Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2022-0022
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter, mr. dr. S.O.H. Bakkerus, mr. A.P. Luitingh, leden en mr. P.V. Remmerswaal, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 20 april 2021
Ingediend door	: De consument
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de bank
Datum uitspraak	: 12 januari 2022
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering toegewezen

Samenvatting

De consument heeft een cheque aan de bank aangeboden met het verzoek deze te incasseren bij de Spaanse Liberbank S.A. De bank heeft de cheque aan CECA Bank, die aan Liberbank gelieerd is, verzonden. CECA Bank heeft de cheque retour gestuurd naar een adres van de bank in België, omdat zij geen cheques meer verwerkt. De cheque is tijdens de retourzending vermist geraakt. Volgens de consument is de bank aansprakelijk voor de schade door het vermist raken van de cheque. De commissie oordeelt dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten jegens de consument doordat de cheque bij de poging tot incassering ervan zoek is geraakt. De bank dient het bedrag van de cheque aan de consument uit te betalen, onder de voorwaarde van de cessie van de rechten van de consument op de koper, waaronder begrepen de cessie van zijn rechten uit hoofde van de door de koper afgegeven cheque. De consument dient de bank alle redelijke medewerking te verlenen om de vordering te kunnen incasseren.

1. De procedure

1.1 De commissie beslist op basis van haar reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van de bank; 3) de repliek van de consument en 4) de dupliek van de bank.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een digitale hoorzitting op 28 oktober 2021. Partijen zijn aldaar verschenen.

1.3 De consument en de bank hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

1.4 Na de hoorzitting is de enkelvoudige commissie uitgebreid met de leden mr. dr. S.O.H. Bakkerus en mr. A.P. Luitingh, naar een meervoudige commissie. Partijen zijn hierover geïnformeerd.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 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 is bedoeld voor de consument en de ander voor zijn nicht. De cheques zijn getrokken op de Spaanse Liberbank S.A. (hierna: Liberbank)

2.2 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, die aan Liberbank gelieerd is. De in Australië woonachtige nicht van de consument heeft haar cheque op 9 december 2020 via een Australische bank aangeboden aan Liberbank. Die cheque heeft Liberbank op 8 februari 2021 uitbetaald.

2.3 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. 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.

2.4 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."*

2.5 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"*. Op 26 januari 2021 heeft de consument een brief 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."

2.6 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. Het kantoor in België heeft de cheque echter nooit ontvangen. Uit navraag door CECA Bank bij de koerier blijkt dat de cheque niet meer getraceerd kan worden en als vermist moet worden beschouwd. Zonder originele cheque kan de consument de cheque niet (doen) incasseren.

2.7 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.

De klacht en vordering

2.8 De consument vindt dat de bank toerekenbaar is tekortgeschoten in de uitvoering van haar dienstverlening jegens hem doordat de cheque door toedoen van de bank vermist is geraakt. Het was de bank bekend dat CECA Bank geen cheques meer verwerkt, omdat CECA bank dit al diverse malen aan de bank had bericht. Ook heeft de bank onzorgvuldig gehandeld door de consument op geen enkele wijze te helpen om alsnog de beschikking te krijgen over het bedrag van € 140.875,-. De consument vordert daarom betaling van € 140.875,-. Daarnaast vordert hij schadevergoeding van € 638,90 aan reparatiekosten van zijn oude auto doordat de vervanging van zijn auto niet heeft kunnen plaatsvinden doordat tijdige uitbetaling van de cheque is uitgebleven. Beide bedragen moeten worden vermeerderd met de wettelijke rente.

Het verweer

2.9 De bank heeft de volgende verweren gevoerd. De bank mocht erop vertrouwen dat zij de cheque ter incasso naar CECA Bank kon sturen omdat de SWIFT code van Liberbank naar CECA Bank verwees. Bovendien is de incasso van cheques bij CECA Bank in het verleden ook goed gegaan. Dat CECA Bank de cheque niet meer verwerkte en de cheque bij de retourzending vermist is geraakt, ligt buiten de invloed en macht van de bank. Haar kan daarom niet worden verweten dat de cheque vermist is geraakt. Ook in het geval waarin de retourzending wel goed zou zijn verlopen, had de consument het geld niet op zijn rekening ontvangen. De bank zou de cheque dan niet alsnog aan Liberbank hebben aangeboden omdat zij geen relatie met die bank onderhoudt.

De bank stelt verder dat de consument geen vordering heeft op de bank, maar op de opdrachtgever die de cheque heeft uitgeschreven. Omdat de opdrachtgever niet belast is voor het bedrag van de cheque, ligt het op de weg van de consument om de opdrachtgever aan te spreken om aan zijn betalingsverplichting te voldoen.

3. De beoordeling

3.1 Aan de commissie ligt de vraag voor of de bank toerekenbaar is tekortgeschoten in haar dienstverlening jegens de consument en daardoor schadeplichtig is. De commissie beantwoordt die vraag bevestigend en licht dat hieronder toe.

3.2 De consument heeft de bank opdracht gegeven om de cheque te incasseren bij de betrokken bank, dit is Liberbank, en het geïncasseerde bedrag aan hem uit te keren. De rechtsverhouding tussen partijen kwalificeert als een overeenkomst van opdracht in de zin van artikel 7:400 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De bank dient bij het uitvoeren van de opdracht de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Dit volgt uit artikel 7:401 BW.

3.3 Naar het oordeel van de commissie heeft de bank niet de zorg van een goed opdrachtnemer betracht doordat de cheque in haar macht, althans in de macht van een door de bank ingeschakelde hulppersoon, in dit geval CECA Bank, vermist is geraakt. Het verweer van de bank dat zij de cheque niet zelf is kwijtgeraakt kan haar niet baten. De bank is verantwoordelijk voor het handelen van CECA Bank, nu zij CECA Bank als hulppersoon heeft ingeschakeld voor het uitvoeren van de opdracht. Van de consument kan niet worden verwacht dat hij zelf regelt dat hij de cheque terugvindt. Daarnaast heeft de bank niets gedaan om de consument te helpen alsnog beschikking te krijgen over de cheque. De bank is daarom tekortgeschoten in haar dienstverlening jegens de consument.

3.4 De vraag die resteert, is of de bank vanwege de zorgplichtschending verplicht is de schade van de consument te vergoeden. Het bestaan en de omvang van de schade dient te worden vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de feitelijke situatie na het tekortschieten door de bank en de situatie waarin de consument zich had bevonden als de bank niet zou zijn tekortgeschoten. Vast staat dat de consument in de huidige situatie geen betaling op de cheque heeft ontvangen en onaannemelijk is dat hij die betaling nog zal ontvangen. Als de bank de cheque naar Liberbank had gestuurd, zou die bank naar verwachting het bedrag van de cheque wel hebben uitbetaald. Uit het feit dat de nicht van de consument wel is uitbetaald op de cheque nadat deze cheque op 9 december 2020 bij Liberbank is aangeboden, volgt dat aannemelijk is dat ook de consument zou zijn uitbetaald op de cheque als zijn cheque aan Liberbank was aangeboden.

3.5 Uit het voorgaande leidt de commissie af dat de zorgplichtschending van de bank heeft geleid tot de schade van de consument die bestaat uit het bedrag van de cheque van € 140.875,-. Het verweer van de bank dat de consument, ondanks het vermist raken van de cheque, nog altijd een vordering op de koper heeft, slaagt niet. De fout van de bank heeft ertoe geleid dat de consument niet betaald heeft gekregen door incassering van de cheque. Dat hij de koper wellicht kan aanspreken en waarschijnlijk geconfronteerd wordt met verweren van de koper tegen een vordering tot betaling van een deel van de koopprijs maakt dit niet anders. De commissie komt daarom tot de conclusie dat de bank het bedrag van € 140.875,- aan de consument moet betalen. Maar om de bank de gelegenheid te geven haar belang te dienen, moet de consument zijn rechten op de koper, waaronder begrepen zijn rechten van de uit hoofde van de door de koper afgegeven cheque, aan de bank cederen. De bank kan dan desgewenst proberen de koper aan te spreken tot betaling van die vordering, of CECA Bank aanspreken. Verder is de consument gehouden op verzoek van de bank alle redelijke medewerking te verlenen om het bedrag geïncasseerd te krijgen.

3.6 De door de consument gevorderde wettelijke rente wordt toegewezen vanaf het moment van indiening van de klacht op 20 april 2021. De vordering tot vergoeding van reparatie-kosten is door de consument onvoldoende onderbouwd. Deze vordering wordt daarom afgewezen.

4. De beslissing

De commissie beslist dat de bank binnen vier weken nadat deze beslissing aan partijen is verstuurd en tegen cessie van de rechten van de consument op de koper aan de bank, waaronder begrepen de cessie van de rechten van de consument uit hoofde van de door de koper afgegeven cheque, een bedrag van € 140.875,- aan de consument betaalt, vermeerderd met wettelijke rente daarover vanaf 20 april 2021 tot aan de dag van algehele voldoening.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening als wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het reglement van de commissie van beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.