Uitspraak Commissie van Beroep Kifid nr. 2023-0046

mr. C.A. Joustra, voorzitter, mr. dr. S.B. van Baalen, drs. F.J. van der Ent MHA, F.R. Valkenburg AAG RBA, mr. J. Willeumier, leden en mr. H.C. Dobbelaar-ten Cate, secretaris

Beroep ingediend door	ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Tegen	De consument
Datum uitspraak	20 november 2023
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Beroep grotendeels ongegrond

Samenvatting

Deze zaak gaat over een zoekgeraakte buitenlandse cheque. De consument heeft aan de bank een buitenlandse cheque aangeboden ter incassering. De bank bleek de cheque niet te kunnen incasseren, waarna deze is zoekgeraakt. De Geschillencommissie heeft de vordering van de consument toegewezen. De Commissie is van oordeel dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden en dat haar geen beroep toekomt op de in de bankvoorwaarden opgenomen aansprakelijkheidsuitsluiting. Het beroep op eigen schuld van de consument, dat de bank heeft gedaan in het kader van haar verplichting om de wettelijke rente te vergoeden, is gedeeltelijk gegrond.

1. De procedure in beroep

1.1 Bij een op 22 februari 2022 ontvangen beroepschrift heeft de bank bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (hierna: de Commissie van Beroep) beroep ingesteld tegen een uitspraak van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) van 12 januari 2022 (dossiernummer [nummer], gepubliceerd onder nummer 2022-0022).

1.2 De consument heeft een op 21 maart 2022 gedateerd verweerschrift ingediend.

1.3 De mondelinge behandeling van dit beroep heeft plaatsgehad op 4 april 2022. Namens de bank waren aanwezig: mr. [naam 1], mr. [naam 2] en [naam 3]. De consument en zijn broer hebben via een videoverbinding deelgenomen aan de zitting. Tijdens deze mondelinge behandeling hebben partijen afgesproken dat zij zullen bezien in hoeverre zij gezamenlijk tot een oplossing van het geschil kunnen komen.

1.4 Het verdere verloop van de procedure in beroep blijkt uit:
- de e-mails van 25 juli 2022 en 18 augustus 2022 van de bank, waarin zij drie mogelijke scenario's schetst om tot een oplossing te komen;
- de e-mail van 10 augustus 2022 van de consument, waarin hij zich uitlaat over de vaststellingsovereenkomst die de bank hem ter ondertekening heeft aangeboden;
- de e-mail van 13 september 2022 van de secretaris van de Commissie van Beroep,
- de e-mail van 23 september 2022 van de consument;
- de e-mail van 5 oktober 2022 van de bank;
- de e-mail van 7 mei 2023 van de consument;

- de e-mail van 25 mei 2023 van de bank (met bijlagen); en
- de e-mail van 30 mei 2023 van de consument.

2. De procedure bij de Geschillencommissie

Voor het verloop van de procedure bij de Geschillencommissie verwijst de Commissie van Beroep naar de uitspraak van de Geschillencommissie van 12 januari 2022.

3. De feiten

3.1 De Commissie van Beroep gaat uit van de feiten die de Geschillencommissie heeft vermeld in de uitspraak onder 2.1 tot met 2.7. De feiten zijn niet betwist en worden voor zover nodig aangevuld met enkele andere feiten die tussen partijen vaststaan. Kort gezegd gaat het om het volgende.

3.2 De consument houdt een betaalrekening aan bij de bank. Op deze contractuele relatie waren de Voorwaarden Betaalrekening van toepassing (geldig tot januari 2021). In artikel 44 van die voorwaarden staat het volgende opgenomen:

> *Aansprakelijkheid*
> *Als iemand misbruik maakt van een door u te verzilveren cheque of bij diefstal of verlies ervan, is de schade geheel voor uw eigen rekening. [De bank] is dan niet aansprakelijk, behalve als de schade het gevolg is van opzet of grove schuld van [de bank].*

In artikel 72 van die voorwaarden staat het volgende:

> *72.1 Naast de aansprakelijkheid zoals vermeld in de artikelen hierboven, is [de bank] alleen aansprakelijk voor de directe schade. Directe schade houdt in:*
> *• De kosten die [de bank] u voor de betaling heeft berekend.*
> *• De rente die u bij [de bank] bent misgelopen.*
> *• De rente die u bij [de bank] moet betalen omdat wij de betaalopdracht niet goed hebben uitgevoerd.*
> *72.2 [De bank] is niet aansprakelijk voor indirecte schade (zoals gederfde winst of gevolgschade.*

3.3 In oktober 2020 heeft de consument een woning verkocht in Spanje. Voor de betaling van de koopprijs is door de koper in het bijzijn van de notaris een tweetal cheques overhandigd aan de consument, beide met een waarde van € 140.875,-. Een van de cheques was bedoeld voor de consument en de ander voor zijn nicht. De cheques zijn getrokken op de Spaanse Liberbank S.A. (hierna: Liberbank).

3.4 Begin november 2020 heeft de consument zijn cheque aan de bank aangeboden per aangetekende post, met het verzoek deze te incasseren. De bank heeft de cheque voor verwerking opgestuurd naar CECA Bank in Spanje, die onderdeel uitmaakt van Liberbank. Omdat een bericht van de bank over de status van zijn verzoek tot het incasseren van de cheque uitbleef, heeft de consument op 27 november 2020 gebeld met de bank om daarover duidelijkheid te verkrijgen. Tijdens dit telefoongesprek heeft de bank gezegd daar op korte termijn op terug te komen.

3.5 Op 4 december 2020 heeft de consument opnieuw gebeld met de bank. Naar aanleiding van dat gesprek heeft hij de bank een kopie van de cheque opgestuurd. Diezelfde dag heeft de bank hem bericht dat de cheque op 6 november 2020 aan de buitenlandse bank is aangeboden.

3.6 De consument heeft vervolgens nog meerdere malen contact opgenomen met de bank om duidelijkheid te verkrijgen over het incasseringstraject, waarop de bank telkens heeft geantwoord:

> *"Wij kunnen u aangeven dat het onderzoek naar het verzilveren van uw cheque nog uitstaat. Momenteel doen wij navraag bij de buitenlandse bank met betrekking tot het uitbetalen van de cheque. Zoals aangegeven is uw cheque ter incasso aangeboden, wat inhoudt dat wij pas kunnen overgaan tot uitbetalen van de cheque als het geldbedrag daadwerkelijk door ons is ontvangen.*
> *Wanneer wij meer informatie ontvangen, dan wordt u door ons zo spoedig mogelijk geïnformeerd."*

3.7 De bank heeft op 19 januari 2021 een bedrag van € 30,- van de rekening van de consument afgeschreven onder de vermelding: "Kosten onbetaald retour cheque".

3.8 Op 26 januari 2021 heeft de consument een brief van de bank ontvangen gedateerd 15 januari 2021, waarin staat:

> *"Hierbij informeren wij u dat de volgende cheque door de betrokken bank onbetaald retour is gemeld.*
> *Chequenummer [nummer] ad EUR 140875,00.*
> *Reden:*
> *De bank waar de cheque betaalbaar is heeft de betaling geweigerd.*
> *U wordt geadviseerd contact op te nemen met de opdrachtgever.*
> *Wij belasten uw EUR-rekening voor een bedrag van EUR 30,00 (standaard kosten onbetaald retour).*
> *Na ontvangst van de originele cheque, zullen wij u deze retourneren."*

3.9 Bij brief van 18 februari 2021 heeft de bank de consument geïnformeerd over het resultaat van het onderzoek naar de incassering van de cheque. De cheque is op 10 november 2020 afgeleverd bij CECA Bank. CECA Bank heeft de cheque vervolgens geweigerd te incasseren omdat zij geen cheques meer verwerkt. De cheque is daarom teruggestuurd naar een kantoor van de bank in België in plaats van het op de cheque vermelde retouradres. Het kantoor in België heeft de cheque nooit ontvangen en de cheque is daarop als vermist opgegeven. Zonder originele cheque kan de consument de cheque niet (doen) incasseren.

3.10 De consument heeft een klacht ingediend bij de bank over de gang van zaken en haar verzocht het bedrag alsnog uit te keren. De bank heeft de afschrijving van € 30,- teruggedraaid "uit coulance", maar zij heeft het verzoek tot uitkering afgewezen.

4. De klacht en de uitspraak van de Geschillencommissie

4.1 Bij de Geschillencommissie heeft de consument gevorderd dat de bank de waarde van de cheque uitkeert, te vermeerderen met de vertragingsrente. De stelling van de consument is dat de bank haar zorgplicht heeft geschonden doordat zij ervoor heeft gezorgd dat de cheque vermist is geraakt en niet meer kan worden uitgekeerd. De bank heeft aansprakelijkheid betwist.

4.2 De Geschillencommissie heeft de vordering van de consument toegewezen.

5. De beoordeling van het beroep

5.1 De bank heeft beroep ingesteld. De consument heeft de stellingen van de bank in beroep weersproken.

5.2 De Commissie van Beroep constateert allereerst dat het beroep niet langer ziet op de door de consument gestelde schade bestaande uit het niet uitgekeerde bedrag op de cheque. Partijen hebben na de mondelinge behandeling bij de Commissie van Beroep in onderling overleg gezorgd voor een oplossing in die zin dat de consument, na naar Spanje te zijn afgereisd op kosten van bank, alsnog de hoofdsom van € 140.875,-- heeft ontvangen. Partijen zijn het er echter niet over eens geworden of de bank de door de Geschillencommissie toegewezen vertragingsrente verschuldigd is. De bank handhaaft haar beroep tegen dat onderdeel van de beslissing van de Geschillencommissie. Daarmee is het geschil beperkt tot de toegewezen rente over het bedrag van € 140.875,-- (de waarde van de cheque), welke rente betrekking heeft op de periode van 20 april 2021 tot en met 4 mei 2023.

5.3 De consument heeft aangevoerd dat de wettelijke rente € 25.291,42 bedraagt. De bank heeft dat betwist. Zij heeft in de e-mail van 25 mei 2023 aangevoerd dat de consument de wettelijke handelsrente heeft berekend, hoewel het hier niet gaat om een handelstransactie. De 'gewone' wettelijke rente bedraagt volgens de bank € 6.791,91. Naar het oordeel van de Commissie van Beroep gaat het hier om de gewone wettelijke rente. De bank heeft onderbouwd dat deze uitkomt op een bedrag van € 6.791,91. De consument heeft een en ander niet betwist.

5.4 De bank betwist dat zij rente verschuldigd is, omdat zij - kort gezegd - betwist dat zij haar zorgplicht heeft geschonden. Zij heeft alle mogelijke inspanning betracht en het feit dat de cheque is vermist, lag buiten haar invloedsfeer, aldus de bank. Bovendien is de aansprakelijkheid van de bank beperkt op basis van de door haar gehanteerde algemene voorwaarden (Voorwaarden Betaalrekening). De consument is van mening dat de Bank haar zorgplicht wel heeft geschonden omdat zij nalatig is geweest bij het incasseren van de cheque die als gevolg daarvan vermist is geraakt. Daardoor heeft de consument het bedrag van € 140.875,-- in eerste instantie niet kunnen incasseren. Pas na meer dan twee jaar is dat alsnog gelukt. Daarom dient de bank de schade van de consument volgens hem te vergoeden over de periode dat de bank nalatig is geweest (de vertragingsrente).

5.5 De Commissie van Beroep is van oordeel dat de bank de gevorderde rente grotendeels moet vergoeden. Vast staat dat CECA Bank, als onderdeel van Liberbank, de contactbank is (althans was) van de bank in Spanje. De bank heeft er zelf voor gekozen de door de consument aangeboden cheque ter incasso aan te bieden aan de CECA Bank.

De bank heeft aldus de CECA Bank ingeschakeld als hulppersoon waarvoor zij op grond van artikel 6:76 BW (risico)aansprakelijk is. De bank had bovendien behoren te weten dat CECA Bank, waarvan de bank zelf heeft aangegeven dat zij daarmee een relatie onderhield, geen cheques ter incasso meer accepteerde. De bank had de vertragingsschade kunnen en moeten voorkomen door de cheque rechtstreeks aan de Liberbank aan te bieden, althans aan een bank in Spanje waarmee zij een relatie onderhield die wel op cheques zou uitkeren. Terecht heeft de Geschillencommissie overwogen dat het zoekraken van de cheque voor rekening en risico komt van de bank. Eveneens terecht heeft de Geschillencommissie overwogen dat verwijtbaar is dat de bank de consument in eerste instantie op geen enkele wijze heeft geholpen het bedrag alsnog te innen, hoewel dus de fout aan de zijde van de bank lag. Had de bank de consument sneller en beter geholpen met het alsnog innen van de cheque, dan had dat de schade – zoals thans ook is gebleken – drastisch kunnen beperken. Het heeft nu uiteindelijk meer dan twee jaar geduurd voordat tot uitkering is gekomen.

5.6 Voor zover de bank zich nog op haar algemene voorwaarden beroept die schadevergoeding als gevolg van – onder meer – verlies van een cheque uitsluiten, althans beperken tot vergoeding van directe schade (respectievelijk artikel 44 en 72 Voorwaarden Betaalrekening), gaat dat beroep niet op. De hiervoor omschreven verwijten jegens de bank moeten worden aangemerkt als grove schuld, mede gelet op de professionaliteit en deskundigheid die van een bank mag worden verlangd en de verwijten die haar dienaangaande kunnen worden gemaakt. Deze aansprakelijkheid voor de vertraging in de uitkering van de cheque, staat ook niet in disproportioneel verband tot de vergoeding die de bank voor dergelijke diensten incasseert, zoals de bank nog betoogt. Immers, aangenomen mag worden dat de hiervoor omschreven mate van verwijtbaar handelen eerder uitzondering dan regel is.

5.7 De Commissie van Beroep is evenwel met de bank van oordeel dat de consument tot op zekere hoogte ook zelf heeft bijgedragen aan de (omvang van de) schade, dat wil zeggen de schade die hij heeft geleden wegens de vertraging van de betaling van € 140.875,--. De consument kan daarvan ook enig verwijt gemaakt worden, omdat hij na het zoekraken van de cheque ook zelf actie had kunnen ondernemen richting de koper (en de schrijver van de cheque) om de koopsom op een andere wijze proberen te incasseren. De bank heeft de consument ook verschillende keren daarop gewezen. Door zelf (ook) geen actie te ondernemen, is aannemelijk dat de vertraging langer heeft geduurd, gelet ook op het feit dat de uitbetaling via de koper uiteindelijk alsnog mogelijk bleek. Hoeveel dat exact had gescheeld valt achteraf niet meer te bepalen, zodat daar slechts schattenderwijs rekening mee gehouden kan worden. Bovendien geldt daarbij nog het volgende. Gelet op de ernst van de verwijtbaarheid aan de zijde van de bank als professionele en deskundig te achten partij aan de ene kant en het feit dat het hier een consument betreft aan de andere kant, zonder kennis op het gebied van het trekken van cheques, zal de vertragingsschade voor het overgrote deel voor rekening van de bank dienen te blijven. Daarbij weegt de Commissie van Beroep nog mee dat de bank, in de beginfase, niet bepaald klantvriendelijk en hulpvaardig is geweest richting de consument. Daarom dient de bank naar het oordeel van de Commissie van Beroep de consument nog een bedrag te betalen van € 5.500,--. In zoverre faalt het beroep van de bank grotendeels en slaagt het alleen ten aanzien van een gering deel eigen schuld aan de zijde van de consument.

6. De beslissing

De Commissie van Beroep:

6.1 bepaalt dat de bank aan de consument moet vergoeden een bedrag van € 5.500,--,

6.2 stelt deze beslissing in de plaats van die van de Geschillencommissie.