



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

IL COLLEGIO DI ROMA

composto dai Signori:

Avv. Bruno De Carolis	Presidente
Prof. Avv. Pietro Sirena	Membro designato dalla Banca d'Italia
Avv. Alessandro Leproux	Membro designato dalla Banca d'Italia
Prof. Massimo Caratelli	Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario
Prof. Avv. Marco Marinaro	Membro designato dal C.N.C.U. [Estensore]

nella seduta del 08/03/2013 dopo aver esaminato

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

FATTO

In data 24.05.2012 il ricorrente, titolare di una carta prepagata rilasciata dall'intermediario resistente, consultava l'estratto conto e si avvedeva di n. 5 operazioni da lui non disposte, avvenute tutte in data 22.05.2012 su un sito web di scommesse, per un ammontare complessivo di € 1.300,00.

Parte ricorrente procedeva immediatamente al blocco della carta e, sempre in data 25.05.2012, presentava denuncia all'A.G.

Il ricorrente specifica inoltre:

- di aver sempre preservato i propri sistemi informatici con presidi di sicurezza adeguati;
- di aver custodito adeguatamente le credenziali della propria carta.

Pertanto il ricorrente chiede all'ABF di ordinare all'intermediario il risarcimento della somma complessiva di € 1.300,00 oltre interessi, specificando come, in difetto di comportamento fraudolento o negligente, non dovrà aver luogo l'applicazione della franchigia prevista dal contratto.

L'intermediario chiede il rigetto del ricorso in quanto infondato, deducendo quanto segue.

- l'operazione contestata è avvenuta mediante il corretto inserimento di tutti i codici identificativi del ricorrente. Essendo stato escluso, a seguito di controlli interni, che l'acquisizione dei codici sia potuta avvenire forzando fisicamente e/o elettronicamente i sistemi informatici centrali dell'intermediario, si può ragionevolmente ipotizzare che i dati siano stati sottratti direttamente alla titolare della carta;
- l'acquisizione da parte di terzi dei dati della carta e del nominativo del titolare è probabile sia dipesa da un'inadeguata custodia, da parte del ricorrente stesso, della propria carta di debito o dei propri strumenti informatici. La condotta del ricorrente è pertanto affetta da negligenza ed integra l'inadempimento dell'obbligo di segretezza dei codici stessi (art. 6 contratto quadro per lo svolgimento dei servizi di pagamento). Si configurano gli estremi della colpa grave;
- la correttezza procedurale dell'ordine di pagamento (mediante il corretto inserimento dei dati) vale ad escludere ogni profilo di responsabilità del debitore, che si è attenuto, eseguendo l'ordine stesso, al pieno rispetto di quanto contrattualmente previsto;
- i sistemi di protezione dell'intermediario resistente sono assolutamente sicuri e certificati secondo rigorosi standard internazionali;
- l'intermediario ha avviato fin dal marzo 2005 una campagna di informazione e sensibilizzazione della clientela volta a rafforzare la sicurezza delle operazioni on line.

DIRITTO

L'oggetto del ricorso si incentra sull'individuazione del confine della responsabilità degli intermediari bancari e finanziari nel caso di frodi poste in essere da terzi ai danni della clientela nell'ambito della prestazione di servizi di pagamento disciplinati dal D.lgs. 11/2010.

Il D.lgs. 11/2010, nel dare attuazione alle direttive comunitarie, ha inteso rendere l'ambiente informatico – finanziario improntato a criteri di maggior sicurezza e affidabilità e ciò in ragione sia del crescente impiego dello strumento

di pagamento elettronico da parte del pubblico degli utilizzatori sia del parallelo (e prevedibile) espandersi degli attacchi della nuova criminalità in questo contesto.

L'obiettivo è stato conseguito, da un lato, imponendo agli intermediari, nella loro qualità di prestatori di servizi di pagamento, specifici obblighi di precauzione, primo fra tutti l'obbligo di garantire l'inaccessibilità dei dispositivi di pagamento a soggetti non autorizzati (ossia diversi dal loro legittimo titolare: art. 8, comma 1, lett. a), e, dall'altro lato, istituendo un regime di speciale protezione e di altrettanto speciale favor probatorio a beneficio degli utilizzatori ex art. 10 (in caso di disconoscimento di un'operazione di pagamento, è onere dell'intermediario dimostrare che l'operazione sia stata correttamente autenticata, registrata e contabilizzata e che la sua patologia non si debba a malfunzionamenti delle procedure esecutive o ad altri inconvenienti del sistema; l'apparentemente corretta autenticazione non è necessariamente sufficiente a dimostrarne la riconducibilità all'utilizzatore che la disconosca; la responsabilità dell'utilizzatore resta dunque circoscritta ai casi di comportamento fraudolento del medesimo ovvero al suo doloso o gravemente colposo inadempimento agli obblighi che l'art. 7 del citato decreto pone a suo carico e che poi si limitano all'utilizzazione dello strumento di pagamento in conformità ai patti contenuti nell'accordo quadro che regola il servizio e alla tempestiva denuncia di furto, smarrimento, distruzione o altro uso non autorizzato dello strumento).

Ove una responsabilità non possa affermarsi in capo all'utilizzatore (e chiaramente il correlato onere probatorio incombe sull'intermediario prestatore del servizio), lo stesso non sopporterà le conseguenze dell'uso fraudolento, o comunque non autorizzato, del mezzo di pagamento se non nei limiti, eventualmente stabiliti dall'intermediario, di una "franchigia" non superiore a 150 euro (art. 12, commi 1 e 3, D. lgs. cit.).

La *ratio* del complesso equilibrio individuato dal legislatore è stata individuata dal Collegio nel "principio del rischio d'impresa" e cioè ispirata «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» (v. ex multis Collegio di Roma, dec. n. 1111/2010).

La concreta applicazione del principio si traduce in sostanza nel valutare se l’intermediario abbia adottato tutti i migliori accorgimenti della tecnica nota per scongiurare questo genere di rischi e se (esclusa la condotta fraudolenta del cliente di per sé tale da precludere l’operatività di qualsivoglia presidio) l’eventuale negligenza del cliente possa ricadere o meno nella nozione di colpa grave al cui ricorrere l’art. 8 D.lgs. 11/2010 esclude ogni responsabilità dell’intermediario.

In tale contesto non appare ragionevolmente ravvisabile alcun elemento tale da poter qualificare come gravemente colposa (art. 12, comma 2, D.lgs. 11/2010) la condotta dell’utilizzatore del servizio. Peraltro l’ipotesi formulata dall’intermediario circa un’inadeguata custodia della carta alla luce di quanto sopra evidenziato non soltanto resta priva di ogni riscontro probatorio ma non convince.

Né, al fine della decisione, può essere accolta l’eccezione formulata dall’intermediario che invoca alcune clausole contrattuali ed in particolare quella che, enunciando l’obbligo di diligente custodia dei codici di accesso, pone a carico del cliente tutte le conseguenze pregiudizievoli che la violazione di un siffatto obbligo è suscettibile di produrre, esonerandone al contempo l’intermediario stesso (art. 6 commi 1, 2 e 3 del “Contratto Quadro”). Egualmente per quanto attiene l’altra clausola pur invocata di cui all’art. 7, comma 5, delle condizioni contrattuali della carta prepagata che prevede un esonero di responsabilità per l’intermediario ponendo a carico del titolare della carta dal momento della consegna la responsabilità per l’ “acquisizione di dati e informazioni riguardanti il titolare da parte di terzi che abbiano in qualunque modo accesso agli strumenti operativi (ad esempio il personal computer) utilizzati dal titolare per effettuare con la carta, attraverso la rete internet, le operazioni dispositive e informative di cui all’art. 6...”.

Le clausole suindicate non possono tuttavia essere invocate in quanto in contrasto con la disciplina legislativa a carattere inderogabile posta dall’art. 12 D.lgs. 11/2010 (arg. ex art. 2, comma 4, lett. b, D.lgs. 11/2010), oltre che con la

previsione dell'art. 33, comma 2, lettera b) del codice del consumo (D.lgs. 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". In quanto vessatoria, detta clausola deve ritenersi 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".

Si rileva, per di più, come il ricorrente si sia attivato tempestivamente non appena avvedutosi dell'operazione fraudolenta informando l'intermediario per il blocco del pagamento, presentando denuncia all'autorità di P.S. e formalizzando il reclamo e il disconoscimento.

L'assenza di colpa, e certamente di una colpa grave, in capo al ricorrente, esclude che nella specie il medesimo debba sopportare integralmente il peso della prevista franchigia (prevista nella misura massima di 150,00 euro, ex art. 12 D.lgs. 11/2010) e ciò in applicazione dei criteri di graduazione dell'importo della franchigia ai quali questo Collegio si è ispirato nella decisione di controversie analoghe (proporzione dell'importo della franchigia con l'entità della somma fraudolentemente sottratta, grado di compartecipazione colposa del cliente e grado di negligenza dell'intermediario) e tenuto conto anche della ripetitività dei prelievi fraudolenti denunciati nei confronti del medesimo intermediario (che dimostra una carenza organizzativa in violazione di quanto disposto dall'art. 8, comma 12, lett. a, D.lgs. 11/2010).

Alla luce di quanto sopra, e rinviando alla motivazione delle decisioni di questo Collegio n. 1412/2012 e n. 1115/2013 (in attuazione del principio di cui all'art. 118, comma 1, disp. att. c.p.c.), si ritiene che nel caso in esame ed in via equitativa la franchigia debba essere pari ad euro 100,00 (cento/00).

Ciò posto, si conclude disponendo che la resistente sia tenuta a risarcire il danno patito dal ricorrente nella misura richiesta e pari all'ammontare delle operazioni disconosciute ivi incluse le relative spese, per un importo complessivamente dovuto dall'intermediario – al netto della franchigia di euro



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

100,00 – di euro 1.200,00 (milleduecento/00), oltre agli interessi nella misura del tasso legale dalla data del reclamo e sino all'effettivo e completo soddisfo.

P.Q.M.

Il Collegio accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione, al netto della franchigia di Euro 100,00.

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