

IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

Dott. Giuseppe Marziale	Presidente
Avv. Bruno De Carolis.....	Membro designato dalla Banca d'Italia
Prof. Avv. Giuliana Scognamiglio.....	Membro designato dalla Banca d'Italia [Estensore]
Prof. Avv. Saverio Ruperto.....	Membro designato dal Conciliatore Bancario Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore
Dott.ssa Daniela Primicerio.....	Membro designato dal C.N.C.U.

nella seduta del 09.07.2010 dopo aver esaminato

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

Fatto

Il 19 novembre 2009 il cliente, titolare di un conto corrente a cui è annesso un servizio di home banking, veniva contattato dalla propria banca in merito ad un bonifico *on line* dell'importo di € 2.844,22 ordinato a suo nome il 18 novembre, considerato sospetto. Tempestivamente disconosceva l'operazione e ne chiedeva il blocco, attendendo in merito all'eventuale rimborso. Il 22 dicembre 2009, perdurando l'attesa ormai da oltre un mese, presentava formale richiesta di storno dell'operazione *on line* e di conseguente riaccredito dell'importo di € 2.844,22. Imputava la piena responsabilità dell'accaduto al deficit di sicurezza del portale della Banca, da un lato, e alla negligenza della stessa, dall'altro; in particolare, precisava di aver sempre tenuto segreti i propri codici di accesso e dichiarava che



l'intermediario si era limitato a contattarlo una sola volta il giorno del bonifico, senza successo, ed il giorno seguente solo nel primo pomeriggio, sì da impedirgli un tempestivo blocco del bonifico sconosciuto.

Con nota del 18 gennaio 2010 l'intermediario riscontrava negativamente il reclamo, contestualmente attestando il fallimento del tentativo di recupero delle somme illecitamente sottratte.

Il 29 marzo 2010 il cliente presentava ricorso a questo Collegio, chiedendo la restituzione delle somme "sottratte per incuria della Banca" per un valore di € 2.844,22. L'intermediario è stato, ad opinione del ricorrente, inadempiente rispetto all'obbligo di custodia del denaro del cliente, e si è comportato con scarsa tempestività e buon senso: la Banca, infatti, si era accorta che il bonifico non era stato predisposto dall'intestatario del conto corrente; tuttavia non aveva bloccato immediatamente l'operazione ed aveva contattato il cliente con ritardo, consigliandogli di rivalersi sul beneficiario del bonifico. Il ricorrente dichiarava, infine, come conosciuto ai più lo scarso livello di protezione del portale della Banca, desumibile dai report rinvenibili su siti Internet specializzati in materia, e riferiva che la Banca stessa aveva ammesso di aver avuto problemi simili con altri clienti negli stessi giorni.

Nelle proprie controdeduzioni del 7 maggio 2010, l'intermediario chiedeva a questo Arbitro di rigettare la richiesta di rimborso del cliente perché infondata. Replicava alle affermazioni del cliente, dichiarando: di aver tentato il recupero delle somme presso il beneficiario ma senza successo, perché l'importo era già stato prelevato; di aver offerto e messo a disposizione della clientela servizi di sms-alert facoltativi, a cui il cliente non aveva aderito; che l'operazione contestata era stata correttamente disposta tramite il regolare inserimento dei codici di accesso riservati al cliente, pertanto era interpretabile come ordine impartito dal legittimo titolare di detti codici. Quanto ai contatti telefonici, in realtà la Banca, "molto più semplicemente", ha interpellato il cliente nell'ambito di un'iniziativa di monitoraggio dell'operatività *on line*, che avviene a campione nei riguardi dell'utenza, il che esclude l'intempestività, visto lo scopo del contatto; anzi, la truffa a danno del ricorrente è emersa grazie a questa attività. La Banca non può bloccare un conto corrente né un'operazione se non in presenza di accertata irregolarità operativa o formale (ad esempio, il codice di accesso è stato inserito in



modo erroneo più volte ovvero si è disposto l'utilizzo di somme non materialmente disponibili sul conto), anomalia non riscontrata nel caso di specie.

L'intermediario rintuzzava altresì l'addebito in punto di asserito scarso livello di protezione del suo portale elettronico, precisando che la circostanza richiamata nel ricorso riguardava un fatto risalente al 2008 (la creazione di un sito-clone della Banca ad opera di malviventi), rapidamente bloccato e denunciato dalla stessa Banca e ininfluenza in termini di conseguenze sulla clientela. Ancora a proposito in punto di presidi di sicurezza, l'intermediario dichiarava altresì che dall'ottobre 2009 pubblicizza e fornisce gratuitamente, per consentire alla clientela di operare *on line* in modo protetto, la c.d. "chiave elettronica" (la quale fornisce un codice operativo monouso necessario per convalidare le singole disposizioni *on line*) e che tale dispositivo non era stato richiesto dal cliente.

Ritenuto il ricorso maturo per la decisione, questo Collegio lo ha esaminato in data 9 luglio 2010.

Diritto

Si deve preliminarmente ritenere che la domanda proposta dal ricorrente rientri nella competenza del Collegio e che i presupposti per la presentazione del ricorso, previsti nel Provvedimento della Banca d'Italia del 19 giugno 2009, si siano verificati nel caso di specie.

Venendo al merito della questione, occorre innanzi tutto mettere a fuoco i dati normativi e/o le clausole contrattuali sulla base dei quali deve essere decisa la questione controversa, avuto riguardo anche al tempo (novembre 2009) in cui si svolsero i fatti per cui è causa.

Il contratto stipulato fra banca e cliente, non prodotto in atti ma richiamato dall'intermediario nelle sue controdeduzioni, prevede agli artt. 1.3 e 2.3. che il cliente è responsabile dell'utilizzo dei codici segreti a lui assegnati, anche in caso di uso improprio o illegittimo (da parte di terzi).

Qualora una clausola siffatta dovesse essere interpretata nel senso della totale irresponsabilità della banca nell'ipotesi di prelievi fraudolenti di terzi a danno del cliente, essa dovrebbe comunque ritenersi invalida, alla stregua della disciplina generale in tema di contratti dei consumatori: infatti, per l'art. 33, comma 2, lettera b) del codice del consumo (d. lgs. n. 206/2005), alla stregua del quale "*si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o*



per effetto, di (...); b) escludere o limitare le azioni o di diritti dei consumatori nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista". La clausola sopra riportata, in quanto vessatoria, sarebbe inopponibile al consumatore: la legge citata (art. 36, comma 3) ne sancisce infatti la nullità, la quale *"opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice"*.

Ciò posto, e cioè messa fuori gioco la clausola inserita nel contratto che regola il servizio di home banking, stipulato fra la banca ed il cliente, occorre inquadrare il problema alla luce dei principi generali in tema di adempimento delle obbligazioni nonché alla luce dei dati normativi di fonte comunitaria.

La banca, nei rapporti contrattuali con il cliente, "risponde secondo le regole del mandato" (art. 1856 c.c.) e la diligenza a cui è tenuta va valutata con particolare rigore: come più volte statuito dalla giurisprudenza, anche della Suprema Corte, "la diligenza del buon banchiere deve essere qualificata dal maggior grado di prudenza e attenzione che la connotazione professionale dell'agente consente e richiede" (cfr. di recente, fra le altre, Cass., sez. I civile, 24 settembre 2009, n. 20543).

In particolare, con specifico riferimento all'utilizzazione di servizi e strumenti, con funzione di pagamento o altra, che si avvalgono di mezzi meccanici o elettronici, "non può essere omessa (...) la verifica dell'adozione da parte dell'istituto bancario delle misure idonee a garantire la sicurezza del servizio (...); infatti, la diligenza posta a carico del professionista ha natura tecnica e deve essere valutata tenendo conto dei rischi tipici della sfera professionale di riferimento ed assumendo quindi come parametro la figura dell'accorto banchiere" (cfr. Cass., sez. I civile, 12 giugno 2007 n. 13777).

Poiché si verte in tema di responsabilità contrattuale, è la banca convenuta a dover fornire la prova della propria diligenza; prova che nel caso di specie non è stata raggiunta, essendosi la banca limitata a dedurre sul punto di aver offerto alla propria clientela, dunque anche all'odierno ricorrente, la sottoscrizione del servizio di "sms-alert" e di aver pubblicizzato e messo a disposizione gratuitamente un dispositivo di sicurezza particolarmente evoluto dal punto di vista tecnologico (la c.d. chiave elettronica o token), di cui l'odierno ricorrente non si era tuttavia avvalso.



Ora, la semplice “offerta” del dispositivo di sicurezza alla propria clientela non vale ad integrare quel grado di diligenza professionale che, secondo l’autorevole insegnamento sopra richiamato, è richiesto alla banca e che postula non la semplice messa a disposizione, bensì l’imposizione al cliente, per via contrattuale, di determinati dispositivi di sicurezza, quando questi siano il frutto della tecnologia più evoluta e pertanto capaci di scongiurare rischi ai quali il cliente sarebbe altrimenti esposto.

Né la banca ha offerto la prova dell’inadempimento da parte del cliente al proprio obbligo di diligente custodia delle credenziali d’accesso al conto corrente; la negligenza, d’altra parte, com’è ormai ampiamente riconosciuto, non può ritenersi implicita nella circostanza che i bonifici sono stati comunque eseguiti mediante la digitazione di userid e password attribuiti a suo tempo al cliente, perché allo stato delle conoscenze tecnologiche, non si può affatto escludere l’eventualità che i codici identificativi attribuiti al cliente per l’accesso ai servizi bancari *on line* o per l’utilizzo di strumenti di pagamento informatici gli vengano sottratti, senza che al comportamento del cliente stesso possa riconoscersi alcuna efficienza causale nella produzione del fatto illecito (il “furto” dei detti codici d’accesso o numeri identificativi): cfr. *Rapporto ABI CIPA CNIPA sul furto di identità elettronica tramite internet*, Bancaria editrice, 2006, p. 23 ss.

Ma vi è di più. All’epoca dei fatti oggetto della presente controversia, era già entrata in vigore la Direttiva n. 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno, pubblicata nella GUCE del 5 dicembre 2007.

Ora, l’art. 60 della citata Direttiva enuncia, in termini generali, l’obbligo di integrale rimborso, da parte del prestatore di servizi di pagamento e in favore del pagatore, dell’importo relativo ad un’operazione di pagamento non autorizzata; l’art. 61 specifica che, in deroga al precedente art. 60, il pagatore sopporta, fino alla concorrenza massima di € 150,00, la perdita relativa ad operazioni di pagamento non autorizzate derivanti dall’uso di uno strumento di pagamento smarrito o sottratto o di cui altri si è indebitamente appropriato; la franchigia dell’importo massimo di € 150,00 non si applica, con la conseguenza che le perdite rimangono a carico esclusivamente del pagatore, (soltanto) nel caso in cui questi abbia agito in modo fraudolento o con negligenza grave.

Le citate disposizioni della direttiva riprendevano a loro volta il contenuto della Raccomandazione n. 97/489 CE del 30 luglio 1997, il cui art 6.1 era così



formulato: “Fino al momento della notificazione, il titolare sostiene la perdita subita in conseguenza dello smarrimento o del furto dello strumento di pagamento elettronico nei limiti di un massimale non superiore ai 150 ECU. Detto massimale non si applica ove il titolare abbia agito con colpa grave, in violazione dell'articolo 5, lettere a), b) e c), oppure in maniera fraudolenta”. In termini non dissimili si era già espressa, in precedenza, la Raccomandazione CE. n. 88/590/CEE del 17 novembre 1988 (*Allegato*, § 8.3)

Si tratta di una disciplina 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, 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. Si tende, in altri termini, a “spalmare” sulla moltitudine degli utilizzatori il rischio dell’impiego fraudolento di carte di credito e strumenti di pagamento, sì da evitare che esso gravi esclusivamente e direttamente sul singolo pagatore, in funzione dell’obiettivo di incrementare la fiducia del pubblico riguardo ai suddetti strumenti e di incentivarne l’uso e la diffusione, in quanto strumenti atti a facilitare e perciò a moltiplicare le transazioni commerciali, nell’interesse delle imprese, degli stessi utenti/consumatori, nonché, ovviamente, delle banche.

E’ il caso di osservare, peraltro, che – all’epoca dei fatti per cui è causa (novembre 2009) – la menzionata direttiva comunitaria non era stata ancora attuata nel nostro ordinamento interno, pur essendo stata già emanata la relativa legge di delega: era tuttavia spirato il termine assegnato per il suo recepimento (1° novembre 2009); l’attuazione, comunque, sarebbe intervenuta qualche mese dopo, con il d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 11.

Al riguardo, è noto, ovviamente anche a questo Collegio, l’indirizzo interpretativo secondo il quale le disposizioni delle direttive comunitarie non ancora attuate o non correttamente attuate negli ordinamenti nazionali, quando siano (come si reputano essere quelle sopra richiamate) incondizionate e sufficientemente precise (c.d. autoesecutive) e sia scaduto il termine per il loro recepimento, sono immediatamente applicabili nei rapporti fra Stato (o pubbliche amministrazioni in genere) e soggetti privati (c.d. efficacia verticale), non invece



nei rapporti “orizzontali” fra privati; tale indirizzo ha ricevuto in più occasioni l’avallo sia della Corte di Giustizia europea sia della nostra Corte Suprema (di recente cfr. Cass., sez. IV civile, n. 19771/2009; Cass., sez. I civile, n. 23937/2006).

Questo Collegio ritiene tuttavia che la limitazione così introdotta all’operatività negli ordinamenti nazionali delle disposizioni, di contenuto puntuale ed incondizionato, contenute in direttive comunitarie che sono ancora inattuatae (o non correttamente attuate) e delle quali sia scaduto il termine per l’attuazione, non sia del tutto soddisfacente; condivide pertanto l’orientamento interpretativo di maggiore apertura, assunto da autorevole dottrina, secondo il quale dette disposizioni, quando abbiano un contenuto sufficientemente dettagliato, preciso ed incondizionato, possono essere invocate, all’interno degli Stati membri, anche nelle controversie tra privati. Del resto, la Corte di Giustizia - pur riaffermando la propria adesione all’orientamento contrario alla diretta applicabilità delle direttive nei confronti dei soggetti privati - ha, in più di un’occasione, puntualizzato che “il giudice nazionale deve interpretare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva [rimasta in tutto o in parte inattuata] onde conseguire il risultato [da essa] perseguito”. Viene così a realizzarsi, come non si è mancato di rilevare, un effetto orizzontale “indiretto” delle direttive, mediante un’interpretazione “teleologicamente orientata alla realizzazione dei risultati prescritti” dal legislatore comunitario”, che non deve rimanere circoscritta alle norme interne eventualmente introdotte per recepire la direttiva, ma deve essere esteso “a tutto il diritto nazionale, per valutare in quale misura possa essere applicato in modo tale da non addivenire ad un risultato contrario a quello a cui mira la direttiva” (cfr. Corte di Giustizia comunità Europee, 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, Pfeiffer): infatti, “spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto comunitario e garantirne la piena efficacia”.

Ora, l’insegnamento autorevole testé ricordato vale a corroborare ulteriormente l’assunto dell’impossibilità di risolvere la presente controversia alla stregua della regola, recepita nel contratto fra la banca ed il cliente, che addossa a quest’ultimo il rischio degli eventuali prelievi fraudolenti ad opera di terzi, facendo capo all’obbligo, che è contrattualmente imposto al cliente medesimo, di diligente custodia delle proprie credenziali di accesso al servizio di internet banking.



La questione deve essere invece risolta sulla base dell'opposto principio enunciato nella direttiva comunitaria, e cioè del principio, ispirato al criterio c.d. del rischio d'impresa, per cui il rischio dell'utilizzo fraudolento dello strumento informatico, salvo il caso in cui il cliente sia incorso in colpa grave (o abbia commesso dolo), ricade principalmente sulla banca, che è pertanto tenuta a rimborsare le somme illecitamente prelevate da terzi, al netto di una franchigia, che costituisce la quantificazione forfetaria della frazione di rischio addossata al cliente e vale ad incentivarne comportamenti responsabili e prudenti, di € 150,00.

Nel caso di specie, la colpa grave del cliente non è stata provata dalla banca, su cui grava il relativo onere. Se infatti, secondo l'insegnamento autorevole della nostra Corte Suprema (cfr. Cass., 19 novembre 2001, n. 14456) si intende "un comportamento consapevole dell'agente che (...) operi con straordinaria ed inescusabile imprudenza o negligenza, omettendo di osservare non solo la diligenza media del buon padre di famiglia, ma anche quel grado minimo ed elementare di diligenza generalmente osservato da tutti (...)", palesemente non può sostenersi che sia indice di un siffatto atteggiamento psicologico il fatto che il ricorrente non si sia avvalso di determinati dispositivi di sicurezza, che la banca andava semplicemente offrendo alla propria clientela, senza mettere individualmente in guardia il singolo cliente dei rischi a cui si sarebbe esposto e senza in definitiva prevedere contrattualmente l'utilizzo di detti dispositivi, di cui il cliente medio non è da solo in grado di apprezzare e valutare la reale utilità ed efficacia.

Il Collegio, pertanto, in parziale accoglimento del ricorso, dichiara dovuto il rimborso nella misura richiesta dal cliente, detratto – a titolo di franchigia - l'importo di € 150,00.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie parzialmente il ricorso nei sensi di cui in motivazione.

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



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Decisione N. 1091 del 13 ottobre 2010

Firmato digitalmente da
GIUSEPPE MARZIALE