

Κωνστ. Ν. Χριστοδούλου

Επίκουρος Καθηγητής του Αστικού Δικαίου στο Πανεπιστήμιο Αθηνών

Οι επιπτώσεις της κλοπής ή απώλειας του μέσου πληρωμών στις σχέσεις τράπεζας και πελάτη¹

Δεδομένου ότι ο μετερχόμενος την ηλεκτρονική απάτη τρίτος σπάνια εντοπίζεται και ενάγεται για την πράξη του, ο υφιστάμενος τη ζημία νόμιμος κάτοχος του ηλεκτρονικού μέσου πληρωμής (π.χ. πιστωτικής, χρεωστικής ή έξυπνης κάρτας κ.λ.π.) συνήθως στρέφεται κατά της τράπεζας. Συγκεκριμένα θα ζητεί να επωμισθεί η τράπεζα το κόστος της ανομιμοποίητης πληρωμής, καθώς θα αξιώνει να μην χρεωθεί ο λογαριασμός του, αφού η τράπεζα δεν κατέβαλε σ' αυτόν, αλλά στον κλέπτη τρίτο, που δεν δικαιούται να εισπράξει την ενσωματωμένη στο λογαριασμό απαίτηση του νόμιμου δικαιούχου κατ' ΑΚ 416.

Το ζήτημα απασχόλησε και απασχολεί ακόμη τη θεωρία, τη νομολογία των δικαστηρίων (συνήθως πλέον σε περιπτώσεις συλλογικής αγωγής), του τραπεζικού μεσολαβητή, πρωτίστως δε τον ίδιο το νομοθέτη, εθνικό και κοινοτικό.

1. Το προϋφιστάμενο γενικό νομικό πλαίσιο

Η ηλεκτρονική επίδειξη της κάρτας εκ μέρους του κομιστή προς είσπραξιν του οφειλόμενου ποσού θα μπορούσε να χαρακτηριστεί ως παροχή ηλεκτρονικής *εξοφλητικής απόδειξης*. Έτσι θα μπορούσε επίσης να υποστηριχθεί - σύμφωνα με ΑΚ 426, ενόσω δεν υφίσταται ειδικότερη ρύθμιση- ότι η καλοπίστως καταβάλλουσα τράπεζα ελευθερώνεται, ακόμη και όταν καταβάλλει προς μη δικαιούχο, που απλώς έχει αφαιρέσει την κάρτα. Η ίδια λύση θα υπαγορευόταν και από την ειδικότερη διάταξη του άρθρ. 3 ν.δ. της 17/7-16/8 /1923, με τη μόνη διαφορά ότι το μέτρο της απαιτούμενης καλής πίστης της καταβαλούσας τράπεζας θα ήταν αυστηρότερο (έλλειψη δόλου και βαρείας), αλλά θα την απάλλασσε (όχι μόνον προκειμένου για κλοπή, αλλά) και προκειμένου για πλαστογραφία.

Ωστόσο, πριν από την ειδική νομοθετική ρύθμιση του ζητήματος, η θεωρία παρενόβαινε εξισορροπητικά στο ζήτημα επικαλούμενη τις αμοιβαίες *παρεπόμενες υποχρεώσεις πρόνοιας* των δύο μερών (ΑΚ 288), θεωρώντας δε κρισιμότερο να εξευρεθεί ποιο μέρος (τράπεζα ή καταναλωτής) ευθύνεται τελικώς ως *(περισσότερο) υπαίτιο* για την κλοπή (ΑΚ 300), π.χ. λόγω μη ενημέρωσης του άλλου, παράλειψης λήψεως μέτρων ασφάλειας κατά του ενδεχομένου κλοπής της κάρτας. Πέρα από

¹ Η εισήγηση αποτελεί προδημοσίευση από τον Τιμητικό Τόμο του Ομότιμου Καθηγητή Γεωργίου Καλλιμόπουλου και εν μέρει επανεπαξεργασμένο απόσπασμα από το βιβλίο του Κ. Χριστοδούλου, *Επιτομή Ηλεκτρονικού Αστικού Δικαίου*.

ενδοσυμβατική, η ευθύνη του υπαιτίου δεν αποκλείεται να είναι και ειδική επαγγελματική κατ' άρθρ. 8 ν. 2251/ 1994 ή αδικοπρακτική ΑΚ 914 κατ' άρθρ. 23 ν. 2472/ 1997 ή κατά διεύρυνσιν του παρανόμου. Εξάλλου στην πράξη το ζήτημα ρυθμιζόταν μέχρι πρό τινος αποκλειστικά με βάση τους ΓΟΣ της σύμβασης παραχώρησης κάρτας.

2. Η ειδική νομοθετική ρύθμιση

Εν τέλει το ζήτημα ρυθμίσθηκε ad hoc από τις συστάσεις 88/ 590, 97/ 89, σήμερα δε από τα άρθρ. 54-78 της Οδ. 07/ 64 ήδη δε στην εσωτερική έννομη τάξη ισχύει το ταυτόσημο άρθρ. 4 §1 ΚΥΑ Ζ1 178/ 13.2.2001 (ΦΕΚ Β' 255/ 9-3-2001), το οποίο ορίζει ότι: "Μέχρι τη γνωστοποίηση στον εκδότη ο κάτοχος ευθύνεται για τις ζημιές που έχει υποστεί συνεπεία της απώλειας ή της κλοπής μέχρις ενός ορίου που δεν μπορεί να υπερβαίνει τα 150 ευρώ", ρύθμιση παρόμοια προς αυτήν του άρθρου 61 §1 Οδ. 07/ 64. Με άλλα λόγια, για λόγους προστασίας του καταναλωτή, η "ευθύνη" (ακριβέστερα: ο κίνδυνος) του από την ανεπιθύμητη κυκλοφορία της εξοφλητικής του απόδειξης περιορίζεται στα 150 ευρώ, φυσικά μέχρι την κατάργηση της αποδεικτικής δύναμής της με γνωστοποίηση της απώλειας ή της κλοπής, που ισοδυναμεί με καταγγελία της αποδεικτικής σύμβασης ("ακύρωση" της κάρτας), οπότε πλέον ο πληρωτής (νόμιμος κομιστής) θα εξακολουθεί να ευθύνεται μόνον σε περίπτωση δόλου του (άρθρ. 61 §5 Οδ. 07/ 64). Ο περιορισμός δεν ισχύει στην περίπτωση που ο κομιστής ευθύνεται και ο ίδιος για την απώλεια της κάρτας ή τη ζημία του.

Η ρύθμιση συνιστά αναγκαστικό δίκαιο μόνον απέναντι στην τράπεζα και μόνον υπέρ του καταναλωτή κομιστή δελτίου όχι και υπέρ του κομιστή ηλεκτρονικών μέσων πληρωμής μη ενσωματωμένων σε κάρτα, π.χ. διαδικτυακό χρήμα μεταβιβαζόμενο με εντολές υπογραφόμενες με PIN ή με ψηφιακή υπογραφή. Μια τέτοια ηλεκτρονική εντολή συνιστά κι αυτή εξοφλητική απόδειξη και απαλλάσσει τον καλοπίστως καταβαλόντα κατ' ΑΚ 426, άρθρ. 3 ν.δ. 17/7-16/8/ 1923, άρθρ. 74 §§1-3, άρθρ. 78 Οδ. 07/ 64. Σημειώνεται μάλιστα ότι ο κοινοτικός νομοθέτης (άρθρ. 74 §2) απαλλάσσει τον πάροχο υπηρεσιών πληρωμής ως μεσάζοντα (σύμφωνα και με το άρθρ. 15 Οδ. 00/ 31) επιφορτίζοντάς τον μόνον με την υποχρέωση να καταβάλει «εύλογες προσπάθειες» για την ανάκτηση του απωλεσθέντος ποσού. Τα παραπάνω δεν ισχύουν φυσικά στην περίπτωση πληρωμών κατόπιν ηλεκτρονικών «εντολών» μη φερουσών ηλεκτρονική υπογραφή συνομολογημένα δεσμευτική ή σύμφωνη προς το άρθρ. 3 §1 π.δ. 150/ 01 (βλ. αρ. 105, 115), όπου βεβαίως ο φερόμενος πληρωτής δεν ευθύνεται, όπως ρητώς ορίζει το άρθρ. 54 Οδ. 07/ 64.

3. Εκατέρωθεν επιμέλεια

Μολαταύτα οι γενικότερες ρυθμίσεις των ΑΚ 288, 300 (βλ. παραπάνω 1) δεν παύουν να συνισχύουν και σήμερα, ιδίως προς συμπλήρωσιν των κενών ή αμφίβολων σημείων της ειδικής ρύθμισης. Έτσι, αντιστοίχως αποκλίσεις υπέρ του κομιστή (ήτοι απαλλαγής του ακόμη και από την χρέωση των 150 ευρώ) θα πρέπει να γίνουν δεκτές στην αντίστροφη περίπτωση ευθύνης της τράπεζας για την χρέωση του λογαριασμού του (άρθρ. 61 §5 Οδ. 07/ 64).

Συμπερασματικά ο τελικός καταλογισμός του ποσού της παράνομης συναλλαγής απόκειται στην εκτίμηση της εκατέρωθεν συμπεριφοράς των μερών, πράξεων ή παραλείψεών τους και δη περισσότερο του μέτρου της επιμέλειας που αυτά επέδειξαν στην συγκεκριμένη περίπτωση, παρά του ειδικότερου είδους ευθύνης που στοιχειοθετείται εκάστοτε γι' αυτά, λ.χ. ενδοσυμβατική, αδικοπρακτική κ.λ.π.). Η στάθμιση αυτή μπορεί επιβάλει και τον επιμερισμό της ζημίας ανάμεσα στα μέρη και ως εκ τούτου την επιβάρυνση του καταναλωτή με ποσόν μεγαλύτερο ή μικρότερο των 150 ευρώ, ανάλογα με το αν το πταίσμα του κριθεί ως βαρύτερο από αυτό της τράπεζας ή όχι. Βλ. συναφώς άρθρ. 61 §§3,5 Οδ. 07/ 64.

1.1. Μέτρο επιμέλειας: Σημειώνεται ότι κατ' άρθρ. 4 παρ.1 ΚΥΑ Ζ1-178/ 01, αλλά και κατ' άρθρ. 61 §2 Οδ. 07/ 64 ο καταναλωτής ευθύνεται (πέρα από τα 150 ευρώ) μόνον για *βαρεία αμέλεια*. Εννοείται ότι η ρύθμιση αυτή υπερκαλύπτει το νομολογιακό αίτημα για απαλλαγή του κομιστή σε περίπτωση ζημίας του από ανώτερη βία (ΑΠ 1219/ 2001, ΔΕΕ 1128 επ.). Αντίστοιχο μέτρο ευθύνης προβλέπει το άρθρ. 3 ν.δ. 17/7-16/8 / 1923 και για την ολοκληρωτική επιβάρυνση της τράπεζας με το ποσό της καταβολής προς μη δικαιούχο τρίτο, χωρίς ωστόσο να είναι βέβαιο ότι η ευθύνη αυτή δεν επιτάχθηκε από τις μεταγενέστερες ρυθμίσεις των ΑΚ 330, 914 και άρθρ. 8 ν. 2251/ 94, αλλά και από την τελολογική προσέγγιση του ζητήματος ενόψει και της αρχής της ισότητας, που επιβάλλει την άνιση μεταχείριση των ανίσων σε τεχνογνωσία μερών.

1.2. Επιμέρους καθήκοντα: Σημαντικότερος ωστόσο φαίνεται ο εντοπισμός των εκατέρωθεν καθηκόντων (εξωτερικής) επιμέλειας των μερών.

1.2.1. *Του κομιστή*: Τα αρθρ. 3 της ΚΥΑ Ζ1-178/ 01 και 56 Οδ. 07/ 64 επιβάλλουν ευθέως τρία καθήκοντα στον κομιστή, ήδη έκτοτε νομολογημένα, το καθήκον εποπτείας και *φυλάξεως* της κάρτας, το καθήκον διασφάλισης του *απορρήτου του PIN* (άρθρ. 56 §2 Οδ. 07/ 64) και το καθήκον *έγκαιρης ενημέρωσης της τράπεζας* για την απώλεια του δελτίου (άρθρ. 56 §1β Οδ. 07/ 64). Άλλα καθήκοντα δεν προβλέπονται μεν, ακόμη και αν αυτά απορρέουν από τις επιταγές της γενικότερης αρχής της καλής πίστης (ΑΚ 288), αλλά από την άλλη πλευρά τόσο ο εθνικός, όσο και ο κοινοτικός νομοθέτης φαίνεται να παρέχουν στην τράπεζα την ευχέρεια να επιβάλει *πρόσθετα καθήκοντα με ΓΟΣ* (άρθρ. 3 α ΚΥΑ Ζ1-178/ 01, άρθρ. 56 §1α Οδ. 07/ 64: «σύμφωνα με τους όρους»). Γεννάται ωστόσο το ερώτημα αν τέτοιοι ΓΟΣ, αποκλίνοντας από το ενδοτικό δίκαιο, είναι χωρίς άλλο καταχρηστικοί, μια και διαταράσσουν την διαμορφωμένη από αυτό ισορροπία μεταξύ των μερών (βλ. όμως παρακάτω 5.4 in f.).

1.2.2. *Της τράπεζας*: Αναλυτικός κατάλογος των καθηκόντων της τράπεζας δεν έχει νομοθετηθεί από τον εθνικό νομοθέτη, αλλά μόνον νομολογηθεί στο πλαίσιο της ερμηνευτικής εξειδίκευσης της "*σοβαρής απροσεξίας*" του άρθρ. 3 ν.δ. 17/7 -16/8 / 1923, ενώ τουναντίον ο κοινοτικός προβλέπει ανάλογα καθήκοντα επιμέλειας για κάθε πάροχο υπηρεσιών πληρωμής. Η αντίστοιχη απροσεξία θα πρέπει να εκληφθεί ως «εξωτερική» αμέλεια, δηλαδή ως παράβαση συγκεκριμένων καθηκόντων επιμελείας οριζόμενων από το κοινοτικό δίκαιο. Τα καθήκοντα αυτά συνίστανται σε υποχρεώσεις αντίστοιχες προς αυτές του καταναλωτή, τ.ε. υποχρέωση *συνεχούς εποπτείας και ασφαλείας στο σύστημα* (κλειστό δίκτυο και κάρτα) και το λογαριασμό, *ελέγχου*

της ταυτότητας του κομιστή και της γνησιότητας της υπογραφής του (π.χ. στο εκτύπωμα της πιστωτικής κάρτας και εντοπισμό της ανομοιότητας μεταξύ αυτής και του δείγματος, άρθρ. 57 §1 Οδ. 07/ 64: «να αποδεικνύει ότι εξακριβώθηκε η γνησιότητα»). Αντιστοίχως μπορεί επίσης να γίνει λόγος για αντίστροφη *υποχρέωση ενημέρωσης του κομιστή* εκ μέρους του παρόχου υπηρεσιών πληρωμής σχετικά τον ακριβή χρόνο της ζημίας και της εκ μέρους της λήψης της ειδοποίησής του για την απώλεια του δελτίου (άρθρ. 58 Οδ. 07/ 64).

Εννοείται ότι η τράπεζα θα ευθύνεται και σε περίπτωση που οι παραπάνω υποχρεώσεις της παραβιάστηκαν και από βοηθούς προστηθέντες της (ΑΚ 922, 334), π.χ. από τον προμηθευτή που έχει αναλάβει να ελέγξει τα παραπάνω στοιχεία σε περίπτωση αγοράς με πιστωτική κάρτα. Συνιστά όμως «προστηθέντα» της τράπεζας ο πάροχος υπηρεσιών πληρωμής, όταν δεν ανταποκρίνεται στα εν λόγω καθήκοντά του, ώστε να καταλογισθεί η αμελής συμπεριφορά του στην τράπεζα;

4. Χρόνος της «ζημίας»

Ήδη αναφέρθηκε, ότι, για να απαλλαγεί ο κομιστής από τον κίνδυνο της χρέωσης 150 ευρώ, θα πρέπει να έχει γνωστοποιήσει την απώλεια της κάρτας πριν από τη "ζημία" του. Ειδικά προβλήματα γεννά ο ειδικότερος προσδιορισμός αυτής της ζημίας στην περίπτωση της ανομιμοποίητης χρήσης πιστωτικής κάρτας. Συγκεκριμένα γεννάται το ερώτημα ποιος θα θεωρηθεί κρίσιμος για την επέλευση της ζημίας, ο χρόνος της ολοκλήρωσης της συναλλαγής στο κατάστημα του προμηθευτή, ο χρόνος της χρέωσης του λογαριασμού του νόμιμου κομιστή από την τράπεζα ή ο χρόνος της πίστωσης του λογαριασμού του προμηθευτή από την τράπεζα.

Κανείς δεν ζημιώνεται από μόνη την επίδειξη της κάρτας στο μηχάνημα αναγνώρισης του προμηθευτή. Τουναντίον το πρώτο γεγονός στοιχειοθετεί ζημία του προμηθευτή, που πωλεί χωρίς άμεση είσπραξη ανταλλάγματος, κίνδυνο που όμως καλύπτεται ή επιμερίζεται συνήθως στο πλαίσιο της σχέσης του με την τράπεζα που συνεργάζεται. Το δεύτερο γεγονός στοιχειοθετεί ζημία του καταναλωτή, που χρεώνεται, καθώς μάλιστα έχει προηγηθεί ο τραπεζικός έλεγχος του σχετικού εκτυπώματος (print-out) της πιστωτικής κάρτας υπογεγραμμένου από τον αγοραστή. Τέλος, το τρίτο γεγονός στοιχειοθετεί ζημία της τράπεζας, που χρεώνεται, παρέχοντας ισόποση πίστωση στον προμηθευτή. Το γράμμα του άρθρου 61 §4 της μη ενσωματωμένης ακόμη Οδ. 07/ 64 φαίνεται ωστόσο να ομιλεί υπέρ της πρώτης εκδοχής, καθώς ορίζει ότι «ο πληρωτής (πελάτης) δεν φέρει τις οικονομικές συνέπειες που απορρέουν από τη χρήση του κλαπέντος ή απωλεσθέντος μέσου πληρωμών μετά την ειδοποίηση».

5. Δικονομικά

Προβληματισμό γεννά η κατανομή του βάρους της απόδειξης των κρίσιμων περιστατικών στην παράνομη χρήση καρτών πληρωμής, καθώς ο νόμος σιωπά.

5.1. Βάρος της απόδειξης της επιμέλειας των μερών: Η τυχόν βαρεία αμέλεια του καταναλωτή περί την μη τήρηση των υποχρεώσεών του είναι αποδεικτέα από

την τράπεζα, πόρισμα που προκύπτει από την εξαιρετική διατύπωση της διάταξης ("εκτός εάν από βαριά αμέλεια ..." και την συστηματική θέση του κανόνα της §2 του άρθρ. 61 της Οδ. 07/ 64 έναντι της §1). Εξάλλου, το βάρος της απόδειξης της επιμέλειας της τράπεζας σύμφωνα μεν προς το σύστημα του ΑΚ και το άρθρ. 8 ν. 2251/ 94 το φέρει η ίδια, σύμφωνα δε με τη διατύπωση του άρθρ. 3 ν.δ. 17/7-16/8 / 23 το φέρει ο αντισυμβαλλόμενός της, λύση που θα πρέπει να υιοθετηθεί, αν εμμείνει κανείς στον κανόνα *lex prior specialis legi posteriore generali derogat*.

5.2. Βάρος της απόδειξης του χρόνου γνωστοποίησης της απώλειας: Σύμφωνα με την πάγια νομολογία των δικαστηρίων ο πάροχος υπηρεσιών πληρωμής, τ.ε. συνήθως η τράπεζα βαρύνεται να αποδείξει τον ακριβή χρόνο της αναγγελίας (π.χ. το αν ήταν επακριβώς συντονισμένα τα χρονόμετρα της καταχώρισης της χρέωσης και της καταγραφής της ειδοποίησης). Το ίδιο συμπέρασμα απορρέει από τη σύμβαση τραπεζικού λογαριασμού, δηλ. σύμβαση από την οποία απορρέει η υποχρέωση της τράπεζας προς λογιστική απεικόνιση της πιστωτικής σχέσης. Δυνάμει αυτής θα πρέπει η τράπεζα να καταγράψει επακριβώς τον χρόνο και το περιεχόμενο κάθε μεταβολής, πολλώ δε μάλλον μεταβολές των οποίων ο χρόνος είναι κρίσιμος σύμφωνα με το νόμο (όπως η ειδοποίηση για την κλοπή και η δήλωση απενεργοποίησης της κάρτας).

5.3. Αποδεικτική δύναμη των εμπορικών βιβλίων της τράπεζας: Ενόψει των παραπάνω γεννάται το ερώτημα αν η περιεχόμενη στα εμπορικά βιβλία της τράπεζας μνεία των χρόνων της γνωστοποίησης και της χρέωσης συνιστά πλήρη απόδειξη αναγόμενη στο μέγεθος του λογαριασμού σύμφωνα με ΚΠολΔ 448 §1. Τούτο, δεδομένου ότι θα πρόκειται για απόσπασμα από ηλεκτρονικά βιβλία συντεταγμένα κατά τους νόμιμους τύπους. Σχετικά με την αποδεικτική δύναμη των ηλεκτρονικών βιβλίων βλ. Χριστοδούλου Επιτομή Ηλεκτρονικού Αστικού Δικαίου (2008), αρ. 118.

5.4. Εξάλλου αποδεικτικές συμφωνίες με ΓΟΣ που ρυθμίζουν τα παραπάνω ζητήματα τελούν υπό τον έλεγχο του άρθρ. 2 §7 ν. 2251/ 1994, εφόσον κριθεί ότι δεν αφορούν τα *essentialia* αυτοτελούς συμβάσεως.