

Smarrimento della carta di credito: onere probatorio a carico dell'intermediario e modalità di applicazione della franchigia

Tribunale di Firenze, 19 gennaio 2016. Giudice Alessandro Ghelardini.

Servizi di pagamento elettronico - Normativa di cui al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 - Ripartizione del rischio a carico dell'intermediario - Colpa grave dell'utilizzatore - Ragionevolezza e ratio della normativa

La disciplina dettata dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11, in attuazione della direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento del mercato interno, introduce una ripartizione del rischio connesso all'utilizzo di strumenti elettronici di pagamento tale da far ricadere il rischio sull'intermediario, a meno che non risulti una colpa grave dell'utilizzatore cliente, sul quale resta comunque una partecipazione al rischio nella misura della franchigia di euro centocinquanta, salvo diversa pattuizione contrattuale più favorevole al cliente.

In tal modo, il legislatore ha inteso favorire, salvi i casi in cui la condotta dell'utilizzatore appaia dolosa o gravemente colposa, la diffusione degli strumenti elettronici di pagamento, anche al fine di garantire la tracciabilità del medesimo, ponendo a carico dell'intermediario i rischi connessi al loro indebito uso e l'onere della prova circa la sussistenza degli elementi impeditivi del diritto dell'utilizzatore al rimborso e ciò a prescindere dal fatto che l'utilizzo abusivo sia stato o meno cagionato da condotta colposa dell'utilizzatore.

La scelta del legislatore, che parzialmente deroga ai principi generali in materia di responsabilità da inadempimento ed a quella della ripartizione dell'onere probatorio in materia contrattuale, appare sensata e ragionevole, solo ove si consideri che l'emittente, soggetto che agisce nell'ambito di attività imprenditoriale, nella sua veste professionale può provvedere ad una valutazione preventiva del rischio conseguente all'uso indebito delle carte ed alla conseguente assicurazione del medesimo, anche in ragione del fatto che i costi assicurativi possono essere spalmati sulla platea degli utilizzatori, così evitandosi la concentrazione del rischio su singoli soggetti.

Servizi di pagamento elettronico - Carta di credito - Smarrimento - Onere della prova

In caso di smarrimento della carta di credito, qualora il cliente

neghi di aver disposto le operazioni oggetto di causa, è onere dell'emittente nei cui confronti sia stata proposta azione di rimborso fornire la prova della tardività della denuncia ovvero della sussistenza di dolo o colpa grave.

Servizi di pagamento elettronico - Carta di credito - Smarrimento - Onere a carico del titolare di verifiche periodiche ravvicinate della disponibilità della carta di credito - Esclusione

Nessuna norma impone verifiche periodiche ravvicinate della disponibilità della carta di credito da parte del suo titolare, così che la circostanza che egli si sia reso conto dello smarrimento a distanza di otto giorni dalla perdita di possesso non implica colpa grave e nemmeno fornisce elementi decisivi in tal senso la circostanza che l'attore abbia ommesso, in sede di denuncia penale, di fornire particolari circa data e luogo dello smarrimento o della sottrazione.

È, infatti, del tutto coerente e logico, in caso di sottrazione occulta o di smarrimento, che il titolare non sia in grado di collocare con precisione il momento della perdita di possesso sotto il profilo spaziale e temporale.

Servizi di pagamento elettronico - Smarrimento della carta di credito - Franchigia - Applicabilità sul totale complessivo degli importi addebitati

In mancanza di espressa previsione normativa, la franchigia posta a carico dell'utilizzatore nell'ipotesi di smarrimento della carta di credito o comunque dell'uso indebito dei servizi di pagamento di cui al decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 11 deve essere applicata sul totale complessivo degli importi addebitati e non autorizzati dal cliente e non sulle singole operazioni.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

Con atto di citazione ritualmente notificato il Sig. X ha convenuto in giudizio, innanzi alla sezione distaccata di Empoli, Y S.p.A. e BANCA S.p.A., al fine di sentirle condannare al pagamento, in solido tra loro, della somma di € 32.750,85 - oltre interessi legali dal 17.10.2011 sino al saldo effettivo - a titolo di rimborso di somme addebitate in conseguenza di utilizzo illecito, da parte di soggetto terzo ignoto, della carta di credito di cui era titolare.

In particolare, l'attore ha esposto che in data 17.06.2009 aveva stipulato con la BANCA un contratto per l'emissione della carta di credito del circuito Y; che lo stesso aveva regolarmente ricevuto il suddetto strumento di pagamento; che sulla carta di credito l'attore aveva apposto

la propria sottoscrizione; che i pagamenti effettuati a mezzo della carta venivano addebitati sul conto corrente intestato all'attore, aperto presso BANCA.

L'attore ha aggiunto che, alla fine di agosto 2011, la carta di credito era stata trafugata o comunque smarrita; che lo stesso, tuttavia, si era accorto del fatto solo in data 03.09.2011, con immediata richiesta a Y di bloccare la carta; che in data 05.09.2011 aveva denunciato lo smarrimento alla Stazione dei Carabinieri di Castelfiorentino; che nel periodo dal 27.08.2011 al 01.09.2011, ignoti avevano indebitamente utilizzato la propria carta di credito, effettuando acquisti per € 32.750,85; che le sottoscrizioni apposte sui relativi scontrini di pagamento erano palesemente contraffatte; che lo stesso, precedentemente, non aveva mai effettuato pagamenti per importi così elevati, tanto più in un concentrato arco temporale come quello in questione; che lo stesso, invano, aveva chiesto alle convenute il riaccredito della somma addebitata in conseguenza dell'illecito utilizzo della propria carta di credito.

Premessa una ricognizione in diritto della normativa applicabile e richiamati gli artt. 8 e ss del D. Lgs. n. 11 2010 (Attuazione della direttiva 2007/64/CE relativa ai servizi di pagamento nel mercato interno) l'attore ha quindi dedotto il grave inadempimento delle convenute, Y, per aver convenzionato negozianti inaffidabili, avendo gli stessi omesso ogni controllo sulla legittimità del possesso della carta e sulla autenticità delle sottoscrizioni, e, la BANCA, per essersi avvalsa di istituto emittente a sua volta inaffidabile e per aver dato corso agli addebiti sul conto malgrado la loro evidente natura anomalia per entità e frequenza.

Lo stesso ha quindi chiesto la condanna delle convenute in solido al rimborso delle somme addebitate, in subordine, con applicazione della franchigia di legge ai sensi dell'articolo 12 del D. Lgs. n. 11 del 2010.

Si è costituita in giudizio Y S.p.A., opponendosi all'accoglimento della domanda attorea. La stessa, premesso in punto di diritto che il titolare della carta elettronica è responsabile di ogni danno cagionato dall'indebito o illecito uso della carta in caso di dolo o colpa grave, ha eccepito la sussistenza nella fattispecie di tali ultime condizioni, per il ritardo con cui l'attore aveva dato comunicazione dell'avvenuto smarrimento/furto della carta, circostanza che non aveva permesso a Y di evitare l'utilizzo indebito della stessa, con il conseguente azzeramento del *plafond* mensile a disposizione dell'attore;

La stessa ha inoltre rilevato che, avuto riguardo alla data dell'ultimo utilizzo della carta effettuato dall'attore, che era del 04.06.2011, in assenza di elementi contrari e data anche la genericità della denuncia sporta dall'attore, ben poteva presumersi che quest'ultimo avesse omesso - negligenemente - la custodia della propria carta addirittura per 90 giorni (ovvero, dal 04.06.2011 al 03.09.2011, data quest'ultima in cui l'attore ha asserito di essersi accorto della sottrazione/furto); che comunque, anche ipotizzando che lo smarrimento/furto della carta di credito fosse avvenuto il 27.8.2011, data del primo utilizzo non autorizzato, inescusabile era stato il comportamento dell'attore, per avere lo stesso comunicato lo smarrimento solo otto giorni dopo, circostanza che evidenziava, a suo dire, grave diligenza nella custodia della carta; che Y, circa il mancato riscontro dell'autenticità delle sottoscrizioni dei clienti, era sostanzialmente impossibilitata a tale verifica, eventualmente di competenza dei singoli esercenti; che, parimenti, nessuna doglianza

poteva essere mossa in relazione alla dedotta anomalia nell'uso della carta, da questa non rilevabile.

Si è costituita in giudizio, altresì, la BANCA, opponendosi anch'essa all'accoglimento della domanda attorea.

Ha evidenziato che Y è attualmente la carta di credito più diffusa e conosciuta in Italia, di talché non vi era alcun elemento da cui dedurre l'inaffidabilità della società emittente e che la stessa aveva esclusivamente l'obbligo di addebitare sul conto corrente dell'attore le somme di cui agli estratti conto ad essa inoltrati da Y.

Per il resto si è associata alle difese di Y, circa la colpa grave del cliente e la assenza di responsabilità delle convenute. In subordine sul presupposto che ogni eventuale responsabilità non poteva che gravare sull'emittente la carta, ha chiesto in via riconvenzionale "trasversale" di essere manlevata da Y.

Y si è opposta all'accoglimento della domanda di manleva, ribadendo l'esclusiva responsabilità nella vicenda del Sig. X.

A seguito della soppressione *ex lege* della sezione distaccata di Empoli, previa sostituzione del giudice istruttore (provvedimento presidenziale del 26.11.2013), la causa è stata trattata presso la sede principale ed è stata istruita documentalmente.

All'udienza del 29.09.2015 le parti hanno precisato le conclusioni, riportandosi agli atti.

Con ordinanza depositata il 25.11.2014, è stato disposto l'esperimento di procedimento di mediazione, che si è concluso con esito negativo.

All'udienza odierna le parti hanno discusso oralmente la causa, previo deposito di note conclusive autorizzate.

1) La domanda di risarcimento del danno per grave inadempimento dell'ente emittente la carta di credito e della Banca.

La domanda va disattesa.

In coerenza con la disciplina generale in materia di inadempimento contrattuale, anche ad ammettere infatti l'esistenza di inadempimenti imputabili all'ente emittente, per la mancata rilevazione di grossolana falsificazione della firma del titolare sugli scontrini di acquisto e della stessa anomalia nell'utilizzo della carta, per quantità e frequenza, resterebbe a carico del cliente una significativa quota di concorso colposo nella fattispecie produttiva del danno.

Non v'è dubbio infatti che lo stesso smarrimento della carta denoti la violazione da parte del cliente dell'obbligo di custodia della stessa assunto contrattualmente.

Fermo restando che nella fattispecie non ricorrono gli estremi della colpa grave a carico del titolare della carta, per le ragioni che meglio saranno illustrate nel paragrafo che segue, troverebbe nella fattispecie senz'altro applicazione il principio di cui all'art. 1227 c.c., atteso il concorso di colpa del danneggiato, con conseguente riduzione proporzionale del quantum risarcibile.

In concreto avuto riguardo alle caratteristiche della fattispecie l'efficienza causale della negligente condotta dell'attore sarebbe infatti quantificabile in almeno il 30% del danno complessivo.

La richiesta di tesi di rimborso integrale degli addebiti effettuati per inadempimento dell'emittente e della banca, non può pertanto essere accolta.

Occorre pertanto passare senz'altro all'esame della più favorevole disciplina di cui alla domanda di ipotesi.

2) La domanda di rimborso proposta in via subordinata

L'attore ha posto a fondamento della richiesta il disposto di cui all'articolo 12, III co., del D. Lgs. n. 11/2010, il quale prevede che *“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”*.

L'articolo 7, comma 1, lettera b) dispone che *“L'utilizzatore abilitato all'utilizzo di uno strumento di pagamento ha l'obbligo di: (...) comunicare senza indugio, secondo le modalità previste nel contratto quadro, al prestatore di servizi di pagamento o al soggetto da questo indicato lo smarrimento, il furto, l'appropriazione indebita o l'uso non autorizzato dello strumento non appena ne viene a conoscenza”*.

Si osserva che, ai sensi dell'articolo 1, comma 1, n. 5, del medesimo decreto, per “strumento di pagamento” si intende *“qualsiasi dispositivo personalizzato e/o insieme di procedure concordate tra l'utilizzatore e il prestatore di servizi di pagamento e di cui l'utilizzatore di servizi di pagamento si avvale per impartire un ordine di pagamento”*, ivi compresa, quindi, la carta di credito.

Il menzionato decreto, in particolare, introduce una ripartizione del rischio connesso all'utilizzo di strumenti elettronici di pagamento tale da fare ricadere sull'intermediario il rischio stesso, a meno che non risulti una colpa grave dell'utilizzatore-cliente, sul quale resta comunque una partecipazione al rischio nella misura di Euro 150,00 (c.d. franchigia), da applicarsi salvo diversa pattuizione contrattuale migliorativa per il cliente stesso. Con riferimento all'onere della prova, la disciplina legislativa prevede che, *“quando l'utilizzatore di servizi di pagamento neghi di aver autorizzato un'operazione di pagamento eseguita, l'utilizzo di uno strumento di pagamento registrato dal prestatore di servizi di pagamento non è di per sé necessariamente sufficiente a dimostrare che l'operazione sia stata autorizzata dall'utilizzatore medesimo, né che questi abbia agito in modo fraudolento o non abbia adempiuto con dolo o colpa grave a uno o più degli obblighi di cui all'articolo 7”* (art. 10 comma 2 d.lgs. n. 11/2010).

Circa la nozione di colpa grave, va poi richiamata quella giurisprudenza di legittimità secondo cui la stessa consiste in *“un comportamento consapevole dell'agente che, senza volontà di arrecare danno agli altri, operi con straordinaria e 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”* (sulla scorta di Cass. 19 novembre 2001, n. 14456, cui si può aggiungere, più di recente Cass. 13 ottobre 2009, n. 21679).

In tal modo il Legislatore ha inteso favorire, salvi i casi in cui la condotta dell'utilizzatore appare dolosa o gravemente colposa, la diffusione degli strumenti elettronici di pagamento, anche al fine di garantire la

tracciabilità del medesimo, ponendo a carico dell'intermediario i rischi connessi al loro indebito uso e l'onere della prova circa la sussistenza degli elementi impeditivi del diritto dell'utilizzatore al rimborso (tardiva denuncia della perdita di possesso della carta, dolo, colpa grave).

E ciò a prescindere dal fatto che il suddetto uso sia stato o meno cagionato da condotta colposa dell'utilizzatore (così di regola nel caso dello smarrimento della carta elettronica). La scelta del legislatore, che parzialmente deroga ai principi generali in materia di responsabilità da inadempimento ed quella della ripartizione dell'onere probatorio in materia contrattuale, appare senz'altro ragionevole, solo ove si consideri che l'emittente, soggetto che agisce nell'abito di attività imprenditoriale, nella sua veste professionale può senz'altro provvedere ad una valutazione preventiva del rischio conseguente all'uso indebito delle carte ed alla conseguente assicurazione del medesimo.

I relativi costi assicurativi ben potranno poi essere "spalmati" sulla platea degli utilizzatori, così evitandosi la concentrazione del rischio su questi ultimi.

Tanto premesso in punto di diritto, ritiene il giudicante che la domanda sia fondata.

L'attore ha esposto di aver preso coscienza dell'avvenuto smarrimento (ovvero furto) della propria carta di credito solo in data 03.09.2011, e di aver immediatamente comunicato l'accaduto a Y, disconoscendo le operazioni oggetto di causa.

Poiché l'attore nega di aver mai disposto le operazioni oggetto di causa, era onere delle convenute fornire la prova della tardività della denuncia ovvero della sussistenza di dolo o colpa grave.

Nessuna concreta prova è stata invece sul punto fornita.

Invero, quanto alla tempestività della denuncia, non rileva la circostanza che l'ultima operazione in senso cronologico rispetto a quelle contestate risalgia al giugno 2011.

Ciò infatti non prova che la carta è stata smarrita in epoca immediatamente successiva all'ultimo utilizzo non contestato, ma solo che l'attore faceva un uso sporadico di tale strumento di pagamento.

D'altra parte è assai probabile che il furto della carta di credito - ovvero lo smarrimento della stessa, seguito da appropriazione da parte di ignoti male intenzionati - sia avvenuto proprio in data 27.08.2011, ovvero nel giorno del suo primo utilizzo non autorizzato. L'esperienza insegna che l'utilizzo illecito di uno strumento di pagamento avviene, generalmente, immediatamente dopo al conseguimento del possesso dello stesso, al fine di anticipare ed eludere provvedimenti di "blocco".

Nessuna colpa grave è poi ravvisabile per il fatto che l'attore abbia avuto contezza dello smarrimento della carta solo dopo otto giorni.

Ciò infatti non implica necessariamente che il Sig. X abbia omesso di custodire diligentemente la carta, ovvero abbia agito in colpa grave.

Nessuna norma impone la verifica periodica e ravvicinata della disponibilità della carta da parte del suo titolare. La circostanza che egli si sia reso conto dello smarrimento, verosimilmente, a distanza di otto giorni dalla perdita di possesso non implica colpa grave.

Nemmeno fornisce elementi decisivi in tal senso la circostanza che l'attore abbia omessa in sede di denuncia penale di fornire particolari circa la data ed il luogo dello smarrimento/sottrazione.

E' infatti del tutto coerente e logico, in caso di sottrazione occulta ovvero di smarrimento, che il titolare non sia in grado di collocare con precisione il momento della perdita del possesso sotto il profilo spaziale o temporale.

Segue da quanto sopra che l'attore ha diritto al rimborso delle somme addebitategli, detratta la franchigia di legge (€ 150,00).

La franchigia è da applicare sul totale complessivo degli importi addebitati e non sulle singole operazioni, così come sembra sostenere la stessa parte attrice nei propri atti difensivi.

In difetto di una esplicita previsione sul punto non vi è infatti ragione per interpretare in modo ampio il disposto di cui all'art 12 citato.

Né d'altra parte si pongono problemi sotto il profilo di cui all'art. 112 c.p.c., avendo l'attore comunque richiesto in sede di precisazione delle conclusioni il rimborso dell'intera somma addebitata per le operazioni disconosciute.

Sotto il profilo della legittimazione passiva l'obbligo non può che gravare sull'ente emittente la carta, e cioè su Y SPA, soggetto su cui in ultima analisi deve ricadere l'onere economico conseguente agli indebiti utilizzi della banca.

Quanto alla posizione di BANCA ritiene il giudicante che sussista violazione dei doveri ad essa facenti carico per non aver rilevato la anomalia delle operazioni in contestazione per frequenza ed entità.

Invero, non è contestato che l'attore facesse un uso del tutto saltuario della carta, con addebiti mensili di poche centinaia di euro.

La circostanza che, nel giro di pochi giorni a cavallo dell'agosto settembre 2011, fossero risultati acquisti per importo complessivo di € 30.000,00, tali da utilizzare l'intero plafond di entrambe le mensilità, avrebbe dovuto senz'altro porre sull'avviso la banca sulla necessità di effettuare opportune verifiche, contattando direttamente il titolare.

D'altra parte, quale operatore professionale, la stessa poteva rendersi agevolmente conto della suddetta anomalia.

La BANCA va quindi condannata in solido con Y al relativo rimborso.

Poiché è incontestato che gli addebiti contestati ammontano ad € 32.750,85, le convenute, al netto della franchigia, vanno condannate al pagamento di € 32.600,85, oltre interessi legali dal 17.10.2011 sino al saldo effettivo.

3) Della domanda trasversale di manleva

La BANCA ha proposto domanda trasversale di manleva nei confronti di Y, chiedendo che questa sia condannata a tenerla indenne da ogni eventuale onere.

La domanda è fondata.

L'onere economico derivante dall'uso indebito della carta non può che gravare che sul soggetto emittente, ente che trae, sostanzialmente in via esclusiva, i vantaggi economici legati alla gestione della carta.

Y va pertanto condannata a manlevare la BANCA di quanto la stessa pagherà a parte attrice in esecuzione della presente sentenza.

4) Spese di lite.

Le spese di lite, liquidate nel dispositivo ai sensi del D.M. 55/2014, seguono la soccombenza.

Le convenute vanno quindi condannate a rimborsare le spese di lite attoree.

A sua volta Y deve farsi carico delle spese della BANCA.

P.Q.M.

Visto l'articolo 281 *sexies c.p.c.*,
il Tribunale di Firenze, III sezione civile in composizione monocratica,
definitivamente decidendo, ogni altra istanza respinta:

- *CONDANNA Y S.p.A. e BANCA S.p.A. a rimborsare a favore del Sig. X, in solido tra loro, la somma di € 32.600,85, oltre interessi legali decorrenti dal 17.10.2011 sino al saldo;*

- *CONDANNA Y SPA a manlevare BANCA di quanto la stessa pagherà all'attore in esecuzione della presente sentenza;*

- *CONDANNA Y S.p.A. e BANCA S.p.A. a rimborsare al Sig. X, le spese legali da questo sostenute per il presente giudizio, che liquida in € 7.254,00 per compensi e in € 1.552,00 per spese, oltre rimborso forfettario al 15%, IVA e CPA come per legge;*

- *CONDANNA Y S.p.A. a rimborsare a BANCA S.p.A. il 50% delle spese del giudizio, che liquida per l'intero (2/2) in € 7.254,00 per compensi, oltre rimborso forfettario al 15%, IVA e CPA come per legge.*

Il Giudice

dott. Alessandro Ghelardini