Avv. Alberto Foggia
Via della Scuola 1 - Tel 050.542786
56127 PISA

Prot. N° 0005668/15 del 20/07/2015

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) DE CAROLIS	Presidente
(RM) LEPROUX	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) MELI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) RUPERTO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) ROSSI CARLEO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore MELI VINCENZO

Seduta del 22/05/2015

Esame del ricorso n. 0114777/2015 pervenuto il 03/02/2015

proposto da

nei confronti di 6370 - CASSA RISPARMIO DI VOLTERRA S.P.A.

Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

(RM) DE CAROLIS	Presidente
(RM) LEPROUX	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) MELI	Membro designato dalla Banca d'Italia
(RM) RUPERTO	Membro designato da Associazione rappresentativa degli intermediari
(RM) ROSSI CARLEO	Membro designato da Associazione rappresentativa dei clienti

Relatore MELI VINCENZO

Nella seduta del 22/05/2015 dopo aver esaminato:

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

FATTO

Con ricorso pervenuto il 30/02/2014, il ricorrente espone che alle ore 12:45 circa del 22/09/2014, in compagnia della moglie, si recava presso la palestra che frequenta abitualmente. Dopo aver collocato il proprio borsello – contenente portafogli, documenti e telefono cellulare – all'interno dell'apposita cassetta, la chiudeva con lucchetto e si recava negli spogliatoi. Conclusa la sessione di allenamento, alle ore 14:00 circa, tornava per riprendere il suo borsello, ma constatava che, medio tempore, il lucchetto della cassetta, apparentemente chiuso, era stato invece forzato ed i suoi effetti personali sottratti da ignoti. Grazie al personale della palestra provvedeva subito (cautelativamente) al blocco delle sue due carte bancomat ed a sporgere denuncia-querela contro ignoti presso la locale stazione dei Carabinieri. Il giorno successivo sottoscriveva il modulo predisposto

per operazioni non autorizzate, formalizzando il reclamo all'intermediario. In data 25/09/2014, provvedeva ad integrare la denuncia, specificando di essere venuto a conoscenza dell'effettuazione, da parte dei malviventi, di tre prelievi sul circuito internazionale, per un importo complessivo di € 750,00. Censura il comportamento della banca che, a fronte di un operatività limitata a sporadici e modesti prelevamenti (€ 1.300,00 in nove mesi), trovandosi al cospetto di operazioni obiettivamente anomale ed agevolmente identificabili, non si è attivata con un (cautelativo) blocco dell'operatività del bancomat stesso. Infine, sottolinea il necessario intervento nel procedimento del rappresentante legale, e quindi la debenza delle relative spese a carico della parte resistente. Chiede che l'Arbitro voglia disporre nei confronti della resistente la condanna al rimborso di € 550,00, oltre interessi legali dal 22.9.2014 fino al soddisfo, nonché di € 500,00 per spese legali, oltre le spese della procedura.

Con controdeduzioni del 20/03/2015, l'intermediario, dopo aver riepilogato i fatti rappresentati dal ricorrente, sviluppa le seguenti considerazioni.

I prelievi di denaro sono avvenuti in un lasso di tempo talmente breve da non consentire alcuna "decifratura" del microchip della carta. Come dimostrato dal dettaglio informatico dei prelevamenti bancomat, le operazioni contestate sono state eseguite inserendo, sin dalla prima, il corretto codice PIN. Nota anche come vi siano stati ulteriori tentativi di prelievo, non autorizzati per raggiunto limite di plafond. Allega la "Consulenza scientifica sul PIN delle carte di pagamento elettroniche a marchio Bancomat e PagoBancomat", dove si perviene alla conclusione dell'impossibilità, dato un ristretto lasso di tempo e l'utilizzo di risorse limitate, di riuscire ad estrarre dalla carta bancomat il PIN contenuto nel chip. La ricostruzione del fatto lascerebbe presumere che il codice segreto non fosse adeguatamente custodito e, quindi, facilmente reperito dai malfattori e correttamente digitato nelle transazioni di prelievo. Ciò posto, ne discende, "quantomeno, una corresponsabilità del Cliente stesso negli eventi". Con riferimento alla rilevazione delle anomalie nella gestione del rapporto, precisa che "i sistemi di rilevazione di comportamenti anomali avrebbero potuto evidenziare e bloccare il secondo ed il terzo prelievo se eseguiti presso nostri ATM, ma non certamente se eseguiti presso ATM di altri Intermediari", in quanto il circuito interbancario non consente rilevazioni di anomalie a livelli multibanca. In merito alla domanda di refusione delle spese per l'assistenza legale, la banca sostiene la non necessarietà di tale assistenza, atteso che la procedura di ricorso non richiede particolari "cognizioni o competenze"; ciò anche il considerazione della precedente attività lavorativa, di carabiniere, svolta dal ricorrente.

Chiede quindi di rigettare il ricorso in quanto, alla luce delle considerazioni effettuate, ritiene sussistere la responsabilità in capo al ricorrente.

Il ricorrente ha replicato, a mezzo di un avvocato, limitandosi a reiterare quanto già rappresentato in sede di ricorso, specificando che la colpa grave non può essere provata, come sostenuto in numerose pronunce del Collegio di Roma, in via presuntiva, sulla base di indizi, quale il breve lasso temporale, ammesso che gli stessi non siano gravi, precisi e concordanti. A suggello della tesi esposta, sostiene di aver provveduto, conformemente agli obblighi imposti in capo all'utilizzatore dello strumento di pagamento dal D.lgs. 11 del 2010, a custodire correttamente il codice segreto, che, peraltro, ha imparato a memoria, non comunicandolo a terzi e non portandolo con sé.

L'intermediario ha controreplicato, operando una specificazione con riferimento al lasso temporale in cui sarebbe avvenuto il furto. Il tempo indicato, di "almeno mezz'ora", deducibile dalla denuncia, "presupporrebbe che i malfattori fossero già presenti nel luogo del furto ed attendessero il momento in cui il [redacted] riponeva il borsello nel luogo dal quale è stato successivamente asportato. Non essendo individuato con certezza l'orario del furto, questo potrebbe essere avvenuto anche successivamente alle ore 13:00, riducendo così ulteriormente il tempo tra l'effettivo furto ed il primo prelevamento (avvenuto alle ore 13:29)". Ribadisce, infine, la colpa grave del ricorrente nel custodire la carta bancomat assieme al codice pin, desumibile dal ristretto lasso di tempo e nell'assenza di errati tentativi di digitazione del codice segreto.

DIRITTO

Il ricorso è meritevole di accoglimento.

L'art. 12, co. 3, del d. lgs. n. 11 del 2010 (di attuazione della direttiva 2007/64/CE), stabilisce che, "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'art. 7, co. 1, lettera b), l'utilizzatore medesimo può sopportare per un importo comunque non superiore complessivamente a € 150,00 la perdita derivante dall'utilizzo indebito dello strumento di pagamento conseguente al suo furto o smarrimento". Il legislatore ha posto, dunque, a carico del prestatore del servizio di pagamento il rischio dell'utilizzo fraudolento, ad opera di terzi, degli strumenti di pagamento, e cioè l'intera perdita derivante da detto utilizzo, al netto di una franchigia.

Come più volte osservato da questo Collegio e sancito dal Collegio di coordinamento (dec. n. 3298/12), si tratta di soluzione evidentemente ispirata al principio del rischio d'impresa e cioè all'idea secondo la quale è razionale far gravare i rischi statisticamente prevedibili legati ad attività oggettivamente "pericolose", che interessano un'ampia moltitudine di consumatori o utenti, sull'impresa. Ciò in quanto quest'ultima è in grado, attraverso la determinazione dei prezzi di vendita dei beni o di fornitura del servizio, di ribaltare sulla massa dei consumatori e degli utenti il costo dell'assicurazione di detti rischi. Ciò a meno che non venga provato dall'intermediario che il cliente, utilizzatore del servizio e dello strumento di pagamento, ha violato in maniera dolosa o gravemente colposa i propri obblighi contrattuali ed in particolare ha omesso di adottare adeguate misure di sicurezza quanto all'utilizzo dei dispositivi personalizzati di accesso al servizio di pagamento.

Nel caso di specie, considerate le circostanze descritte dal ricorrente, ritiene il Collegio che manchi la prova di un suo comportamento gravemente colposo, al qual ricondurre il prelievo abusivo. Il bancomat non è stato infatti lasciato in un comune armadietto, all'interno dello spogliatoio, bensì in una apposita cassetta, chiusa con un lucchetto, messa evidentemente a disposizione allo scopo di custodire gli effetti personali durante l'esercizio dell'attività sportiva. E' incontestato che detto bancomat sia stato sottratto, appunto, forzando tale cassetta. Si può, dunque, escludere che il ricorrente abbia omesso osservare le misure idonee a garantire la sicurezza della carta bancomat.

Quanto all'argomento della brevità del tempo trascorso tra l'allontanamento dalla cassetta e il primo prelievo, sulla base del quale si deduce che il PIN fosse custodito insieme alla carta, è noto come tale questione sia stata più volte affrontata dai Collegi territoriali dell'ABF (incluso il presente) e anche dal Collegio di coordinamento. Quest'ultimo, con la dec. n. 5304/2013 ha osservato: "in fattispecie come quelle sottoposte all'ABF, si tratta di verificare se la sequenza temporale tra furto e utilizzi fraudolenti posti in stretta successione tra loro sia idonea a fondare la presunzione della sussistenza della colpa grave in capo all'utilizzatore: nella ricostruzione di tale iter, i fatti noti consistono nel furto della carta e nel suo utilizzo immediato e fraudolento; sulla base di tali premesse in fatto deve risalirsi al fatto ignoto consistente nella conservazione del PIN unitamente alla carta e alla relativa facile associazione. È tale comportamento, infatti, che si pone in contrasto con obblighi specifici derivanti dalla legge e dal contratto con il prestatore e che integra ex se la colpa grave dell'utilizzatore. In altre parole, non v'è un ulteriore passaggio logico-deduttivo, in base al quale - alla luce di fatti noti – debba risalirsi dapprima al fatto ignoto consistente nella conservazione congiunta di PIN e carta (che costituirebbe una prima

presunzione semplice), in ragione della quale dovrebbe ulteriormente presumersi la sussistenza della colpa grave (che costituirebbe una seconda presunzione). Ritenuto, pertanto, legittimo tale iter argomentativo, poiché esso non costituisce una praesumptio de praesunto bensì una presunzione seppure qualificata, questo Collegio – coerentemente con la giurisprudenza consolidata dell'ABF – non può mancare di rilevare che non possa ritenersi provata, neppure in via presuntiva, la colpa grave dell'utilizzatore sulla base dei soli utilizzi fraudolenti in tempi alquanto ravvicinati rispetto al furto; v'è infatti la necessità che siano esaminati, in relazione alla concreta fattispecie di volta in volta posta al vaglio dell'Arbitro, ulteriori elementi di fatti che siano – per l'appunto – gravi, precisi e concordanti ed in relazione ai quali vi sia un elevato grado di probabilità che detti utilizzi fraudolenti siano ascrivibili alla condotta gravemente colposa dell'utilizzatore, il quale con il proprio comportamento abbia causalmente contribuito al verificarsi dell'evento".

Nel caso di specie, la resistente osserva che il furto potrebbe essere avvenuto anche "successivamente alle ore 13.00", con ciò accorciandosi il tempo intercorso tra di esso e il prelievo. Nessuna prova, tuttavia, sussiste che le cose si siano svolte in tali termini. In sostanza, se il furto fosse avvenuto, come altrettanto possibile, a ridosso delle 13.00, tra esso ed il primo prelievo sarebbe trascorsa più di mezz'ora (il primo prelievo risulta effettuato alle ore 13.34) Ciò porta ad escludere che il PIN, ancorché, in ipotesi, conservato insieme agli effetti sottratti (laddove non sia stato carpito attraverso altre possibili vie, non note a questo Collegio) fosse di "facile associazione" alla carta (come appunto richiesto dal Collegio di coordinamento). D'altro canto, la conformità del comportamento dell'utilizzatore ad un grado minimo di diligenza non può tradursi nell'onere di tenere a memoria tutti i PIN e le password il cui uso è reso sempre più necessario dal crescente uso, anche da parte di un normale cittadino, di piattaforme informatiche. Una simile pretesa sarebbe, del resto, anche in stridente contrasto con l'esigenza – tradottasi in prescrizioni normative di derivazione europea: si vedano la direttiva 2005/60/CE, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, e la direttiva 2006/70/CE, che ne reca misure di esecuzione, attuate entrambe con il d.lg. n. 231/07, modificato dal d.lg. n. 169/12 – di ridurre al minimo l'uso del contante, spingendo verso la diffusione, indipendentemente dall'età e dal reddito degli utilizzatori, dei conti bancari e dei relativi strumenti di pagamento. Se ciò è vero, ciò che si può ragionevolmente richiedere all'utilizzatore, perché non sia considerato in colpa grave è: a) che lo strumento di pagamento sia adeguatamente custodito; b) che il PIN sia in qualche modo reso di non

troppo agevole associazione alla carta della quale consente l'utilizzo. In tal modo, il tempo, pur non lunghissimo, necessario a chi sottragga la carta per individuarlo ed effettuare i prelievi, può essere sufficiente al legittimo titolare per procedere al blocco (anche se ciò non può, ovviamente, avvenire nei casi, come il presente, in cui le circostanze portano l'utilizzatore ad accorgersi comunque in ritardo della sottrazione della carta).

L'intermediario dovrà, pertanto, rimborsare al ricorrente € 550,00, corrispondenti alla richiesta formulata dallo stesso ricorrente, oltre interessi legali dalla data del reclamo al saldo, nonché l'importo di € 100,00 per spese di assistenza professionale. E' vero che tale assistenza non è obbligatoria nei procedimenti dinanzi all'ABF, ma scelta di rivolgersi ad un professionista ai fini della redazione del ricorso non può considerarsi inopportuna, data la innegabile tecnicità della materia.

P.Q.M.

Il Collegio dispone che l'intermediario corrisponda al ricorrente la somma di euro 550,00, oltre interessi legali dalla data del reclamo al saldo, nonché l'importo di euro 100,00 per spese di assistenza professionale.

Dispone, inoltre, ai sensi della vigente normativa, che l'intermediario corrisponda alla Banca d'Italia la somma di Euro 200,00 (duecento/00) quale contributo alle spese della procedura e al ricorrente quella di Euro 20,00 (venti/00) quale rimborso della somma versata alla presentazione del ricorso.

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
BRUNO DE CAROLIS