

COLLEGIO DI COORDINAMENTO – DEC. N. 8553/2019 – PRES. MASSERA – REL. MASSERA

Strumenti di pagamento - franchigia su operazioni non autorizzate - sms alert e presidi di sicurezza a carico dell'intermediario (d. lgs. n. 11/2010, art. 12).

In caso di operazioni di pagamento non autorizzate, l'utilizzatore non sopporta alcuna franchigia laddove abbia tempestivamente comunicato la perdita di possesso dello strumento di pagamento e allorché il fatto non sia a lui imputabile. Fra i doveri di protezione dell'utente gravanti sull'intermediario rientra l'onere di fornire il servizio di sms alert o altri assimilabili (IMCS).

FATTO

Il ricorrente afferma di aver subito, in data 1 giugno 2018, presumibilmente verso le ore 15.00, il furto del portafoglio, contenente tre carte di debito. Il portafoglio era contenuto in un borsello che non è stato oggetto del furto. Del fatto, si sarebbe accorto solo la mattina successiva in occasione del tentativo di eseguire un nuovo pagamento alla cassa di un supermercato e attraverso la verifica effettuata sull'estratto del conto in home banking, accertava che erano stati effettuati otto prelievi non autorizzati da € 250,00 ciascuno in data 1/6/2018, per un totale di € 2.000,00 a valere sulla carta di debito emessa dall'intermediario resistente. Intorno alle 12.00 del 2/6/2018 provvedeva a bloccare le tre carte di pagamento e presentava denuncia all'autorità giudiziaria.

Non risulterebbero prelievi indebiti tramite le altre carte di pagamento.

Le operazioni sconosciute sono state eseguite presso uno stesso ATM secondo la seguente successione oraria: 16,36 - 16,37 - 16,38 - 16,40 - 16,42 - 16,43 - 16,44 - 16,45. Il ricorrente ha precisato che “nel portafoglio [non era contenuta, ndr] l'annotazione dei codici PIN delle carte, come presunto da banca, tant'è vero che le altre due carte che uso regolarmente non sono state utilizzate”. Ha inoltre affermato che le “otto richieste di autorizzazione consecutive dallo stesso bancomat che esauriscono l'importo totale del plafond giornaliero nelle 24 ore per una stessa carta di pagamento, sicuramente non in linea con le mie precedenti condotte, avrebbero dovuto far scattare i sistemi di prevenzione delle frodi di cui le Banche sono tenute a munirsi”.

Lamenta altresì la mancanza del servizio di “sms alert”.

Nelle sue controdeduzioni, l'intermediario fa presente, fa l'altro, che le operazioni contestate risultano regolarmente autenticate, registrate e contabilizzate, e inoltre eseguite con l'utilizzo della carta originale, dotata di tecnologia microchip, con uso del PIN associato. Fa presente altresì che il blocco della carta è avvenuto in data 2 giugno alle ore 11.50.

Dallo svolgimento degli eventi, secondo l'intermediario, “è ragionevole presumere che nel caso in esame il Pin fosse conservato insieme alla carta ovvero contenuto fra gli effetti personali e comunque facilmente relazionabile alla stessa (cfr. decisione n. 33/15 del Collegio di coordinamento)”.

Precisa che non risultano tentativi di digitazione del PIN falliti da parte del soggetto utilizzatore e che i prelievi contestati sono stati eseguiti nel rispetto dei massimali previsti per la carta. In relazione alla mancata attivazione del servizio di “sms alert” fa presente che nel maggio del 2016 era stata emessa una nuova carta in sostituzione di quella originaria e che il ricorrente “sebbene fosse stato edotto sul funzionamento del servizio sms alert tramite il portale carte, come attestato anche dalle clausole contrattuali che disciplinano lo strumento di pagamento (all. 3 ctd) non ha mai deciso per propria autonoma volontà di attivarlo”.

Conclude, affermando che dai fatti illustrati risulterebbe la grave negligenza del ricorrente.
(...)

DIRITTO

(...) Ciò premesso, nell'Ordinanza si evidenzia che il quadro normativo è stato riformulato di recente dalla Direttiva n. 2015/2366, recepita in Italia con d.lgs. n. 218/2017, con il quale sono state apportate modifiche al d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

L'attenzione si concentra sull'introduzione del comma 2-ter nell'art.12 del decreto, in cui è stabilito che, in relazione a un'operazione sconosciuta, "il pagatore non sopporta alcuna perdita se lo smarrimento, la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati dallo stesso prima di un pagamento".

Nella medesima ordinanza si precisa, tuttavia, che la nuova disposizione della legge regolatrice del sistema dei servizi di pagamento necessita di una lettura coordinata con le altre disposizioni del medesimo decreto.

Anzitutto con il comma 3 in cui è prescritto che "Negli altri casi, salvo se abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7, con dolo o colpa grave, il pagatore può sopportare, per un importo comunque non superiore a euro 50, la perdita relativa a operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita".

2. Ne consegue il primo quesito formulato nell'Ordinanza, con precisazione che la soluzione in senso affermativo provocherebbe un netto cambiamento rispetto alla giurisprudenza precedente alla Direttiva PSD2, avente ad oggetto il significato da attribuire alla frase "negli altri casi", che dà avvio al 3° comma dell'art. 12.

Più specificamente, si domanda se tale locuzione sia da intendere nel senso che la c.d. "franchigia" debba ormai reputarsi non operante, fuori dai casi di dolo o colpa grave, soltanto se "la sottrazione o l'appropriazione indebita dello strumento di pagamento non potevano essere notati [...] prima di un pagamento".

(...)

3. Con altro quesito, rimesso all'attenzione di questo Collegio di coordinamento, si domanda se la mera messa a disposizione del cliente di un servizio di SMS alert (o di altri sistemi di allerta ad esso assimilabili, come ad esempio le notifiche istantanee a mezzo app o posta elettronica) sia sufficiente, al di là della sua gratuità od onerosità, a esonerare il prestatore da responsabilità in caso di operazioni di pagamento sconosciute, o se invece detto servizio rappresenti uno dei presidi richiesti a maggior sicurezza dall'art. 10-bis d.lgs. n. 11/2010.

(...)

4. Esaminate le considerazioni svolte nell'Ordinanza di remissione, il Collegio osserva, con riguardo al primo quesito, che il disposto di cui all'art. 12, comma 2-ter si inserisce, come nuovo tassello, nell'ambito dei principi regolatori della responsabilità dell'utente stabiliti nel medesimo art. 12, rimasti per il resto sostanzialmente invariati.

In particolare, resta invariato il principio secondo cui la responsabilità dell'utente non sussiste, salvo che nelle ipotesi in cui si accerti che egli 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" (art. 12, comma 3).

Tuttavia, nell'anzidetta norma è stabilito che, pur in mancanza di responsabilità acclarata, l'utente possa sopportare la perdita derivante da utilizzi indebiti dello strumento di pagamento, conseguenti al suo furto, smarrimento o appropriazione indebita, nella misura massima attualmente ridotta a euro 50,00.

Nel successivo comma 4 è sancita invece la responsabilità dell'utente nelle ipotesi, già richiamate nel precedente comma, di frode, dolo o colpa grave, con precisazione che in

tali casi egli sopporta “tutte le perdite derivanti da operazioni di pagamento non autorizzate e non si applica il limite di 50 euro di cui al comma 3”.

Va ricordato 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.

(...)

5. In risposta al quesito e in linea con le considerazioni fin qui svolte, deve ritenersi che il disposto di cui al comma 2-ter dell'art. 12 si propone di modificare il sistema della ripartizione delle perdite agendo esclusivamente sulla misura dei 50.00 euro previsti nel successivo comma 3, escludendo che il predetto importo sia posto a carico dell'utente nel caso in cui questi abbia ottemperato con la dovuta tempestività, ai sensi dell'art. 7 del medesimo decreto all'obbligo di “comunicare senza indugio, secondo le modalità previste nel contratto quadro, al prestatore di servizi di pagamento o al soggetto da questi indicato lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne viene a conoscenza”.

Si può notare come l'inciso “appena ne viene a conoscenza” assuma un rilievo significativo al fine di valutare quali siano i confini posti all'interprete nell'accertamento della violazione dell'obbligo di “tempestività” nella comunicazione. In particolare, può ritenersi che la locuzione “prima di un pagamento”, enunciata nel comma 2-ter, non valga ad escludere altre cause di giustificazione dell'eventuale ritardo nella comunicazione, né precluda l'accertamento, anche in via presuntiva, di fatti o circostanze da cui risulti che l'utente abbia avuto cognizione della perdita del possesso dello strumento di pagamento ancor prima di un eventuale pagamento indebito.

6. Per altro verso, non sembrerebbe ragionevole porre a carico dell'utente la responsabilità determinata dalla violazione dell'obbligo di dare tempestiva comunicazione al prestatore, con conseguente applicazione della franchigia, se del “pagamento” non abbia avuto notizia. La mancata tempestività può, in effetti, derivare dalla mancata segnalazione, da parte del prestatore, del “pagamento” cui si riferisce il comma 2-ter.

Questo rilievo induce all'esame del secondo quesito proposto nell'Ordinanza, relativo all'obbligo di predisporre un servizio di “sms alert” (o di altre forme equivalenti di segnalazione).

A questo riguardo, deve rilevarsi come all'obbligo di pronta segnalazione, posto a carico dell'utente dall'art. 7, co. 1, lett. “b” è correlato il dovere del prestatore dei servizi di pagamento, ai sensi del successivo art. 8, comma 1, lettera “c”, di “assicurare che siano sempre disponibili strumenti adeguati affinché l'utente dei servizi di pagamento possa eseguire la comunicazione di cui all'art. 7, comma 1, lettera b) (.....)”. In proposito, giova ricordare come il Collegio di coordinamento abbia precisato che la disciplina in esame istituisce “un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale favor probatorio a beneficio degli utilizzatori, i quali sono, dunque, tenuti al semplice disconoscimento delle operazioni di pagamento contestate, mentre è onere del prestatore dei servizi di pagamento provare che l'operazione disconosciuta è stata autenticata, correttamente registrata e contabilizzata e che la sua patologia non sia dovuta a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema [...].

La ratio di tale scelta legislativa è fin troppo notoriamente quella di allocare sul fornitore dei servizi di pagamento il rischio d'impresa, essendo quest'ultimo in grado di parcellizzare, distribuendolo sulla moltitudine dei clienti, il rischio dell'impiego fraudolento di carte di credito o di strumenti di pagamento” (Coll. Coord., decisione n. 3947 del 24.6.2014. In

senso conforme: Coll. Coord. decisione n. 3498/2012; Coll. Coord., decisione n. 991 del 21.2.2014).

(...)

Sulla base di queste premesse, può affermarsi che nella stessa norma su citata (art. 8, comma 1 lett. "c") sia ravvisabile, in linea di principio, l'obbligo dell'intermediario di predisporre un servizio di avviso tempestivo all'utente delle operazioni compiute utilizzando strumenti di pagamento di cui sia titolare, in quanto solo attraverso un (tempestivo) avviso da parte del gestore del sistema può ritenersi che l'utente sia messo in grado di "eseguire la comunicazione di cui all'art. 7, comma 1, lettera b)", qualificando il pagamento registrato come non autorizzato (nel senso del collegamento con l'obbligo di cui all'art.8 sembra esprimersi anche il Collegio di Roma, nella dec. n. 2262/2018).

Può ritenersi, in effetti, che l'attivazione dello strumento di segnalazione "sms alert" rientri nei su menzionati doveri di adottare misure idonee a garantire la sicurezza del servizio con la dovuta diligenza. In ogni caso, costituisce orientamento consolidato dei Collegi territoriali che l'attivazione del servizio di "sms-alert" costituisca un onere gravante direttamente sull'intermediario, a prescindere dal fatto che il cliente ne abbia o meno richiesto l'attivazione.

(...)

7. Dalle considerazioni su illustrate possono trarsi i seguenti principi interpretativi:

a) Il d.lgs. 15 dicembre 2017, n. 218 non modifica il regime della responsabilità né quello probatorio precedentemente applicati. In virtù della suddetta normativa, all'utente non verrà applicata alcuna franchigia nelle ipotesi in cui egli abbia tempestivamente comunicato la perdita di possesso dello strumento di pagamento e allorché il fatto sia imputabile ad atti od omissioni di dipendenti, agenti o succursali del prestatore di servizi di pagamento o dell'ente cui sono state esternalizzate le attività. Verrà applicata la franchigia di euro 50,00 quando tale informativa non sia stata tempestivamente inoltrata.

b) 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.

8. Passando all'esame del merito del ricorso, si osserva quanto segue. Il ricorrente ha contestato l'utilizzo illecito della sua carta di debito, emessa dall'intermediario resistente, che ha dato luogo a otto prelievi non autorizzati di € 250,00 ciascuno, per un totale di € 2.000,00. Non risulterebbero prelievi indebiti tramite le altre carte di pagamento. Le operazioni disconosciute risultano eseguite presso uno stesso ATM secondo la seguente successione oraria: 16,36 - 16,37 - 16,38 - 16,40 - 16,42 - 16,43 - 16,44 - 16,45. Ha lamentato l'assenza del servizio di sms-alert e di un sistema di prevenzione frodi, trattandosi di ben otto operazioni non autorizzate. L'intermediario, nelle sue controdeduzioni, ha fornito evidenza documentale dell'autenticazione, registrazione e contabilizzazione delle operazioni di pagamento contestate, assolvendo l'obbligo di cui all'art.10 del d. lgs. n.11/2010.

Ha inoltre fatto presente che la carta utilizzata è quella originale, dotata di sistema "microchip" e che non risulterebbero tentativi di digitazione del "pin" falliti, per cui deduce che "è ragionevole presumere" che il pin fosse custodito unitamente alla carta trafugata o comunque che fosse facilmente reperibile e ricollegabile alla carta stessa. 9. Con riguardo alla prova della colpa grave dell'utente, si richiama l'orientamento espresso dal Collegio di Coordinamento, secondo cui "non ogni contegno imprudente può far ritenere integrato questo grado di colpa, ma solo quello che appaia abnorme ed inescusabile: una valutazione siffatta deve essere compiuta alla luce di tutte le circostanze di fatto che, di

volta in volta, caratterizzano il caso di specie, tenendo in considerazione la sussistenza della stessa sia con riferimento agli obblighi di custodia dello strumento di pagamento, sia quelli di memorizzazione del codice identificativo” (Coll. Coord., dec. n. 5304/2013).

La prova della colpa grave – che costituisce onere dell’intermediario ai sensi dell’art. 10, comma 2 del decreto – consiste nella prova dei fatti che, in connessione tra loro, possono ragionevolmente condurre a ritenere gravemente negligente la condotta del cliente. Questa prova può essere fornita anche per mezzo di presunzioni, purché queste siano gravi, precise e concordanti, ai sensi dell’art. 2729 c.c.

La stessa Corte di Cassazione, a tale specifico riguardo, ritiene ammissibile la prova indiziaria della sussistenza della colpa grave (cfr. Cass. civ., Sez. II, 18 gennaio 2010, n. 654). Ciò posto, questo Collegio osserva che non è obiettivamente riscontrabile l’orario in cui si è verificato il dichiarato furto della carta di pagamento, per cui il tempo intercorso fra il furto e gli utilizzi contestati non è verificabile con certezza. Il tempo presumibilmente trascorso rende comunque del tutto improbabile che il PIN sia stato ricavato dalla carta trafugata, essendo la stessa dotata di “microchip”, come precisato dall’intermediario convenuto, mentre può presumersi che il ricorrente non abbia ottemperato all’obbligo di adottare misure idonee a proteggere le credenziali di sicurezza personalizzate.

Una conferma di questo assunto può trarsi dalla circostanza per cui delle tre carte di pagamento oggetto di furto soltanto una, quella emessa dall’intermediario convenuto, sia stata di fatto utilizzata, lasciando presumere che gli ignoti malfattori abbiano acquisito, unitamente alla carta, la disponibilità del PIN che ne ha consentito, a differenza delle altre, l’utilizzo.

Peraltro, si delineano due profili di responsabilità dell’intermediario convenuto. Il primo riguarda la mancata attivazione del servizio di “sms alert”, circostanza che, alla luce delle considerazioni sopra svolte, costituisce condotta colposa dell’intermediario, non avendo ottemperato all’obbligo di diligenza professionale su di esso incombente (cfr., fra le tante, Coll. Palermo, dec. n. 13205/2017, già cit.).

Tuttavia, nella fattispecie, l’invio di messaggi di allerta non avrebbe consentito di evitare i prelievi contestati, risultando questi effettuati in rapida sequenza. Il secondo profilo di responsabilità va individuato nella mancata adozione di misure di prevenzione ai sensi dell’art. 8 del D.M. 30 aprile 2007, n. 112 del Ministero dell’Economia e delle Finanze (Regolamento di attuazione della L. 17 agosto 2005, n. 166, recante “Istituzione di un sistema di prevenzione delle frodi sulle carte di pagamento”), che prevede: “Si configura il rischio di frode di cui all’articolo 3, comma 1 della legge, quando viene raggiunto uno dei seguenti parametri: (...) 1) sette o più richieste di autorizzazione nelle 24 ore per una stessa carta di pagamento”.

Nella specie, le operazioni non autorizzate sono otto per cui deve ritenersi che l’intermediario abbia colposamente omesso di attivarsi per impedire il rischio di frode normativamente tipizzato (v. sul punto, Coll. Milano, dec. n. 13267/2017). In particolare, l’intermediario avrebbe dovuto impedire la settima e l’ottava delle operazioni di prelievo non autorizzate, per cui deve ritenersi responsabile, in concorso con il ricorrente, per l’ammontare della perdita conseguente, pari ad € 500,00, che il Collegio ritiene di ripartire in via equitativa in misura del 50 per cento fra le parti della vertenza.

PQM

Il Collegio dispone che l’intermediario corrisponda alla parte ricorrente la somma di euro 250,00.