

n. 11/2016

Roma, giugno 2016

ADDEBITI DISCONOSCIUTI IN CASO DI SMARRIMENTO O FURTO DI CARTA DI CREDITO.

Obblighi di condotta di Banca e cliente.

Era il 1967 quando la società inglese De La Rue installò a Londra, presso la Barclays Bank, il primo sportello bancomat.

Circa dieci anni dopo, lo sportello ATM comparve in Italia: la Cassa di Risparmio di Ferrara fu la prima ad installarlo nel 1976.

Oggi se ne contano circa 2 milioni installati nel mondo e la diffusione della moneta di plastica ha subito un incremento esponenziale nell'ultimo quindicennio.

*

1. Premessa normativa.

La riduzione del contante, realizzata attraverso la diffusione generalizzata di sistemi di pagamento elettronici, è una prospettiva controversa.

Accanto a una molteplicità di vantaggi vi sono inevitabilmente anche rischi e svantaggi.

Il tema dell'utilizzo - talvolta indebito - di strumenti di pagamento elettronici è quanto mai attuale e dibattuto.

Nel nostro sistema nazionale la norma di riferimento è rappresentata dal D. Lgs. n. 11/2010 ¹ emesso dal Governo in attuazione della Direttiva europea

¹ Decreto Legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 su www.normattiva.it.

2007/64/CE (*c.d. PSD*), relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno.

Tale normativa riguarda gli strumenti di pagamento quali i bonifici, gli addebiti diretti, le carte di credito e di debito, le rimesse di denaro.

L'anzidetta disciplina identifica, con assoluta precisione, gli obblighi di condotta gravanti sulla Banca e sul cliente per evitare - o almeno limitare - l'utilizzo fraudolento dello strumento.

In particolare, gli articoli 7 e 8 del citato decreto delegato individuano rispettivamente gli obblighi di diligenza a carico dell'utilizzatore - *adozione di misure idonee a garantire la sicurezza dei dispositivi* - ed a carico dell'emittente lo strumento - *assicurare un livello di sicurezza tale da evitare frodi*.

Ciascun contratto, poi, prevede specifiche ed ulteriori obbligazioni in capo alle parti, richiedendo all'utilizzatore un elevato canone di diligenza nell'utilizzo dello strumento e ponendo in capo allo stesso pregnanti obblighi di comunicazione in caso di furto, smarrimento, sottrazione o falsificazione.

Sul punto si attende in ogni caso un intervento del Legislatore nazionale in attuazione della Direttiva 2015/2366/(UE) entrata in vigore il 13 gennaio 2016 che ha abrogato l'anzidetta direttiva del 2007 e che gli Stati membri dovranno recepire entro il 13 gennaio 2018.

L'esigenza della nuova disciplina nasce dall'uso esponenziale degli strumenti di pagamento elettronici (c.d. *e-money*) con l'obiettivo di promuovere un sistema dei pagamenti sempre più efficiente e sicuro, rafforzando la tutela degli utenti.

*

2. Il punto della giurisprudenza.

L'attenzione legislativa è stata - ed è tutt'ora - accompagnata anche da una sempre crescente riflessione giurisprudenziale.

La Corte di Cassazione, con la recentissima sentenza n. 6751 pubblicata il 7 aprile 2016, ha confermato la decisione del Tribunale di Livorno² in materia di obbligazioni contrattuali relative all'uso della carta di credito, che ha sanzionato il Consumatore nell'aver denunciato il furto solo la giornata dopo, senza informare la banca dell'accaduto, ritenendolo responsabile per omessa custodia e tempestiva denuncia e dichiarandolo tenuto a rimborsare la Banca per le somme prelevate dal ladro.

Il Tribunale livornese aveva ritenuto grave l'inadempimento del cliente alle proprie obbligazioni contrattuali consistenti nel non aver diligentemente

custodito la carta di credito e nel non aver tempestivamente avvisato la banca dell'avvenuta perdita di possesso.

Per via della propria condotta, dunque, l'utilizzatore doveva ritenersi tenuto al pagamento dell'importo delle transazioni abusivamente effettuate da terzi.

Dello stesso avviso anche il Tribunale di Palermo, secondo il quale la denuncia della perdita di possesso della carta di credito all'Autorità giudiziaria non è sufficiente per esonerare da responsabilità l'utilizzatore, essendo necessaria altresì la tempestiva comunicazione all'Istituto³.

Ne consegue che il cliente è tenuto a rifondere alla Banca emittente quanto la stessa abbia eventualmente pagato in ragione delle operazioni abusivamente compiute nel periodo successivo al furto e sino alla comunicazione dello stesso.

Le pronunce sul punto sono univoche: «*la postulata configurazione di uno specifico obbligo di custodia della carta in capo al suo utilizzatore si prospetta, quindi, funzionale tanto al corretto esercizio dei diritti di utilizzazione della stessa, quanto all'arresto di ogni suo illecito impiego, dipendente dalla necessità della denuncia della perdita della sua disponibilità, che per ovvie ragioni deve essere la più tempestiva possibile*» (Corte d'Appello Milano, 16 novembre 1993).

L'Istituto di credito o l'emittente lo strumento di pagamento hanno specifici obblighi di sicurezza, ma la loro responsabilità per l'utilizzo fraudolento dello strumento non può spingersi sino a

² Tribunale di Livorno, sentenza n. 916 del 10 ottobre 2011.

³ Tribunale di Palermo, sentenza n. 5057 del 22 ottobre 2014, su www.expartecreditoris.it.

supplire gli obblighi di condotta che, come detto, gravano sull'utilizzatore.

Infatti, mentre l'obbligo di denuncia della perdita di possesso è solo eventuale - cioè condizionato all'evento furto o smarrimento - **l'obbligo di custodia** è permanente, è immanente ad ogni momento della durata dell'intero rapporto bancario.

Secondo l'Arbitro Bancario e Finanziario la colpa grave dell'utilizzatore - idonea ad escludere la responsabilità della Banca - si qualifica e concretizza in un disinteresse totale verso le conseguenze delle proprie azioni e corrisponde ad una condotta talmente negligente da essere equiparata a quella dolosa⁴.

I Collegi ABF hanno individuato varie ipotesi tipiche di colpa inescusabile a carico del cliente, fino a tipizzarle nelle seguenti condotte:

- conservazione del bancomat unitamente al PIN;
- mancata custodia di borsa o portafogli;
- ritardo nella denuncia dello smarrimento o del furto dello strumento finanziario;
- mancato blocco della carta in seguito a spedizione dell'*sms alert*;
- comunicazione credenziali e pin a terzi.

Dunque, da quanto sopra detto deriva che qualora l'utilizzatore dello strumento di pagamento (smarrito o rubato) abbia agito con dolo o colpa inescusabile è esclusa la responsabilità della Banca la quale non

⁴ Cfr. ABF Milano, pronuncia del 29 aprile 2015 su www.arbitratobancariofinanziario.it;

può esser chiamata a rispondere dei danni derivanti dall'utilizzo fraudolento.

Quindi, nelle ipotesi in cui si registri una simile condotta da parte dell'utilizzatore dello strumento di pagamento, potrà ravvisarsi una sua esclusiva responsabilità per gli addebiti eventualmente subiti.

Sulla Banca rimane invece l'obbligo di garantire *standard* efficienti di sicurezza e approntare gli strumenti necessari per evitare le frodi.

Tuttavia si segnala che ai sensi della disciplina richiamata⁵ e delle pronunce di merito⁶, l'onere di fornire la prova della tardività della denuncia da parte dell'utilizzatore ovvero della sussistenza di dolo o colpa grave è posto a carico dell'emittente.

Dunque è onere della Banca, nei cui confronti sia stata proposta azione di rimborso, fornire la prova della tardività della denuncia, della sussistenza di dolo o colpa grave o in ogni caso della violazione di una delle prescrizioni di cui all'art. 7 del D. Lgs n. 11/2010.

Tale sacrificio probatorio non limita tuttavia la responsabilità e gli obblighi gravanti in capo all'utilizzatore, come tali cristallizzati nella sentenza della Suprema Corte dello scorso 7 aprile⁷.

Il capovolgimento dell'onere probatorio è frutto di una scelta del legislatore il quale ha ritenuto l'emittente dello strumento - agente professionale qualificato - un

⁵ Art. 10 D. Lgs. n. 11/2010.

⁶ Cfr. Tribunale di Firenze, sent. 19 gennaio 2016, in www.ilcaso.it.

⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 6751 del 7 aprile 2016 in www.iusexplorer.it.

soggetto più abile nella valutazione preventiva del rischio e per tale ragione in grado di meglio adempiere l'onere probatorio in parola.

*

3. Conclusioni.

Alla luce delle superiori premesse può ricavarsi il seguente principio di diritto: in occasione dell' indebito utilizzo di uno strumento di pagamento, il disconoscimento dell'operazione da parte del suo titolare non è sufficiente a trasferire la responsabilità dell'addebito sulla Banca emittente.

Atteso che la prassi insegna che la maggior parte degli utilizzi irregolari avviene a causa di condotte imprudenti o in ogni caso connotate da uno scarso grado di diligenza da parte del titolare della carta, la Banca non può esser chiamata a rifondere l' esercente.

Ai sensi dell'art. 2697 c.c., però, non è sufficiente che l'Istituto dimostri che il pagamento anteriore a quello contestato sia avvenuto molto tempo prima, né che l'utilizzatore abbia avuto contezza dello smarrimento solo dopo diversi giorni dall'accaduto.

Ciò che l'Istituto di credito deve provare è il ricorrere di una di quelle situazione tipizzate dai Collegi ABF (cfr. *supra*, sub 2) sintomatiche dell'utilizzo fraudolento dello strumento di pagamento e dell'inosservanza dei precetti di prudenza e diligenza che devono connotare la condotta del cliente.

Sulla scorta di tali principi è legittimo ritenere che nel caso in cui la Banca (o l'emittente dello strumento di pagamento)

abbia rispettato le prescrizioni di cui all'art. 8 del D. Lgs. 11/2010⁸, la stessa, in caso di addebito fraudolento o in ogni caso sconosciuto dal cliente, potrà recuperare - rivalendosi sullo stesso e previo assolvimento dell'onere probatorio anzidetto - le somme addebitate, dovendo ritenersi che l'attività abusiva sia stata determinata, appunto, dal dolo o colpa grave dell'utilizzatore.

Avv. Chiara Samperisi
Studio Legale Mannocchi & Fioretti
Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di M&F. È proprietà di M&F e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.

⁸ Dal titolo "Obblighi a carico del prestatore di servizi di pagamento in relazione agli strumenti di pagamento".