

**Strumenti di pagamento - Carta di debito - Utilizzo fraudolento - Indicatori di anomalia - Oneri di diligenza da parte del cliente - Concorso di colpa** (cod. civ., art. 1176; d. lgs. N. 11/2010, artt. 8 e 12).

## FATTO

La parte ricorrente chiede la restituzione della somma complessiva di € 8.500,00, comprensiva dell'importo di operazioni disconosciute effettuate a seguito dello smarrimento dello strumento di pagamento oggetto di controversia, delle somme indebitamente addebitate dall'intermediario a titolo di SMS, nonché di "interessi e spese". Più precisamente, parte ricorrente ha rappresentato quanto segue: l'istante è titolare di carta di debito collegata al conto corrente acceso presso l'intermediario resistente; sulla suddetta carta era attivato il servizio di notifica tramite SMS delle operazioni di pagamento effettuate; in data 21/02/2017, alle ore 17:00, l'istante comunicava al numero verde dell'intermediario lo smarrimento della carta di pagamento in esame; a partire dal giorno successivo, iniziava a ricevere dei messaggi (in totale, 19) con cui veniva comunicata l'esecuzione di alcune operazioni di prelievo; in data 22/02/2017 l'istante si avvedeva dell'esecuzione tramite la propria carta di n. 31 operazioni di pagamento non autorizzate, a far data dal 17/02/2017; nessun SMS veniva inviato sull'utenza telefonica per avvisare del compimento delle suddette operazioni, "se non dopo l'avvenuta comunicazione di smarrimento"; in precedenza l'istante "non aveva mai effettuato prelevamenti per così tanti importi e in un periodo così limitato"; in seguito al ripristino del servizio di SMS alert, la banca iniziava ad inviare due messaggi per ciascuna operazione effettuata, con duplice addebito del relativo costo (€0,50 per SMS). La parte ricorrente ha quindi domandato la restituzione dell'importo di € 8.500,00, "comprensiva delle somme indebitamente prelevate dal conto corrente, nonché delle somme pagate per l'invio dei messaggi, oltre interessi e spese di mia competenza". Ha chiesto, inoltre, all'intermediario di "verificare il disservizio ut supra lamentato ed inviare unicamente un sms per ogni operazione effettuata con la predetta carta di debito".

Nelle proprie controdeduzioni l'intermediario: preliminarmente, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso, in quanto quest'ultimo si limita a richiamare quanto riportato nel reclamo; pertanto, difetta la contestazione di un comportamento della banca; ha eccepito, altresì, la natura consulenziale dell'istanza presentata, in considerazione della genericità e della indeterminatezza della stessa. Nel merito, ha rappresentato che: la carta di debito oggetto del ricorso è collegata al conto corrente acceso dall'istante presso la parte resistente; dalla lettura del reclamo e della denuncia, si evince che la titolare dello strumento di pagamento controverso utilizzava lo stesso per l'ultima volta il 15/02/2017 e si accorgeva del suo smarrimento solo il 21/02/2017, per cui il blocco della carta veniva apposto nella medesima data alle ore 17:46; le operazioni di pagamento contestate venivano realizzate tra il 17/02/2017 e le 13:58 del 21/02/2017; la parte ricorrente non ha fornito la prova delle pretese avanzate, in violazione dell'art. 2697 c.c.; le operazioni contestate sono state eseguite mediante la digitazione del PIN della carta di debito, dotata di microchip, al primo tentativo, "senza che sia stata registrata alcuna anomalia, come si evidenzia dalla produzione dei relativi giornali di fondo e crittogrammi"; sussiste la colpa grave dell'istante in relazione all'inadempimento degli obblighi di custodia della carta di pagamento e del codice PIN, nonché in tema di tempestività del blocco della carta, in quanto: o l'autore delle operazioni

contestate era in possesso anche del PIN della carta, data l'assenza di anomalie riscontrate nell'uso della stessa, avvenuto mediante la corretta digitazione del PIN; o secondo una consulenza del Politecnico di Torino, non è possibile estrarre il PIN dal chip della carta con tempo e risorse limitate; o l'istante non si è accorta dello smarrimento della carta per 6 giorni; con riferimento alla contestazione relativa alla ricezione degli SMS di notifica delle operazioni solo dopo il blocco della carta, "tale evenienza risulta del tutto irrealistica" ed è sfornita di prova; la richiesta di refusione delle spese legali è infondata, in quanto nel procedimento innanzi all'ABF non è richiesta l'assistenza di un avvocato e comunque non risulta provato il pagamento di dette spese.

L'intermediario ha chiesto al Collegio: in via principale, di dichiarare l'inammissibilità del ricorso "per mancanza di una contestazione relativa al comportamento della Banca e la formulazione di una istanza consulenziale"; in via subordinata, di rigettare il ricorso; in via ulteriormente subordinata, "nella denegata e non creduta ipotesi in cui il ricorso venga accolto, dall'importo delle operazioni contestate dovrà essere dedotta la franchigia di euro 150,00, contemplata dall'art. 12, comma 3, del D. Lgs 11/10, riconoscendo alla ricorrente al massimo l'importo di Euro 4.871,75"; in ogni caso, di rigettare la richiesta di pagamento delle spese legali.

## **DIRITTO**

Prima di esaminare nel merito la controversia sembra opportuno riportare alcuni aspetti essenziali ai fini della decisione. Le operazioni contestate risalgono a un periodo successivo all'entrata in vigore 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. Le operazioni disconosciute, effettuate tra il 17/02/2017 e il 21/02/2017, consistono in n. 31 operazioni di pagamento, in parte riconducibili a operazioni "pagobancomat" e in parte a prelievi presso ATM.

### ***[Omissis]***

L'importo totale delle operazioni disconosciute ammonta a € 5.021,75. ***[Omissis]*** In più occasioni sono stati integrati gli indicatori di anomalia ex art. 8 D.M. 112/2007, in quanto: nella medesima giornata (dalle 19:52 alle 20:21 del 17/02/2017) sono state effettuate sei operazioni di pagamento presso il medesimo punto vendita (distributore di benzina); nella medesima giornata (dalle 20:33 alle 20:51 del 17/02/2017) sono state effettuate cinque operazioni di pagamento presso il medesimo punto vendita (altro distributore di benzina); nella giornata del 17/02/2017 sono state effettuate complessivamente 14 operazioni. La parte ricorrente ha rappresentato di non aver mai effettuato, in precedenza, "prelevamenti per così tanti importi e in un periodo così limitato". Si deve tener presente che, in base all'art. 8 D.M. 112/2007, si configura il rischio di frode "quando viene raggiunto uno dei seguenti parametri: a) con riferimento ai punti vendita di cui all'articolo 7, lettera b): [...] 2) tre o più richieste di autorizzazione sulla stessa carta, effettuate nelle 24 ore, presso un medesimo punto 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;".

L'intermediario ha prodotto evidenza del blocco della carta di pagamento, che risulta avvenuto alle 17:46 del 21/02/2017. Tutte le operazioni contestate risultano effettuate in un momento precedente a quello del blocco. La parte ricorrente ha dichiarato di aver ricevuto gli SMS di notifica delle operazioni di pagamento solo dopo la comunicazione all'intermediario dello smarrimento della carta ed il conseguente blocco della stessa. L'intermediario ha contestato tale circostanza, in quanto "irrealistica" e non provata. Non ha preso posizione in ordine all'attivazione o meno del servizio di SMS alert. Invero,

dalla documentazione contrattuale in atti non emerge che fosse attivato il servizio di SMS alert. Peraltro, il contratto in atti non pare prevederne espressamente la possibilità di attivazione. L'istante ha contestato, altresì, in seguito all'asserito ripristino del servizio di SMS alert, l'invio da parte della banca di due messaggi per ciascuna operazione effettuata, con duplice addebito del relativo costo (€ 0,50 per SMS). Ha chiesto, pertanto, la restituzione delle somme addebitate per i messaggi. Si rappresenta, in ogni caso, che non è stata fornita alcuna evidenza degli SMS che l'istante avrebbe ricevuto.

Dal ricorso e dalla denuncia in atti evince che: la denunciante – cointestataria del presente ricorso – si accorgeva dello smarrimento della propria carta di pagamento in data 21/02/2017; sporgeva denuncia dell'accaduto il 22/02/2017; aveva utilizzato la carta per l'ultima volta in data 15/02/2017 presso un negozio di elettronica; la carta era custodita “in un porta-tessere con il PIN”. La prima operazione non autorizzata è stata effettuata alle ore 19:01 del 17/02/2017. Ebbene, così ricostruiti gli aspetti salienti della vicenda (e ritenendo, contrariamente a quanto eccepito dall'intermediario resistente, che la domanda di parte ricorrente sia chiaramente desumibile dall'interpretazione congiunta di reclamo e ricorso, seppure limitatamente alla restituzione degli importi fraudolentemente prelevati) 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 citata normativa, l'argomentazione secondo la quale l'effettuazione delle operazioni con l'utilizzo del PIN corretto concreterebbe 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 disconosciute 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). Ciò chiarito con riferimento ad un profilo degli obblighi di custodia gravanti sul cliente del sistema bancario (la custodia del PIN), non può, d'altro canto, non rilevarsi che la condotta consistente

nell'aver custodito il proprio strumento di pagamento unitamente al PIN integra pienamente gli elementi in fatto per poter riconoscere una colpa grave in relazione all'obbligo di custodia della carta di pagamento, con conseguente esclusione dell'applicabilità della limitazione di responsabilità prevista dalla più recente normativa in materia.

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 disconosciute 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 l'operatività "storica" del ricorrente e, come già evidenziato più sopra, in presenza di evidenti indicatori di anomalia ex art. 8 D.M. 112/2007. 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.

**P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di € 2.510,88 (...omissis...).**