Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-34 d.d. 4 februari 2013
(mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consument is begunstigde geworden van een frauduleuze betaalopdracht op haar bankrekening. Dit bedrag is dezelfde dag opgenomen met gebruikmaking van haar betaalpas en de juiste pincode. De bank heeft de gedupeerde rekeninghouder schadeloos gesteld en de personalia van Consument opgenomen in het IVR en EVR. Daarnaast vordert zij het ontvreemde bedrag van Consument. Consument vordert op haar beurt dat de bank deze vordering intrekt en haar personalia uit het IVR en EVR verwijdert. De Commissie oordeelt dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van Consument. Bovendien heeft Consument grof nalatig gehandeld in de zin van de voorwaarden. De Commissie overweegt als volgt. Voor opname in het EVR moet een zwaarwegende verdenking bestaan. Het enkele feit dat Consument als begunstigde op de gemanipuleerde betaalopdracht vermeld staat levert in beginsel niet een zodanig zwaarwegende verdenking op. Echter Aangeslotene heeft aan de hand van concrete feiten en omstandigheden aannemelijk gemaakt waarom Consument betrokken moet zijn geweest bij de frauduleuze overboeking. De Commissie is daarom van oordeel dat Aangeslotene in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot opname van de persoonsgegevens van Consument in het IVR. De opname in het EVR acht de Commissie eveneens aanvaardbaar. De vorderingen van Consument worden daarom afgewezen.

Consument,

en

de naamloze vennootschap ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, hierna te noemen Aangeslotene.

1. Procesverloop

De Commissie beslist met inachtneming van haar reglement en op basis van de volgende stukken:
- het dossier van de Ombudsman Financiële Dienstverlening;
- het verzoek tot geschilbeslechting d.d. 24 mei 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument; en
- de dupliek van Aangeslotene.

De Commissie stelt vast dat tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening niet tot oplossing van het geschil heeft geleid en dat partijen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op vrijdag 11 januari 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument houdt een betaalrekening aan bij Aangeslotene. Bij de rekening hoort een betaalpas.

2.2. Op 21 augustus 2010 is een bedrag van € 1.250,- bijgeschreven op de betaalrekening van Consument. De houder van de rekening waarvan het overgeboekte bedrag afkomstig was, heeft geen toestemming gegeven voor de overboeking. Het bedrag is vrijwel direct via een drietal transacties opgenomen van de betaalrekening, een en ander met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.3. Diezelfde dag heeft het detectiesysteem van Aangeslotene getraceerd dat het bedrag ten onrechte op de rekening van Consument was bijgeschreven en is de betaalpas van Consument automatisch geblokkeerd.

2.4. Op 27 augustus 2010 heeft Consument bemerkt dat zij niet meer in het bezit was van haar betaalpas. Zij heeft contact opgenomen met Aangeslotene en vernomen dat de betaalpas reeds was geblokkeerd. Uit onderzoek van Aangeslotene is gebleken dat het saldo van de betaalrekening van Consument in de periode voorafgaand aan de onbevoegde opnames drie maal is gecontroleerd met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.5. Aangeslotene heeft de gedupeerde rekeninghouder schadeloos gesteld. Verder heeft zij een bedrag van € 148,95 met het saldo op de betaalrekening van Consument verrekend en vordert zij het resterende bedrag van € 1.101,05 van Consument. Bij brief van 26 oktober 2010 heeft zij aan Consument medegedeeld dat zij haar personalia in het interne- (hierna: IVR) en externe (hierna: EVR) verwijzingsregister, als bedoeld in het Incidentenwaarschuwingssysteem voor financiële instellingen, heeft opgenomen. Zij heeft zich hierbij geconformeerd aan de regel van de Nederlandse Vereniging van Banken dat personalia van minderjarigen maximaal vier jaar in plaats van de gebruikelijke acht jaar mogen worden opgenomen in de registers. Omdat Consument ten tijde van het voorval minderjarig was heeft Aangeslotene de periode van opname daarom beperkt tot vier jaar. Ook heeft Aangeslotene op grond van artikel 30 van de Algemene Bankvoorwaarden haar relatie met Consument opgezegd.

2.6. In het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen van 27 juli 2004 (hierna: Protocol) is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

"5. Intern verwijzingsregister (IVR)
5.2 Vastlegging
In het intern verwijzingsregister kunnen uitsluitend verwijzingsgegevens worden opgenomen van (rechts)personen waarvan gegevens zijn vastgelegd in het incidentenregister en die een risico vormen voor (de organisatie van) de deelnemer. Daarbij kunnen de navolgende criteria als richtsnoer gelden:
•(redelijk vermoeden van) opzettelijke benadeling van de deelnemer, oneigenlijk gebruik van producten, diensten en voorzieningen en/of poging daartoe;
•(redelijk vermoeden van) het plegen van strafbare of laakbare gedragingen en/of overtreding van (wettelijke) voorschriften dan wel pogingen daartoe, gericht tegen de deelnemer, de organisatie van de deelnemer, haar cliënten en medewerkers."
"6. Extern verwijzingsregister (EVR)
6.2 Vastlegging

Deelnemers dragen er voor zorg dat verwijzingsgegevens van (rechts)personen die aan de hierna vermelde criteria voldoen worden opgenomen in het extern verwijzingsregister. Opname geschiedt in beginsel door de financiële instelling die benadeeld is. Andere bij het incident betrokken deelnemers kunnen echter ook tot opname van gegevens overgaan, indien het nadeel de financiële sector in zijn algemeenheid treft.
De beslissing tot vastlegging wordt genomen door daartoe aangewezen medewerkers van de veiligheidsafdeling of daartoe geautoriseerde functionaris van de deelnemer. Voor opname in het extern verwijzingsregister gelden de volgende opnamecriteria:
1. De activiteiten van de (rechts)persoon kunnen een bedreiging vormen voor de continuïteit en de integriteit van financiële instellingen, de financiële belangen van cliënten en/of de financiële belangen van de (organisatie van de) deelnemer.
2. Er dient een proportionaliteitsafweging plaats te vinden, waarbij de betreffende functionaris vaststelt, dat het belang van de opname in het verwijzingsregister prevaleert boven de mogelijk nadelige gevolgen voor betrokkene als gevolg van de opname van zijn gegevens.
3. De betreffende (rechts)persoon moet betrokken zijn bij een benadeling van enige financiële instelling (of poging daartoe) of bij onoorbaar gebruik (of poging daartoe) van het financieel stelsel van zodanige aard
•dat aangifte bij een opsporingsinstantie is gedaan of kan worden gedaan of
•de relatie of overeenkomst is opgezegd of het besluit daartoe is genomen of
•is geweigerd om een relatie of overeenkomst aan te gaan."

2.7. Op de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene zijn de Voorwaarden Betaalrekening (hierna: VB) en de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en Creditcards (hierna: VgBC) van toepassing. In de VgBC en de VB staat – voor zover hier relevant – het volgende vermeld:

Artikel 79 VB:

"79 Verlies, diefstal en misbruik

79.1 Als u uw Betaalinstrument verliest of als het wordt gestolen of als u deze niet goed hebt beveiligd, kan iemand anders er gebruik van maken. Als dat gebeurt vóórdat u het verlies of de diefstal bij ons meldt, is maximaal € 150 van de schade voor uw eigen rekening.
79.2 Bij misbruik van cheques is de schade voor uw rekening en betaalt de ING u niets terug.
79.3 De ING betaalt niets terug als er van uw kant sprake is van fraude, opzet of grove nalatigheid. U heeft dan niet aan de verplichtingen voldaan die horen bij het gebruik van uw betaalinstrument.
79.4 Als u toerekenbaar tekortschiet in het melden van verlies, diefstal of misbruik van uw betaalinstrument direct nadat u het ontdekt of had behoren te ontdekken, is er sprake van grove nalatigheid. U bent dan volledig aansprakelijk voor de schade die is ontstaan in de periode tussen het moment dat u had behoren te melden en het moment van melding."

Artikel 9 VgBC:

"9 Controleren

U moet de aanwezigheid van uw betaalkaart en het gebruik daarvan regelmatig controleren. Dat doet u zo:
- *Controleer minimaal één keer per dag of u uw eigen betaalkaart nog heeft.*
- *Als u na het gebruik van uw betaalkaart bent aangesproken door onbekende personen, controleer dan kort daarna of u uw betaalkaart nog in uw bezit heeft.*
- *Controleer af- en bijschrijvingen op Mijn ING of op de rekeningoverzichten van uw creditcard."*

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot:
(i) intrekking van haar vordering op Consument ten bedrage van € 1.101,05,- en retournering van het reeds geïncasseerde bedrag van € 148,95; en
(ii) verwijdering van haar personalia uit het IVR en EVR.

3.2. Aan deze vordering legt Consument nakoming van de rekening-courant overeenkomst ten grondslag. Zij heeft de voorwaarden van de overeenkomst nageleefd en haar betaalpas en pincode nooit aan een derde ter beschikking gesteld. De voorwaarde om een keer per dag te controleren of je nog in het bezit bent van je betaalpas is onredelijk bezwarend omdat dit niet van een minderjarige verwacht kan worden.

3.3. Aangeslotene heeft de stellingen van Consument gemotiveerd weersproken. Voor zover nodig zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

4. Beoordeling

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene haar vordering op Consument intrekt en de personalia van Consument uit de registers worden verwijderd. De Commissie zal deze punten hieronder afzonderlijk bespreken.

4.2. *Vordering Aangeslotene*
De Commissie stelt vast dat het vermogen van Consument op 21 augustus 2010 verrijkt is met een bedrag van € 1.250,-. Daarnaast staat vast dat een bedrag van € 1.250,- op diezelfde dag door middel van een drietal transacties met behulp van de betaalpas en pincode van Consument is opgenomen. Tenslotte staat vast dat Aangeslotene een bedrag van € 148,95 heeft veilig gesteld.

4.3. Ter zitting heeft Aangeslotene betoogd dat zij een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 van het Burgerlijke Wetboek (hierna: BW) op Consument heeft; zij stelt verarmd te zijn omdat zij aan de benadeelde het bedrag van € 1.250,- heeft vergoed. Consument vordert dat Aangeslotene deze vordering intrekt.

4.4. De Commissie overweegt als volgt. Het vermogen van Consument is op 21 augustus 2010 vergroot met een bedrag van € 1.250,- doordat dit bedrag op haar betaalrekening is bijgeschreven. Op dat moment heeft Consument een vordering op Aangeslotene verkregen. Dit betekent dat Consument op 21 augustus 2010 is verrijkt met een bedrag van € 1.250,-. Consument heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit bedrag niet tot haar beschikking is gekomen. Gelet op het feit dat dit bedrag op haar bankrekening was gestald, was het aan haar om aannemelijk te maken dat zij daarvan geen profijt heeft gehad. Nu het bedrag met behulp van haar betaalpas en pincode is opgenomen, is Consument daarin niet geslaagd. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2012/87, 2012/219 en 2012/260.

4.5. Voorts is niet betwist dat sprake is van een verarming aan de zijde van Aangeslotene. Aangeslotene heeft als gevolg van de frauduleuze overboeking een bedrag van € 1.250,- aan de gedupeerde rekeninghouder vergoed. Hierdoor is Aangeslotene verarmd. Er bestaat voldoende causaal verband tussen de verrijking van Consument en de verarming van Aangeslotene. Zie Geschillencommissie Kifid 2012/87 en 2012/219.

4.6. Voorts is de verrijking ongerechtvaardigd. De overboeking van € 1.250,- is het gevolg van fraude. De gedupeerde rekeninghouder heeft immers geen toestemming gegeven voor het overboeken van dit bedrag. Daarnaast heeft Consument niet gesteld dat hij

enige aanspraak op het overgeboekte bedrag kon maken. Voor de verrijking is dus geen redelijke grond aanwezig. Consument heeft de stelling van Aangeslotene op dit punt onvoldoende weersproken. De Commissie concludeert derhalve dat in dit geval sprake is van een vordering van Aangeslotene op Consument uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex art. 6:212 BW. Vergelijk Hof Amsterdam, 17 mei 2011, LJN: BQ6852 en Geschillencommissie Kifid 2012/87 en 2012/219. De vordering van Consument is dus niet toewijsbaar.

4.7. Consument heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat zij zelf slachtoffer is geworden van (bankpas)fraude. Consument meent recht te hebben op vergoeding van de door haar tengevolge van de fraude geleden schade. Dienaangaande overweegt de Commissie dat een vergoedingsplicht (voor Aangeslotene) in geval van fraude is opgenomen in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden.

4.8. De Commissie stelt vast dat er op grond van artikel 79.1 VB in geval van fraude met een betaalinstrument in beginsel een recht op schadevergoeding bestaat met daarbij een eigen risico voor Consument van € 150,-, maar Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat in deze zaak sprake is van grove nalatigheid in de zin van artikel 79.3 VB, met als gevolg dat er voor Aangeslotene in het geheel geen schadevergoedingsplicht is.

4.9. Ten aanzien van de door Aangeslotene gestelde grove nalatigheid overweegt de Commissie als volgt. Op grond van het bepaalde in artikel 9 VgBC rust op Consument de verplichting om dagelijks te controleren of zij nog in het bezit is van haar betaalpas. Consument stelt dat dit redelijkerwijs niet van een minderjarige gevergd kan worden en stelt dat deze voorwaarde onredelijk bezwarend is. De Commissie is van oordeel dat Consument onvoldoende heeft onderbouwd waarom deze voorwaarde onredelijk bezwarend zou zijn. Bovendien is geen sprake van een situatie waarin Consument slechts enkele dagen vergeten is deze controle uit te voeren, maar is sprake van een situatie waarin zij haar controleplicht ex artikel 9 VgBC gedurende langere periode niet heeft uitgevoerd. De Commissie acht de door Aangeslotene gestelde voorwaarde dan ook niet onredelijk bezwarend en nu Consument niet aan deze voorwaarde heeft voldaan, is dit een omstandigheid die voor haar rekening en risico dient te komen. Een andere regel zou Aangeslotene voor onaanvaardbare risico's plaatsen.

4.10. Voorts onderschrijft de Commissie de zienswijze van Aangeslotene voor zover zij betoogt dat het op de weg van Consument heeft gelegen om Aangeslotene enig inzicht te kunnen geven in de feitelijke toedracht aangaande de wijze waarop Consument het bezit van de betaalpas is kwijtgeraakt. Noch in het dossier, noch anderszins is enig inzicht gegeven over de vraag hoe de betaalpas kan zijn kwijtgeraakt. De enkele mededeling van Consument dat zij niet weet waar zij haar betaalpas acht de Commissie in dat kader onvoldoende en kan het gebrek aan (overige) informatie Consument worden toegerekend. Zie ook Geschillencommissie Kifid 2011/7 en 2011/86. In dit geval blijft volledig duister hoe de betaalpas en pincode van Consument in handen van derden is gekomen. Ook op deze grond wordt de vordering afgewezen.

4.11. *Opname in het IVR en het EVR*

In oktober 2010 heeft Aangeslotene de personalia van Consument opgenomen in zowel het IVR als het EVR. De werking van deze registers is neergelegd in het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen. Op basis van de overgelegde stukken en het ter zitting verhandelde stelt de Commissie vast dat het Protocol van 27 juli 2004 van toepassing is op de onderhavige kwestie.

4.12. *Opname interne verwijzingsregister*
Uit artikel 5.2. van het Protocol is af te leiden dat voor opname in het IVR onder meer geldt dat sprake dient te zijn van een (redelijk vermoeden van) opzettelijke benadeling van de financiële instelling of een (redelijk vermoeden van) overtreding van (wettelijke) voorschriften, dan wel pogingen daartoe. Ondanks het feit dat Consument iedere betrokkenheid bij de frauduleuze betaalopdracht ontkent, is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene aan het feit dat Consument begunstigde van de bedoelde betaalopdracht was, in redelijkheid het vermoeden heeft kunnen ontlenen dat sprake was van betrokkenheid van Consument bij opzettelijke benadeling van Aangeslotene. De opname in dit register is dus aanvaardbaar. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2012/295, 2012/138 en 2011/349.

4.13. *Opname externe verwijzingsregister*
Het EVR, dat de personalia van bepaalde (rechts)personen bevat, is toegankelijk voor, en kan dus worden geraadpleegd door alle aangesloten financiële instellingen. Artikel 6.2 van het Protocol bepaalt onder welke voorwaarden persoonsgegevens kunnen worden opgenomen in het EVR. Het moet gaan om activiteiten van een (rechts)persoon die een bedreiging kunnen vormen voor de continuïteit en integriteit van financiële instellingen, de financiële belangen van cliënten en/of de financiële belangen van de (organisatie van de) deelnemer. Hierbij dient een proportionaliteitsafweging te worden gemaakt. Daarnaast dienen activiteiten zodanig van aard te zijn dat 1) aangifte bij een opsporingsinstantie is gedaan of kan worden gedaan, en dat 2) de relatie of overeenkomst is opgezegd of het besluit daartoe is genomen, en of 3) is geweigerd een relatie of overeenkomst aan te gaan.

4.14. Wat betreft de onderhavige casus overweegt de Commissie het volgende. Aan de zijde van Aangeslotene bestaat uitsluitend een vermoeden dat Consument betrokken is geweest bij de frauduleuze bijschrijving op haar betaalrekening. Vermelding van de personalia in het EVR wegens verdenking van (poging tot) fraude is een maatregel met mogelijk vergaande gevolgen voor de betrokkene, van welke mogelijkheid terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Daarvoor moet, met andere woorden, een zwaarwegende verdenking bestaan. Het enkele feit dat Consument als begunstigde op de frauduleuze betaalopdracht vermeld staat levert niet een zodanig zwaarwegende verdenking op. Het ligt daarom op de weg van Aangeslotene aan de hand van concrete feiten en omstandigheden nader te onderbouwen, waarom Consument ondanks haar ontkentenis betrokken moet zijn geweest bij de fraude. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2011/349.

4.15. Aangeslotene heeft hiertoe betoogd dat voorafgaand aan de frauduleuze bijschrijving, het saldo op de betaalrekening drie keer is gecontroleerd met behulp van de betaalpas en pincode van Consument. Zij heeft hiertoe een afschrift uit haar administratie overgelegd. Hieruit kan volgens haar worden afgeleid dat het saldo

nauwlettend in de gaten werd gehouden omdat een bijschrijving op de rekening werd verwacht. Vrijwel direct na de bijschrijving is het bedrag met behulp van diezelfde betaalpas en pincode opgenomen, waarbij de pincode telkens in een keer juist werd ingetoetst. Deze handelwijze komt overeen met het gedragspatroon dat men ziet en verwacht bij dergelijke fraudezaken. Daarnaast is uit haar intern onderzoek gebleken dat de rekening van de benadeelde derde, op dezelfde dag op dezelfde wijze met behulp van vier andere jeugdige personen is benadeeld. Verder heeft Consument geen enkel inzicht kunnen verschaffen in het feit dat haar betaalpas en pincode in het bezit van een derde zijn gekomen.

4.16. Voornoemde omstandigheden in samenhang bezien rechtvaardigen naar het oordeel van de Commissie het besluit van Aangeslotene de personalia van Consument op te nemen in het EVR. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat Consument op dit moment over een reguliere betaalrekening bij een andere bank beschikt en de opname in het register slechts voor een beperkte periode van vier jaar zal plaatsvinden. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2011/349.

4.17. Dit alles leidt tot de conclusie dat de vorderingen van Consument moeten worden afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat de vorderingen worden afgewezen.

In artikel 5 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening is bepaald in welke gevallen beroep openstaat van beslissingen van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Daarbij geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak.