furto con destrezza".

In siffatta circostanza, secondo i più recenti orientamenti condivisi dai Collegi, la condotta del ricorrente che subisca il furto del portafoglio in un luogo pubblico è generalmente connotata da colpa grave, fatta salva la valutazione di ulteriori circostanze, allo stato, non allegate.

Ciò nonostante, sebbene il ricorrente non abbia consentito una precisa e puntuale descrizione dei fatti, sussistendo un margine di incertezza sul luogo del furto o sulla precisa collocazione temporale dell'istante, concorre, nella valutazione complessiva del fatto esaminato, la mancata attivazione da parte dell'intermediario del servizio sms alert, tenuto conto della dinamica di attuazione delle operazioni fraudolente.

Ed invero, come si è detto in premessa, la prima operazione si è verificata alle ore 18:58 e le successive due alle ore 19:38 e alle ore 19:47, sicché appare del tutto evidente che se il

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1859 del 23 febbraio 2023

ricorrente avesse ricevuto un sms o la notifica della prima operazione, le successive transazioni fraudolente si sarebbero verosimilmente evitate, potendo l'istante provvedere al blocco della carta.

Il mancato invio dell'sms (o comunque la mancata prova dell'invio della notifica) da parte dell'intermediario rileva nel delineare la responsabilità concorrente dell'intermediario per quanto attiene le successive operazioni; ciò in quanto, secondo l'orientamento del Collegio di Coordinamento ABF (decisione n. 24366/2019) "fra i doveri di protezione dell'utente gravanti sull'intermediario rientra l'onere di fornire il servizio di sms alert o assimilabili da cui l'intermediario può essere esonerato solo dimostrando l'esplicito rifiuto dell'utente ad avvalersene. Gli effetti della mancata adozione del servizio di alert dovranno essere valutati alla stregua delle circostanze di fatto del caso concreto".

Il che rende meritevole l'accoglimento del ricorso, limitatamente alla restituzione degli importi corrispondenti alla seconda e terza operazione truffaldina.

Quanto al rimborso parziale delle commissioni addebitate e pari ad € 10,00 complessivi, tale richiesta non può essere accolta, atteso che dall'estratto conto risulta che detta commissione è relativa al "prelievo di denaro contante", quindi non riferibile alle operazioni contestate.

Non può essere accolta la richiesta risarcitoria, formulata da parte istante, perché effettuata per la prima volta nelle sue repliche, dovendosi rilevare che le "Disposizioni sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie, se. VI, par.1, escludono la possibilità di ampliare in sede di repliche la domanda iniziale ("Entro il termine perentorio di 25 giorni dalla ricezione delle controdeduzioni, il cliente può trasmettere una memoria di replica. Resta comunque preclusa la possibilità di ampliare la domanda iniziale"); inoltre, detta domanda è totalmente sfornita di elementi probatori a supporto della stessa.

Va tenuto conto, infine, della richiesta di parte resistente in ordine all'applicazione della franchigia, secondo il principio espresso dal Collegio di coordinamento sul punto (Collegio di Coordinamento - decisione n. 24366/2019), rammentando che "...la previsione del limite di 50 euro della perdita imputabile all'utente viene fissato nel citato comma 3 in termini di eventualità ("il pagatore può sopportare"), lasciando presumere che l'applicazione della c.d "franchigia" non sia automatica, ma sia rimessa alla valutazione dell'organo giudicante che potrebbe, ad esempio, valutare se sussista una previsione contrattuale in tal senso ovvero se nel giudizio il prestatore dei servizi di pagamento ne abbia fatto espressa richiesta". Invero, sulla base degli orientamenti condivisi dai Collegi, la franchigia è applicabile: i) indipendentemente da un'apposita previsione pattizia, salva l'eventuale produzione del contratto da parte del cliente, quale soggetto interessato a far valere le eventuali previsioni più favorevoli sul punto; ii) soltanto dietro espressa richiesta dell'intermediario nelle proprie controdeduzioni (anche in virtù del principio della domanda, (iii) in misura fissa, quale stabilita dalla legge, anche in considerazione delle statuizioni del Collegio di Coordinamento con riguardo alla graduabilità dell'importo della franchigia.

In considerazione di quanto precede e del comportamento delle parti, come risultante dagli atti, in accoglimento solo parziale del ricorso ed in applicazione della franchigia di € 50,00, l'intermediario sarà tenuto a rimborsare al ricorrente l'importo corrispondente alla seconda ed alla terza operazione pari ad € 360,00 ciascuna, per un totale di € 670,00.

PQM

In parziale accoglimento del ricorso, il Collegio accerta il diritto del ricorrente al rimborso dell'importo di € 670,00.

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

Pag. 5/6



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1859 del 23 febbraio 2023

della procedura e al ricorrente la somma di € 20,00 quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE LEONARDO CARRIERO