Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-265 d.d. 14 juli 2014
(Prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter, mr. M.M.C. Oyen, secretaris)

Samenvatting

In een periode van 6 maanden hebben er ten laste van de betaalrekening van Consument een groot aantal door Consument betwiste opnames plaatsgevonden. Consument vordert vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van de onbevoegde opnames. De Commissie oordeelt dat in die gevallen waarin volgens een Consument misbruik is gemaakt van zijn betaalpas terwijl deze niet uit zijn bezit is geweest, Consument zelf gegevens moet aandragen die aannemelijk maken dat hij niet zelf voor dat misbruik aansprakelijk kan worden gehouden. De Commissie is van oordeel dat Consument niet is geslaagd in de op haar rustende bewijslast. Niet is vast komen te staan dat er sprake is geweest van skimming. Voorts overweegt de Commissie dat Consument, nu zij de af- en bijschrijvingen niet heeft gecontroleerd en derhalve geen melding heeft gemaakt bij Aangeslotene van de frauduleuze afschrijvingen, niet heeft voldaan aan de in de voorwaarden omschreven controleplicht. De vordering van Consument wordt afgewezen.

Consument,

tegen

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 met bijlagen, ontvangen op 5 november 2013;
- het door Consument ondertekende klachtformulier;
- de brief met bijlagen van de gemachtigde van Consument van 16 januari 2014;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van Aangeslotene.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.

Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.

Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 23 mei 2014 en zijn aldaar verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

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

3.2. In de periode van 26 juni 2011 tot en met 22 december 2011 heeft er ten laste van deze rekening een groot aantal door Consument betwiste opnames plaatsgevonden met de betaalpas van Consument voor een bedrag van in totaal € 30.400,-. De betaalpas is nog in het bezit van Consument.

3.3. Aangeslotene heeft op 9 november 2011 de betaalpas van Consument met volgnummer 13 geblokkeerd, waarna zij Consument een nieuwe betaalpas met volgnummer 14 heeft toegezonden. De betaalpas met volgnummer 14 is nadien ook door Aangeslotene geblokkeerd.

3.4. Op de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene zijn de Algemene Bankvoorwaarden, de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en creditcards en de Voorwaarden Mijn ING (hierna: "de Voorwaarden") van toepassing. In de Voorwaarden staat – voor zover hier relevant – het volgende vermeld:

"13.4 Controleer minimaal 1 keer per 14 dagen in mijn ING uw af- en bijschrijvingen en het saldo van uw Betaalrekening. Want dan kunt u eventuele onregelmatigheden of onjuistheden tijdig opmerken. Als u tijdens de controle iets ziet wat volgens u niet klopt, dan moet u ons direct bellen. (…)
26 Fraude en nalatigheid
U bent volledig aansprakelijk voor schade die is ontstaan doordat u frauduleus heeft gehandeld. Of doordat u opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer veiligheidsverplichtingen zoals vermeld in deze voorwaarden en de Voorwaarden Betaalrekening niet bent nagekomen.(…)"

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert van Aangeslotene vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van de onbevoegde opnames met heer betaalpas, zijnde een bedrag van in totaal € 30.400,- minus haar eigen risico van € 150,-.

4.2. Deze vordering steunt kort en zakelijk op de volgende grondslagen:

- De betwiste opnames zijn niet door Consument verricht. Consument heeft haar betaalpas steeds in haar bezit gehad en heeft de betaalpas, dan wel de pincode niet ter beschikking gesteld aan derden.
- Het opnamepatroon van de betaalrekening van Consument wijst op skimming. Uit onderzoek is gebleken dat skimming van een EMV-chip, zoals in casu het geval is, mogelijk is. Nu haar betaalpas onrechtmatig is gebruikt dient Aangeslotene, gelet op artikel 7:529 lid 1 BW, de aansprakelijkheid van Consument te beperken tot een bedrag van € 150,-.
- Consument heeft gedurende een bepaalde periode geen rekeningafschriften ontvangen. Zij heeft hiervan melding gedaan bij Aangeslotene. Aangeslotene heeft

nagelaten Consument alsnog van de rekeningafschriften te voorzien waardoor Consument deze ook niet heeft kunnen controleren. Daar komt bij dat Consument ook geen toegang heeft tot internetbankieren.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt, wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. De vordering van Consument ziet op een aantal opnametransacties met een totaalbedrag van € 30.400,- die in de periode van 26 juni 2011 tot en met 22 december 2011 met haar betaalpas zijn verricht. Beoordeeld dient te worden voor wiens rekening en risico de betwiste transacties dienen te komen.

5.2. Volgens vaste jurisprudentie van de Commissie - zie onder andere Geschillencommissie Kifid 2009/9 en 2012/92 - geldt in die gevallen waarin naar de mening van een Consument misbruik is gemaakt van zijn betaalpas terwijl deze niet uit zijn bezit is geweest, dat de Consument zelf gegevens moet aandragen die aannemelijk maken dat hij niet zelf voor dat misbruik aansprakelijk kan worden gehouden.

5.3. Consument stelt zich op het standpunt dat er geen andere conclusie mogelijk is dan dat haar betaalpas is geskimd omdat deze nooit uit haar bezit is geweest. Haar pasgegevens moeten gekopieerd zijn waardoor iemand in staat is geweest om gedurende een periode van ongeveer zes maanden zonder haar toestemming geld van haar rekening op te nemen.

5.4. Aangeslotene heeft onderhavig standpunt gemotiveerd betwist. Zij stelt dat skimming uitgesloten is omdat een groot gedeelte van de betwiste transacties heeft plaatsgevonden bij een van haar geldautomaten. Vanaf november 2009 is een opname bij haar geldautomaten alleen mogelijk via de zogenoemde EMV-chip van de betaalpas. Volgens Aangeslotene is het onmogelijk om deze chip te kopiëren. Zij verwijst hier naar een vraag- en antwoordendocument over skimming van de Nederlandse Vereniging van Banken. Uit dit document blijkt dat het technisch onmogelijk is om de EMV-chip te kopiëren. Daarom moeten de onbevoegde transacties met de originele betaalpas van Consument zijn verricht, hetgeen ook uit haar onderzoek is gebleken. Voorts wijst Aangeslotene op het feit dat de betaalpas van Consument begin november 2011 is geblokkeerd, waarna zij een nieuwe betaalpas heeft gekregen. Ook de met deze betaalpas verrichte transacties worden betwist, waardoor het volgens Aangeslotene aannemelijk is dat er sprake is van ‘spooktransacties’.

5.5. De Commissie overweegt het volgende. Consument is niet geslaagd in de op haar rustende bewijslast dat er in deze sprake is van skimming. Aangeslotene heeft voldoende duidelijk gemaakt dat het in 2011 - ten tijde van de onbevoegde opnames - in haar systeem onmogelijk was om zonder gebruikmaking van de EMV-chip geld op te nemen bij haar geldautomaten. Nu Aangeslotene ook voldoende heeft aangetoond dat de EMV-chip niet gekopieerd kan worden moet het ervoor worden gehouden dat bij de onbevoegde opnames de originele betaalpas van Consument met bijbehorende pincode is gebruikt. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2013/70.

5.6. De Commissie is verder oordeel dat – zoals door Aangeslotene is aangevoerd – de onderhavige gang van zaken zich moeilijk laat rijmen met het gebruikelijke patroon bij skimming. Doorgaans wordt er – zie ook zie Geschillencommissie Kifid 2009/9 en 2012/92 - in een zo kort mogelijk tijdsbestek het gehele saldo van de rekening opgenomen. In dit geval is daar geen sprake van geweest; vanaf 26 juni 2011 tot en met 22 december 2011 hebben de betwiste transacties met gebruik van twee opvolgende betaalpassen plaatsgevonden, waarbij telkens niet de maximale bedragen zijn opgenomen en waarbij het opnamepatroon niet gewijzigd is vergeleken met het opnamepatroon in de periode voorafgaand aan de betwiste opnames.

5.7. Naar het oordeel van de Commissie is op grond van het bovenstaande niet vast komen te staan dat sprake is geweest van skimming. Nu de betaalpassen – naar Consument heeft gesteld - niet uit haar bezit zijn geweest, moet worden aangenomen dat er geen sprake is van misbruik van de originele betaalpas door een derde.

5.8. Ten aanzien van de stelling van Consument dat zij geen toegang had tot internetbankieren en dat zij, gelet op het feit dat zij geen rekeningafschriften van Aangeslotene ontving, niet heeft kunnen controleren welke transacties er met haar betaalpas werden verricht, overweegt de Commissie als volgt. Aangeslotene stelt dat uit haar administratie blijkt dat Consument al sinds 24 augustus 2008 gebruik kan maken van internetbankieren en dat er op 25 oktober 2008 en 24 mei 2013 her aanvragen zijn geweest voor de gebruikersnaam en het wachtwoord waaruit blijkt dat er ook gebruik werd gemaakt van de internetbankierfaciliteit. Consument had derhalve de mogelijkheid de af-en bijschrijvingen van haar betaalrekening te controleren.

5.9. De Commissie stelt op grond van de door Aangeslotene overgelegde stukken vast dat Consument sinds 24 augustus 2008 gebruik kan maken van internetbankieren. De Commissie stelt vast dat Consument op grond van artikel 13.4 van de voorwaarden gehouden is de af- en bijschrijvingen en het saldo van de betaalrekening minimaal één keer per veertien dagen door middel van de internetbankierfaciliteit te controleren. Het doel van deze controleplicht is dat onregelmatigheden op de betaalrekening zo snel mogelijk worden ontdekt en Aangeslotene na een melding van Consument maatregelen kan treffen om de schade te beperken. Het is bij uitstek Consument zelf die kan verifiëren of de met de betaalrekening verrichte transacties ook daadwerkelijk in elk geval door haarzelf zijn uitgevoerd. Van Consument mag dan ook worden verwacht dat zij op de internetbankierfaciliteit de recente af- en bijschrijvingen controleert. Consument dient daarbij iedere mutatie (of in ieder geval de meest recente) op de betaalrekening te herleiden tot door haar uitgevoerde betaalhandelingen ten laste van de betaalrekening. Consument had derhalve de frauduleuze transacties in een eerder stadium kunnen, dan wel moeten opmerken en daarvan melding moeten maken bij Aangeslotene. Naar het oordeel van de Commissie heeft Consument, nu zij de af- en bijschrijvingen niet heeft gecontroleerd en derhalve geen melding heeft gemaakt bij Aangeslotene van de frauduleuze afschrijvingen, niet voldaan aan de in artikel 13.4 van de voorwaarden omschreven controleplicht. De schade die is ontstaan dient, gelet op artikel 26 van de

voorwaarden, voor haar eigen rekening te blijven. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2014/026.

5.10. Gelet op het voorgaande is de klacht van Consument ongegrond en dient de vordering te worden afgewezen.

5.11. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen derhalve onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vordering van Consument wordt 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. Op de website van Kifid vindt u praktische informatie over het instellen van beroep. Zie hiervoor kifid.nl/consumenten/wie-behandelt-mijn-klacht/4#stappen-plan.