Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-160 d,.d. 27 mei 2013
(prof.mr. C.E. du Perron, voorzitter en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

De Commissie overweegt dat afhankelijk van de omstandigheden van het geval een pincode en/of betaalpas ook kunnen worden ontvreemd zonder dat sprake is van grove nalatigheid aan de zijde van Consument. Nu vaststaat dat Consument het slachtoffer is geworden van frauduleus handelen door geraffineerde beroepscriminelen is, anders dan in Geschillencommissie Kifid 2011/07, niet volledig duister hoe de betaalpas en pincode in verkeerde handen zijn gekomen. Aangeslotene heeft in het licht van die omstandigheid niet kunnen bewijzen dat sprake is geweest van grove nalatigheid ten aanzien van pincode of pas. Consument heeft echter pas ten minste vier dagen nadat de betaalpas was ontvreemd, geconstateerd dat deze niet meer in haar portemonnee aanwezig was. De Commissie is van oordeel dat van Consument verwacht had mogen worden dat zij eerder had gecontroleerd of zij nog in het bezit was van haar betaalpas. Door dit na te laten heeft zij in strijd met de toepasselijke voorwaarden gehandeld. Hierdoor heeft zij de schade niet meer kunnen beperken. De Commissie acht het daarom niet onredelijk dat, Consument 1/3de deel van de door haar geleden schade draagt en dat de bank het overige deel voor haar rekening neemt. Dat Consument een vordering op de criminelen heeft, betekent niet dat zij geen vergoeding maar van de bank kan verlangen. De vordering wordt deels toegewezen.

Consument,

en

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

Procedure

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.15 november 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 12 april 2012 en zijn aldaar verschenen.

Bij brief van 15 mei 2013 heeft Aangeslotene de Commissie naar aanleiding van de behandeling ter zitting laten weten dat er geen sprake is van vergelijkbare gevallen waarin zij consumenten wel volledig schadeloos heeft gesteld. De Commissie heeft deze brief bij haar beslissing buiten beschouwing gelaten omdat zij het debat reeds had gesloten.

Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

Consument houdt een betaalrekening aan bij Aangeslotene. Op de overeenkomst zijn onder andere van toepassing de Voorwaarden en overige regelingen voor particuliere rekeninghouders van Aangeslotene. Onderdeel van deze Voorwaarden zijn de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en Creditcards en de Voorwaarden Betaalrekening.

Op 1 oktober 2011 om 09:39 uur heeft Consument een bedrag van € 150,- opgenomen bij een geldautomaat van Aangeslotene die in een supermarkt stond opgesteld.

Op 10 oktober 2011 heeft Consument omstreeks 19:00 uur geconstateerd dat zij niet meer in het bezit was van haar betaalpas. Zij heeft toen onmiddellijk contact opgenomen met Aangeslotene om haar betaalpas te blokkeren. Inmiddels was er tussen 9 oktober 2011 en 12 oktober 2011 door middel van 33 transacties een bedrag van € 7.396,40- aan haar rekening onttrokken. Een en ander met behulp van haar betaalpas en bijbehorende pincode.

Op 13 oktober 2011 heeft Consument aangifte van diefstal gedaan.

2.5. De politie heeft de daders opgespoord. Bij vonnis van 5 maart 2012 zijn zij door de rechter veroordeeld tot terugbetaling van een bedrag van € 7.396,40-. De incasso van deze gelden wordt uitgevoerd door het CJIB. Consument heeft Aangeslotene verzocht haar de schade te vergoeden en deze vervolgens op de daders te verhalen. Aangeslotene heeft dit geweigerd.

In de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en Creditcards is – voor zover relevant –het volgende bepaald:

"7.1 U moet uw betaalkaart altijd veilig bewaren. Daarvoor gelden in ieder geval deze regels:
- Berg uw betaalkaart zó op, dat anderen uw betaalkaart niet kunnen zien.
- Berg uw betaalkaart zó op, dat anderen er niet ongemerkt bij kunnen.
- Zorg dat anderen uw betaalkaart en de opbergplaats (bijvoorbeeld uw portemonnee) niet kunnen zien als u ze niet gebruikt.
- Let goed op dat u uw betaalkaart niet verliest."
"9. U moet de aanwezigheid van uw betaalkaart en het gebruik daarvan regelmatig controleren. Dat doet u zo:
Controleer minimaal een 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 uw Afschriften en overzichten van uw creditcard."

Geschil

Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld:
de rechten van Consument tegen de daders over te nemen;
een bedrag van € 7.398,40 aan haar te vergoeden; en
een vergoeding te betalen voor buitengerechtelijke kosten.

3.2. Aan deze vordering legt Consument ten grondslag dat Aangeslotene gehouden is tot nakoming van de rekening-courantovereenkomst. Consument is zorgvuldig met haar betaalpas omgegaan en heeft de voorwaarden nageleefd. Zij heeft financieel belang bij voortzetting van de procedure, want zij heeft nog steeds schade en het is onwaarschijnlijk dat zij deze schade ooit vergoed zal krijgen. Zeker nu het gaat om buitenlandse daders zonder vaste woon- of verblijfplaats in Nederland.

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

Beoordeling

Naar aanleiding van het over en weer door partijen gestelde overweegt de Commissie als volgt.

Overeenkomstig artikel 7.1 VgBC dient een cliënt zorgvuldig met zijn betaalpas om te gaan. De betaalpas dient zodanig opgeborgen te worden dat anderen deze niet kunnen zien en er niet ongemerkt bij kunnen. Overeenkomstig artikel 7.2 VgBC dient een cliënt zijn pincode altijd voor zichzelf te houden. Daarnaast dient een cliënt overeenkomstig artikel 9.1. VgBC minimaal een keer per dag te controleren of hij zijn betaalpas nog heeft. Op grond van artikel 24.2 van de VgBC is een cliënt volledig aansprakelijk als de schade het gevolg is van zijn eigen grof nalatig handelen.

3.1. Wat betreft de vraag of Consument grof nalatig ten aanzien van voornoemde voorwaarden heeft gehandeld, overweegt de Commissie als volgt. In beginsel is het aan Aangeslotene te bewijzen dat sprake is geweest van grove nalatigheid. Consument dient wel enig inzicht te geven hoe de betaalpas en pincode ongemerkt in onbevoegde handen zouden kunnen zijn geraakt, zodat Aangeslotene zich daarover een beeld kan vormen. Een andere regel zou Aangeslotene voor onaanvaardbare risico's van misbruik plaatsen.

3.2. Afkijken pincode

Consument heeft ter zitting verklaard dat ze in verband met de grote hoeveelheid boodschappen voor haar verjaardag haar pincode wellicht minder goed heeft afgeschermd dan gebruikelijk. De Commissie is van oordeel dat daaruit niet zonder

meer volgt dat Consument met deze handelwijze grof nalatig ten aanzien van de geheimhoudingsplicht van haar pincode heeft gehandeld. Ten eerste omdat uit de verklaring blijkt dat Consument zich bewust was van het gevaar van het afkijken van de pincode door daartegen maatregelen nemen. Ten tweede omdat haar opmerking desgevraagd niet bleek te zijn gebaseerd op een concrete herinnering aan de wijze waarop zij de pincode had ingetoetst, maar op verbazing dat criminelen erin waren geslaagd de code af te kijken. Het staat vast dat Consument slachtoffer is geworden van een criminele bende. Afhankelijk van de omstandigheden – waaronder de opstelling van de geldautomaat – kunnen pincodes ook worden afgekeken zonder dat sprake is van grove nalatigheid aan de zijde van Consument. Aangeslotene heeft in het licht hiervan niet kunnen aantonen dat sprake is geweest van grove nalatigheid aan de zijde van Consument.

3.3. Daarnaast heeft Consument ter zitting toegelicht dat de criminelen in kwestie tijdens de strafzitting hebben erkend Consument te hebben benadeeld, waarbij zij hun modus operandi hebben uiteengezet. Zij hebben eerst de pincodes van de slachtoffers afkeken en hen vervolgens enige tijd gevolgd tot ze de bijbehorende betaalpassen hadden ontvreemd. Aangeslotene heeft ter zitting erkend dat zij deze methode in de praktijk tegenkomt. Uit het feit dat er een periode van een week zat tussen de laatste pintransactie van Consument en de eerste frauduleuze transactie (en daarmee ver-
moedelijk van de ontvreemding van de pas), kan dan ook niet worden afgeleid dat de criminelen de pincode niet hebben afgekeken. Daardoor is niet aannemelijk geworden dat Consument haar pincode heeft opgeschreven en aldus in strijd met artikel 7.2 van de VgBC heeft gehandeld.

3.4. Ontvreemding betaalpas

Voorts heeft Consument toegelicht dat tijdens de strafzitting is gebleken dat de meeste gedupeerde klanten door hun bank(en) gecompenseerd zijn voor de door hen geleden schade. Hierover overweegt de Commissie als volgt. Kennelijk hanteerden de criminelen een methode waarbij de pas ook kon worden ontvreemd zonder grove nalatigheid aan de zijde van de klant. Nu vaststaat dat Consument het slachtoffer is geworden van frauduleus handelen door geraffineerde beroepscriminelen is, anders dan in de door Aangeslotene aangehaalde uitspraak van de Geschillencommissie Kifid 2011/07, niet volledig duister hoe de betaalpas en pincode in verkeerde handen zijn gekomen. De Commissie acht hetgeen Consument heeft gesteld over de wijze waarop zij haar pinpas pleegt te bewaren en te gebruiken geloofwaardig, mede gelet op de openheid waarmee Consument tijdens de hoorzitting en gedurende de schriftelijke procedure heeft verklaard over de feitelijke gang van zaken in de bewuste week vanaf 1 oktober 2011. De Commissie acht dan ook voldoende aannemelijk dat Consument de betaalpas op de voor haar gebruikelijke wijze heeft opgeborgen in haar portemonnee in haar handtas. Hiermee heeft Consument voldoende aanknopingspunten gegeven als onder 4.3. bedoeld. Het is de Commissie dan ook niet gebleken dat Consument grof nalatig ten aanzien van artikel 7.1 VgBC heeft gehandeld.

3.5. Controleplicht

Aangeslotene heeft zich nog op het standpunt gesteld dat Consument in strijd met artikel 9.1. van de VgBC heeft gehandeld door niet elke dag te controleren of zij nog in het bezit was van haar betaalpas. Op zaterdag 8 oktober 2011 is de betaalpas hoogstwaarschijnlijk ontvreemd en op woensdagavond 12 oktober 2011 heeft Consument geconstateerd dat zij niet meer in het bezit was van haar betaalpas. De Commissie is van oordeel dat in redelijkheid van Consument verwacht had mogen worden dat zij in elk geval op maandag 10 oktober 2011 had gecontroleerd of zij nog in het bezit was van haar betaalpas. Door dit na te laten heeft zij de schade niet meer kunnen beperken en valt haar naar het oordeel van de Commissie een verwijt te maken. Op grond van de eigen schuld (art. 6:101 BW) van Consument dient naar het oordeel van de Commissie 1/3de deel van de door Consument geleden schade (inclusief kosten voor rechtsbijstand) voor haar rekening te blijven. Aangeslotene dient de resterende 2/3de deel van de schade voor haar rekening te nemen. De Commissie begroot dit bedrag, met kosten, in redelijkheid op € 5.000,-, waarbij zij hetgeen tot aan de zitting door de criminelen aan Consument is vergoed al in haar begroting heeft betrokken.

3.6. Aangeslotene heeft nog gesteld dat Consument geen schade heeft omdat de criminelen tot vergoeding daarvan zijn veroordeeld. Deze veroordeling neemt als zodanig echter de schade niet weg. Wel zal de Commissie, om complicaties te voorkomen, en gelet op het bepaalde in art. 6:102 BW, voor de zekerheid bepalen dat Consument haar vordering op de criminelen voor het door Aangeslotene te vergoe-
den bedrag aan Aangeslotene dient over te dragen. De Commissie tekent aan dat aannemelijk is dat geen volledige vergoeding door de criminelen zal plaatsvinden. Aangeslotene kan dan ook op grond van art. 6:13 BW verlangen dat hetgeen de criminelen in termijnen vergoeden over Consument en Aangeslotene zal worden verdeeld in de hiervoor genoemde verhouding 1/3 – 2/3, totdat Aangeslotene het door haar betaalde bedrag van de criminelen heeft ontvangen.

Omdat Consument deels in het gelijk wordt gesteld zal Aangeslotene tevens worden veroordeeld tot vergoeding van de door Consument betaalde eigen bijdrage.

Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat:
- Aangeslotene binnen een periode van vier weken na dagtekening van deze beslissing
aan Consument een bedrag van € 5.000,- zal vergoeden, te vermeerderen met € 50,-; en
-Consument haar vordering op de criminelen voor een bedrag van € 5.000,- aan Aangeslotene zal overdragen.

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.