

COLLEGIO DI ROMA

composto dai signori:

- | | |
|-------------------------------|--|
| - Avv. Bruno De Carolis, | Membro designato dalla Banca d'Italia, che svolge le funzioni di Presidente ai sensi dell'art. 4 del Regolamento per il funzionamento del Collegio |
| - Dott.ssa Claudia Rossi | Membro supplente designato dalla Banca d'Italia |
| - Avv. Alessandro Leproux | Membro supplente designato dalla Banca d'Italia (Estensore) |
| - Prof. Avv. Saverio Ruperto | Membro designato dal Conciliatore Bancario e Finanziario per le controversie in cui sia parte un consumatore |
| - Dott.ssa Daniela Primicerio | Membro designato dal C.N.C.U |

nella seduta del 13 aprile 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

Con ricorso pervenuto il 28.12.2009, il cliente, premesso di essere cointestatario di un c/c denominato "conto *trading*", intrattenuto con la Banca convenuta come da contratto in data 11.11.2007 ed avente ad oggetto, oltre alle normali operazioni bancarie, lo svolgimento di operazioni di investimento via internet o telefono, ha avanzato, unitamente alla contestataria del suddetto c/c, nei confronti di tale Banca domanda risarcitoria per l'importo di complessivi € 56.201,54, o per la diversa somma ritenuta di giustizia, oltre interessi, rivalutazione monetaria e risarcimento di imprecisati danni morali, lamentando perdite di pari ammontare, a loro dire dovute al fraudolento accesso di terzi al detto conto on line, favorito dall'omessa adozione di adeguati sistemi di sicurezza.

I ricorrenti hanno dedotto di avere utilizzato il detto conto esclusivamente per versamenti di importi complessivi di poco superiori alla suddetta cifra e di avere appreso con stupore, solo in data 06.01.2010, che il detto conto presentava invece un saldo attivo di € 487,02, pur non essendo mai state da loro autorizzate operazioni di qualsiasi natura che potessero comportare addebiti di sorta.



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

Hanno pertanto ribadito il fermo disconoscimento – oggetto anche di una successiva denuncia penale all’Autorità giudiziaria in data 30.03.2010 - degli addebiti di cui si verte, tutti rivenienti da una serie di operazioni di investimento a loro stesso dire “altamente rischiose (mercato *forex*, derivati, operazioni su cambi ecc.)” (v. punto 29 ricorso), come già fatto mediante due reclami all’intermediario, rispettivamente in data 20.01.2009 e 22.05.2009.

Ad avviso dei ricorrenti, che hanno dedotto di aver sempre scrupolosamente custodito i codici di accesso al conto, di non averli comunicati ad alcuno e di non avere mai subito tentativi di illecita acquisizione dei codici stessi tramite tecniche di *phishing*, tali operazioni sarebbero state effettuate fraudolentemente da soggetti non autorizzati, evidentemente favoriti dalla vulnerabilità dei sistemi di accesso telematico, con l’intenzione di lucrare gli utili sperati e di lasciare sul conto la provvista già presente.

In particolare, sin dalla fase di reclamo, gli odierni ricorrenti addebitavano alla Banca l’aver attivato solo “dopo l’inizio dell’estate 2009” e dunque circa otto mesi dopo l’inizio del rapporto contrattuale, il dispositivo “*Token*” – avente la funzione di generare una *password* istantanea e monouso – a seguito della cui installazione, sempre a loro dire, sarebbero cessati gli accessi fraudolenti e la connessa indebita sottrazione di denaro dal conto.

I ricorrenti hanno infine contestato, con apposita memoria in data 16.03.2010, le deduzioni e le produzioni documentali operate dalla Banca con riferimento ad altri conti intestati al ricorrente presso la stessa Banca, la cui documentazione ritengono estranea alla controversia e della quale hanno perciò chiesto lo stralcio.

In ragione di quanto sopra, i clienti hanno concluso chiedendo che la Banca versi ai ricorrenti “la somma di € 56.201,54 quale rimborso delle somme distratte fraudolentemente agli stessi a causa delle gravissime carenze nell’apparato di controllo e sicurezza dell’istituto bancario in oggetto, oltre al versamento degli interessi moratori e rivalutazione del capitale dal momento della messa in mora sino all’effettivo soddisfo, o della somma maggiore o minore che ... riterrà di giustizia.”, chiedendo, inoltre: “che venga quantificato e fatto risarcire... il danno morale causato.....”.

A tali domande la Banca, anche nella fase di riscontro ai reclami (v. sue note in data 23.03.2009 e 10.07.2009), ha sempre opposto, a seguito di apposita verifica, che le suddette operazioni di investimento sono risultate regolarmente effettuate tramite utilizzo delle credenziali di accesso al sistema (*user ID e password*) e di non essere in condizione, proprio in ragione delle modalità tecniche di prestazione del servizio di *home banking*, di verificare l’identità del soggetto che operi sul conto utilizzando i relativi codici di accesso.

La Banca ha inoltre evidenziato di avere indirizzato tali codici ai recapiti indicati dai Clienti in contratto e secondo le modalità ivi convenute, sottolineando il regime di loro esclusiva responsabilità in ordine alla custodia delle credenziali di accesso, ai sensi delle relative previsioni contrattuali (v. art. A5, IV° co., “Norme contrattuali per la prestazione dei servizi di banca telematica” all.te al contratto dell’11.11.2007).

In ragione di ciò, la Banca ha implicitamente chiesto il rigetto del ricorso, sul rilievo che: “nessun profilo di responsabilità possa essere ...ascritto alla Banca per mancata verifica dell’operatività dei propri Clienti, qualora gli accessi ai conti correnti vengano effettuati mediante regolare utilizzo della *user-id* e della *password* dei correntisti stessi.”

Tanto esposto in fatto, si rileva quanto segue in

DIRITTO

Nella specie è del tutto pacifico che il danno del quale i ricorrenti chiedono il risarcimento consegua a perdite rivenienti da operazioni di investimento su cambi e in titoli azionari e obbligazionari, delle quali non è contestata la natura, ma esclusivamente la riferibilità ai ricorrenti stessi per le ragioni sopra richiamate nella narrativa del fatto.

Occorre pertanto esaminare pregiudizialmente se la controversia rientri nella competenza di questo Collegio e al relativo quesito deve darsi risposta negativa in ragione delle previsioni di cui agli artt. 128 bis del T.U.B. (D. Lgs. 385/93)), 23, IV° co., T.U.F. (D. Lgs. 58/98) e par. 4, Sez. I^a delle Disposizioni adottate dalla Banca d'Italia in data 18.06.2009 sui sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie in materia di operazioni e servizi bancari e finanziari, nonché delle rilevanti Disposizioni sulla trasparenza dei servizi bancari e finanziari adottate dalla Banca d'Italia in data 29.07.2009.

In particolare, al par. 4 della Sez. I delle dette Disposizioni 18.06.2009 è previsto: "All'Arbitro Bancario Finanziario possono essere sottoposte controversie relative ad operazioni e servizi bancari e finanziari. Sono escluse le controversie attinenti ai servizi e alle attività di investimento e alle altre fattispecie non assoggettate al titolo VI del T.U. ai sensi dell'art. 23, comma 4, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58".

A sua volta, l'art. 23, comma 4, del D. Lgs. 58/98, prevede: "Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi di investimento né al servizio accessorio previsto dall'art. 1, comma 6, lettera f)".

Tra le altre ivi considerate e per quanto qui interessa, l'art. 5, comma 1, del T.U.F. definisce come "servizi di investimento", quando hanno per oggetto strumenti finanziari, le attività di "a) negoziazione per conto proprio;" e di "b) negoziazione per conto di terzi", nonché quelle di "e) ricezione e trasmissione di ordini ...".

Infine, per strumenti finanziari, si devono intendere i titoli e gli strumenti elencati all'art. 1, comma 1, T.U.F. (quali, ad es.: azioni, obbligazioni, contratti *futures* su valute, etc.).

Alla luce di tali disposizioni non assume rilievo la circostanza che il conto di cui si verte avesse, a dire dei ricorrenti, la mera funzione di deposito bancario la cui provvista non sarebbe mai stata utilizzata dagli aventi diritto per le operazioni che hanno determinato le perdite dagli stessi lamentate.

L'eventuale fondamento di tale assunto attiene infatti al merito della controversia, la cui problematica non può trovare accesso nella presente sede appunto in ragione del difetto di competenza in materia di questo Collegio.

Ed infatti, essendo pacifica la natura delle dette operazioni, la sola contestazione in ordine alla riferibilità delle operazioni stesse ai titolari del relativo rapporto non modifica il tema della controversia come attinente alle modalità di esecuzione in via telematica di servizi di investimento, in quanto tale sottratto alla possibile cognizione del Collegio Arbitrale ai sensi delle disposizioni sopra richiamate.

Neppure la natura composita delle prestazioni oggetto del contratto 27.11.2007 di apertura del conto "*trading*" - in parte riconducibili ad attività strumentali di gestione di servizi telematici, in parte a servizi tipicamente bancari e in parte a servizi di investimento -



Arbitro Bancario Finanziario
Risoluzione Stragiudiziale Controversie

può assumere rilievo in senso favorevole all'affermazione di competenza di questo Collegio, a ciò opponendosi il principio di prevalenza di cui alle Disposizioni sulla trasparenza dei servizi bancari e finanziari adottate dalla Banca d'Italia in data 29.07.2009, costituenti criterio di definizione dell'ambito applicativo delle disposizioni sulla competenza dell'Arbitro Bancario e Finanziario.

Con tali disposizioni, segnatamente con le previsioni di cui alla Sez. I, punto 1.1., e con riferimento ai prodotti compositi la cui finalità esclusiva o preponderante sia di investimento, si applicano infatti le disposizioni del T.U.F. sia al prodotto nel suo complesso, sia alle sue singole componenti, con sottrazione degli stessi alle previsioni di cui al titolo VI, capo I del T.U. bancario e conseguente rilievo della previsione di cui al par. 4 della Sez. I delle Disposizioni 18.06.2009 sopra citata.

Nella specie è indubbio che le modalità di esecuzione in via telematica dei servizi di investimento rivestano carattere del tutto strumentale e accessorio rispetto alla finalità prevalente del contratto *inter partes* 27.11.2007, come la sua denominazione di conto "trading" denota e come conferma l'oggetto stesso della presente controversia, dovendosi pertanto fare applicazione del criterio di prevalenza sopra richiamato, con correlata esclusione di ogni potere cognitivo del Collegio in tale materia.

P.Q.M.

Il Collegio dichiara la propria incompetenza.

P. IL PRESIDENTE

Firmato digitalmente da
BRUNO DE CAROLIS