



Arbitro Bancario Finanziario  
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

## IL COLLEGIO DI MILANO

composto dai signori:

- |   |  |
|---|--|
| - Prof. Avv. Antonio Gambaro                    | Presidente   |
| - Prof.ssa Antonella Maria Sciarrone Alibrandi  | Membro designato dalla Banca d'Italia                  |
| - Prof. Avv. Emanuele Cesare Lucchini Guastalla | Membro designato dalla Banca d'Italia (Estensore)      |
| - Dott. Mario Blandini                          | Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario |
| - Avv. Guido Sagliaschi                         | Membro designato dal C.N.C.U.                          |

nella seduta del 31 marzo 2011 dopo aver esaminato

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

### FATTO

Con la lettera del 14.5.2010 il Ricorrente - titolare di una carta prepagata emessa dall'Intermediario – ha disconosciuto n. 2 operazioni eseguite *on line* da ignoti con la suddetta carta; più specificamente, le operazioni contestate sono le seguenti:

- ricarica di carta prepagata del 5.5.2010, ore 18,57, per l'importo di € 500,00;
- ricarica di carta prepagata del 6.5.2010, ore 14.57, per l'importo di 89,00.

Il cliente ha precisato di aver bloccato [in pari data] la carta e ha chiesto la verifica delle operazioni con conseguente rimborso della somma sottratta.

Con lettera del 20.5.2010, l'intermediario ha comunicato al cliente di non poter accogliere la richiesta di rimborso, riconducibile ad un caso di frode informatica, avendo adottato sistemi di protezione che rispettano adeguati standard di sicurezza.

Il Ricorrente ha chiesto all'ABF di disporre il rimborso delle somme addebitate a seguito

dell'illecito utilizzo della carta prepagata a lui intestata, dichiarando di utilizzare strumenti informatici dotati di protezioni adeguate e di non aver tenuto comportamenti pericolosi nella navigazione sul web.

Il cliente ha invocato l'applicazione del D. Lgs. 11/2010, ritenendo che – alla luce della nuova normativa in materia – il sistema di accesso telematico posto in essere dall'intermediario (user-id e password) non può più ritenersi idoneo a garantire la sicurezza delle operazioni *on line*.

Sono allegati al ricorso, in copia, la denuncia e la corrispondenza intercorsa con l'Intermediario nella fase di reclamo, nonché una lista delle operazioni compiute con la carta intestata al ricorrente nel periodo di riferimento.

L'Intermediario ha trasmesso le proprie controdeduzioni alla Segreteria Tecnica, tramite PEC, il 28.10.2010 (con ritardo rispetto alla scadenza prevista).

La Segreteria Tecnica ha inoltrato le controdeduzioni al ricorrente con e-mail.

L'Intermediario – nelle controdeduzioni – ha rilevato in fatto che:

- l'8.4.2010 il cliente ha chiesto il rilascio di una carta prepagata, sottoscrivendo il relativo contratto (all.to 1);
- il 5.5.2010 e il 6.5.2010 sono state effettuate le due ricariche contestate (cfr. all.to 2);
- il 14.5.2010 il ricorrente ha disconosciuto le due operazioni, presentando denuncia all'A.G. e inoltrando un reclamo all'intermediario, che ha bloccato – in giornata - i codici personali e la carta prepagata.

Ha precisato, inoltre, che:

- dalle verifiche eseguite, le operazioni contestate sono state disposte mediante il corretto inserimento di tutti i codici identificativi in possesso del ricorrente (user-id, password, numero e scadenza della carta, codice CVV2 riportato sul retro della carta);
- gli importi indicati sono stati trasferiti su altre carte prepagate e prelevati dai rispettivi titolari [l'intermediario indica anche le generalità dei beneficiari], che – secondo quanto affermato dal ricorrente, ne sono indebiti percettori e – dunque – unici destinatari della domanda di restituzione.

In punto di diritto l'Intermediario ha richiamato l'art. 7, comma 4 delle Condizioni Contrattuali, ai sensi del quale *“Nel caso in cui sia richiesta per l'utilizzazione della Carta la digitazione del numero della Carta, della scadenza e del CVV2, la digitazione di tali dati costituisce l'esclusivo strumento di identificazione del titolare della Carta”* e ha precisato che l'uso della Carta nel rispetto di tali modalità di autenticazione autorizza l'Intermediario ad eseguire le operazioni disposte con piena liberazione nei confronti del cliente.

Quanto alla diligenza del Ricorrente, l'intermediario ha rilevato che costui, pur dichiarando di non aver smarrito o ceduto a terzi la Carta, non ha dichiarato di aver osservato tutti gli

obblighi contrattuali assunti, né ha in alcun modo provato la corretta custodia dei propri codici identificativi, in ordine al quale si era obbligato; l'intermediario, invece, fin dal marzo 2005, ha avviato una progressiva campagna di informazione e sensibilizzazione della clientela, con riguardo al fenomeno del *phishing*, e ha adottato sistemi telematici "assolutamente sicuri", certificati secondo i più rigorosi ed affidabili standard internazionali (cfr. certificazioni allegate).

L'intermediario ha concluso affermando che il ricorso non può essere accolto, rilevando la mancanza di contestazioni circa una sua inadempienza contrattuale a fronte della negligenza del titolare della carta in ordine agli obblighi di corretta e prudente custodia contrattualmente previsti. Ha rammentato, altresì, che, ai sensi dell'art. 1227, comma 2°, c.c. il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore poteva evitare usando l'ordinaria diligenza e che, ai sensi dell'art. 2697 c.c., chi vuol far valere un diritto deve provare i fatti dedotti che ne costituiscono il fondamento e dai quali fa derivare le sue pretese.

## DIRITTO

La questione centrale che questo Collegio deve affrontare per la soluzione del caso che ne occupa attiene ai doveri di custodia dei codici di accesso da parte del cliente che utilizzi una carta prepagata su Internet da un lato e del grado di diligenza che si può richiedere all'intermediario in relazione all'erogazione di detto servizio dall'altro lato.

Tuttavia, prima di passare all'esame del merito della questione, è bene ricordare in fatto alcuni aspetti essenziali ai fini della decisione.

Il modulo di richiesta della carta prepagata è stato sottoscritto dal ricorrente l'8.4.2010 e le operazioni contestate sono state eseguite il 5.5.2010 e il 6.5.2010; il ricorso riguarda, dunque, fatti avvenuti dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 11/2010.

La Banca ha prodotto agli atti il modulo di richiesta della carta prepagata, sottoscritto dal cliente, con rinvio alle condizioni generali di contratto riportate sul retro. Di seguito si riportano le disposizioni contrattuali rilevanti ai fini dell'esame della controversia (le condizioni di contratto prodotte dalle parti non prevedono la limitazione di responsabilità del cliente stabilita dalla nuova disciplina dei servizi di pagamento):

"Art. 2 - Titolarietà della Carta e responsabilità per la custodia della Carta e del PIN

[omissis]

2. La Carta deve essere usata solo dal titolare e non può in nessun caso e per nessun motivo essere ceduta o data in uso a terzi (...).

[omissis]

4. (...). Il Titolare, dal momento in cui riceve la Carta e il relativo PIN, è responsabile di ogni conseguenza dannosa che possa derivare dall'abuso o dall'uso illecito degli stessi,

nonché del loro smarrimento o sottrazione fatto salvo quanto previsto dall'art. 8.

Art. 6 - Modalità d'uso della Carta.

[omissis]

5. [L'Intermediario] non risponde dell'eventuale acquisizione di dati e informazioni riguardanti il Titolare da parte di terzi che abbiano in qualunque modo accesso agli strumenti operativi (per esempio il personal computer) utilizzati dal Titolare per effettuare con la Carta, attraverso la rete internet, le operazioni dispositive e informative di cui al precedente art. 5. Il Titolare è responsabile, tenendone in ogni forma esonerat[o] [l'Intermediario], per i danni di qualsiasi natura eventualmente derivanti dall'aver il Titolare stesso incautamente fornito a terzi i propri dati personali e/o strumenti di identificazione e legittimazione (ad esempio PIN, password, etc.)

Art. 7 - Modalità di richiesta dei servizi fruibili con la Carta.

[omissis]

4. Nel caso in cui sia richiesta per l'utilizzazione della Carta la digitazione del numero della Carta, della scadenza e del CVV2 presenti sulla Carta, la digitazione di tali dati costituisce l'esclusivo strumento di identificazione del titolare della Carta.

5. L'uso della Carta con le modalità di identificazione previste nei commi precedenti ovvero con altre eventuali modalità che potranno in futuro essere introdotte [dall'Intermediario] e comunicate al Titolare, legittima quest'ultimo a compiere, a valere sulla disponibilità della Carta, le operazioni che la stessa consente di richiedere, con piena liberazione dell'Intermediario.

6. Le richieste di servizi con le modalità di cui al precedente comma 5 sono irrevocabili.

[omissis]

8. Il Titolare (...) si impegna ad accettare tutti gli addebiti registrati [dall'Intermediario] derivanti da operazioni compiute con apparecchiature elettroniche che prevedano la digitazione del PIN o altre modalità di identificazione del Titolare, ed autorizza irrevocabilmente [l'Intermediario] ad addebitare sulla disponibilità della Carta stessa, qualora non siano percepiti attraverso altro mezzo, oneri, spese e commissioni pro tempore vigenti relativi all'operazione richiesta".

Dalla lettura delle condizioni contrattuali e sulla base della rappresentazione dei fatti fornita dalle parti, non risulta che fossero predisposte misure di sicurezza di livello superiore (es. token) o che fosse attivo un servizio di sms-alert (nel foglio informativo sono però indicati i costi del servizio, previsto su richiesta del cliente).

Il Ricorrente ha dichiarato di aver utilizzato una sola volta la carta prepagata per effettuare un pagamento on-line sul sito geoweb.it (sito affiliato con l'Agenzia del Territorio).

L'Intermediario ha affermato nelle proprie controdeduzioni che le operazioni risultano eseguite mediante la corretta autenticazione, avvenuta con l'inserimento dei codici di accesso per il riconoscimento del titolare; a supporto di tale argomentazione ha prodotto

copia della documentazione informatica fornita dalla società di gestione del trattamento dei dati informatici commerciali.

Ebbene, così ricostruiti gli aspetti salienti della vicenda, 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 i vari codici in suo possesso necessari per compiere operazioni bancarie di vario genere, siano esse prelievi per mezzo del servizio Bancomat, disposizioni di operazioni per mezzo di servizi on-line o pagamenti via Internet.

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 (sebbene non fosse ancora scaduto il termine per l'adeguamento dei relativi contratti sancito dall'art. 37, comma 5°), 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, considerato che tali regole sono vigenti dal 1° marzo 2010 e che le norme del citato decreto sostituiscono di diritto le condizioni contrattuali concernenti le fattispecie ivi disciplinate.

Giova anzitutto sottolineare che, sulla scorta della recente normativa citata, l'argomentazione secondo la quale l'effettuazione delle operazioni con l'utilizzo dei codici identificativi corretti 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 sconosciute 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).

Ebbene, a questo punto non può che rilevarsi che, secondo quanto previsto dalla normativa vigente all'epoca dei fatti, con riferimento alle operazioni compiute prima del blocco, come nel caso concreto, è espressamente previsto che il cliente sia responsabile entro il limite di Euro 150,00, delle conseguenze dannose derivanti dall'uso illecito della carta, a meno che il medesimo abbia agito con dolo o colpa grave.

Nel caso di specie non risulta, tuttavia, chiarito in modo univoco l'esatto svolgimento dei fatti e, seppure non possa escludersi che il comportamento tenuto dal ricorrente in relazione agli obblighi di custodia dei codici relativi alla carta di pagamento possa essere stato imprudente e, dunque, affetto da colpa, non risulta nel presente procedimento in alcun modo dimostrata – neppure presuntivamente – la ricorrenza di una condotta tale da integrare gli estremi della colpa grave prevista dalla menzionata normativa in materia ai fini dell'esclusione della limitazione di responsabilità ivi contemplata; ciò induce questo Collegio a ritenere applicabile la franchigia normativamente prevista.

#### **P.Q.M.**

**Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso e dispone che l'intermediario risarcisca la somma di € 439,00 al ricorrente.**

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

IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da  
ANTONIO GAMBARO