

Uitspraak Geschillencommissie Kifid nr. 2023-0901

(mr. dr. ing. A.J. Verdaas, voorzitter en mr M.C. Mulder, secretaris)

Datum uitspraak	29 november 2023
Klacht van	De consument
Tegen	International Card Services B.V., gevestigd te Diemen, verder te noemen ICS
Aard uitspraak	Bindend advies
Uitkomst	Vordering afgewezen
Bijlage	Relevante bepalingen uit de algemene voorwaarden

Samenvatting

Boilerroomfraude. De consument heeft met zijn creditcard betalingen verricht aan een bedrijf met het doel om te beleggen en hierbij begeleiding te krijgen. Het is de consument bekend geworden dat dit bedrijf geen vergunning heeft om beleggingsdiensten te verrichten. De consument vermoedt dat de betalingen waarschijnlijk niet daadwerkelijk op een beleggingsaccount zijn gestort. Het is de consument niet gelukt om zijn inleg terug te krijgen. De consument vordert dat ICS zijn schade vergoedt. De commissie is van oordeel dat de consument zich niet met succes kan beroepen op de betwistingsprocedure of de aflevergarantie uit de algemene voorwaarden van ICS, noch op de bepalingen in de Chargeback Guide. Ook oordeelt de commissie dat ICS in haar rol als betalingsdienstverlener geen verwijt kan worden gemaakt en dat er voor haar geen aanleiding bestond om de consument te waarschuwen of om de overboekingen tegen te houden. De klacht van de consument wordt, in lijn met eerdere uitspraken in vergelijkbare zaken, afgewezen.

1. Procedure

- 1.1 De behandelend commissie, verder te noemen de commissie, beslist op basis van het reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) de aanvullende stukken van de consument; 3) het verweerschrift van ICS; 4) de repliek van de consument en 5) de dupliek van ICS.
- 1.2 De consument is in deze zaak vertegenwoordigd door professioneel gemachtigde mevrouw D. Minnaar, kantoorhoudende te Pretoria (Zuid-Afrika). ICS is in deze zaak vertegenwoordigd door professioneel gemachtigde de heer mr. M. Heezen, kantoorhoudende te Amsterdam.
- 1.3 De commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.
- 1.4 De consument en ICS hebben gekozen voor een bindend advies. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

- 2.1 De consument houdt een creditcard aan bij ICS. Op de overeenkomst tussen ICS en de consument zijn onder meer de Algemene Voorwaarden ICS Mastercard Gold uit 2022 (hierna: de Voorwaarden) van toepassing. De relevante artikelen zijn als bijlage bij deze uitspraak opgenomen. Voor zover nodig zal hiernaar worden verwezen.
- 2.2 De consument is via een online advertentie in contact gekomen met [bedrijf 1] (hierna: het bedrijf) en heeft daar een cursus aangevraagd om te leren 'day traden'. De consument was in de veronderstelling dat hij met zijn inleg via een beleggingsrekening bij het bedrijf kon beleggen en daar telefonisch hulp bij zou kunnen krijgen. De consument heeft van 7 november 2022 tot en met 17 november 2022 met de creditcard negen betalingen gedaan aan een bedrijf met de naam [bedrijf 2] (hierna: [bedrijf 2]). Van deze negen betalingen zijn er zeven succesvol doorgevoerd met een totaalbedrag van € 16.000,-.
- 2.3 Op 7 november 2022 heeft de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM) op haar website onder Waarschuwingen een link geplaatst naar de website van de Spaanse toezichthouder. Op deze website is een document geplaatst waarin wordt gewaarschuwd dat "[bedrijf 2] ([bedrijf 1])" niet bevoegd is om beleggingsdiensten te verrichten.
- 2.4 Medio januari 2023 is de consument tot de ontdekking gekomen dat de door hem overgemaakte bedragen waarschijnlijk niet door het bedrijf op een beleggingsrekening zijn gestort, omdat deze partijen geen mogelijkheden of vergunning hebben om beleggingsdiensten aan te bieden. Kort daarop heeft de consument de creditcardtransacties betwist en ICS verzocht om terugbetaling. ICS heeft dit verzoek afgewezen.
- 2.5 Nadat de interne klachtprocedure bij ICS niet tot een oplossing tussen partijen heeft geleid, heeft de consument zijn klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

- 2.6 De consument beklaagt zich erover dat ICS zijn verzoek tot betwisting van de betalingen aan het bedrijf heeft afgewezen. De consument vordert dat ICS zijn schade van € 16.000,- aan hem vergoedt. De consument legt de volgende argumenten aan zijn vordering ten grondslag.
- 2.7 Op de website van het bedrijf en tijdens de diverse telefoongesprekken met de consument heeft het bedrijf zich gepresenteerd als een online broker. De consument is voorgehouden dat het bedrijf voor hem een beleggingsrekening zou openen waarmee hij kon beleggen en waarbij hij telefonisch hulp zou krijgen. Vervolgens is gebleken dat het bedrijf geen vergunning heeft voor handelen op financiële markten. De consument heeft niet ontvangen wat hij heeft afgesproken en is slachtoffer geworden van oplichting.

- 2.8 De consument beroept zich op de chargeback procedure en op de aflevergarantie van ICS, omdat hem niet het product of dienst is verleend waarvoor hij heeft betaald. Ook had ICS een betwistingsprocedure moeten starten op grond van de Chargeback Guide van Mastercard.
- 2.9 Daarnaast wist ICS, of had zij moeten weten, dat het bedrijf een dubieuze partij is omdat op 7 november 2022, de dag waarop de consument de eerste transactie verrichtte, de Spaanse toezichthouder heeft gewaarschuwd voor de praktijken van het bedrijf. ICS had de consument moeten waarschuwen dat het bedrijf geen legitiem bedrijf was. Door dit niet te doen heeft ICS haar zorgplicht jegens de consument geschonden.

Het verweer

- 2.10 ICS heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Waar moet de commissie over oordelen?

- 3.1 De commissie heeft te beoordelen of ICS de schade aan de consument dient te vergoeden. Hoewel de commissie betreurt dat de consument het slachtoffer is geworden van oplichting, komt zij tot de conclusie dat ICS hiertoe niet is gehouden. De commissie ziet in deze klacht geen aanleiding om af te wijken van de vaste lijn in haar uitspraken in vergelijkbare kwesties. De commissie licht haar oordeel als volgt toe.

ICS heeft gehandeld als betaaldienstverlener

- 3.2 Het staat tussen partijen vast dat de consument zeven betalingen zelf heeft uitgevoerd en geautoriseerd op de tussen partijen overeengekomen wijze. Er is dus sprake van toegestane betalingstransacties als bedoeld in artikel 7:522 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Hieraan doet niet af dat de consument in de – achteraf gezien onjuiste – veronderstelling verkeerde dat hij de betalingen deed om te kunnen beleggen. ICS is op grond van artikel 7:533 lid 4 BW gehouden de gegeven betaalopdrachten uit te voeren. De betalingen zijn vervolgens onherroepelijk geworden nadat de gelden op de rekening van de begunstigde zijn bijgeschreven (zie artikel 7:522 BW).
- 3.3 Volgens de vaste lijn in haar uitspraken¹ is de commissie van oordeel dat ICS in de situatie als de onderhavige uitsluitend is opgetreden als betaaldienstverlener. ICS was daarom niet verplicht om de betaalopdrachten van de consument te onderzoeken of te monitoren. ICS heeft als betaaldienstverlener slechts de plicht om het betalingsverkeer te optimaliseren.

¹ Zie o.a. GC Kifid nrs. 2022-0235, 2022-0178, 2021-0197 en 2019-531, te vinden op www.kifid.nl/uitspraken.

De op ICS rustende zorgplicht strekt dus niet zo ver dat zij gehouden is om in het algemeen betalingstransacties te monitoren. Een algemene monitoringsplicht zou het proces van geautomatiseerde gegevensverwerking en het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is, kunnen schaden. Van ICS mag wel worden verwacht dat zij tot onderzoek overgaat indien zij ten tijde van de transacties op de hoogte was van ongebruikelijk betalingsverkeer op de rekening van de consument en het daaraan verbonden gevaar.² Het gaat hierbij om subjectieve wetenschap bij ICS. Het is de commissie niet gebleken dat hiervan in dit geval sprake is geweest.

Kan de consument een beroep doen op betwisting van de betalingen?

- 3.4 Indien een consument een onbekende, te hoge of onterechte transactie op zijn rekening-overzicht opmerkt, kan hij deze transactie betwisten. De mogelijkheid en de voorwaarden die hieraan gesteld worden, zijn opgenomen in artikel 16 van de Voorwaarden. Dit artikel vermeldt nadrukkelijk dat een betaling niet worden betwist *“met als reden dat een Acceptant zijn verplichtingen niet is nagekomen, bijvoorbeeld door verkeerde of niet (goed) werkende goederen of diensten aan u te leveren”*. Daarmee wordt een onderscheid gemaakt tussen het ten onrechte in rekening brengen van een bedrag op de creditcard (of de hoogte van het bedrag) enerzijds en anderzijds een dispuut tussen de consument in (dit geval) het bedrijf.
- 3.5 Met ICS is de commissie van oordeel dat het recht op terugbetaling niet van toepassing is op deze situatie. De consument heeft toestemming gegeven voor de transactie en heeft de gelden overgeboekt. Van een onbekende, te hoge of onterechte transactie aan het bedrijf is daarom geen sprake. Dat het bedrijf zich anders heeft voorgedaan en de consument heeft misleid, is een kwestie tussen de consument en het bedrijf. ICS is in die verhouding geen partij.

Kan de consument een beroep doen op de aflevergarantie?

- 3.6 De aflevergarantie uit artikel 17 van de Voorwaarden ziet op de situatie dat een met de creditcard betaald product niet op de afgesproken leverdatum is geleverd. Eén van de uitzonderingen op deze garantie is de in artikel 17 lid 1 onder e opgenomen *“betaling aan, of storting op, een beleggingsaccount (waaronder cryptovaluta)”*. De consument stelt dat deze uitzondering niet op zijn situatie van toepassing is omdat zijn betalingen niet daadwerkelijk zijn betaald aan, of gestort op, een beleggingsaccount, nu er voor hem geen beleggingsaccount is geopend. Het bedrijf heeft dat niet kunnen doen nu zij niet over een vergunning beschikt. ICS stelt dat het aanbieden van het handelen in effecten niet onder de werking van de aflevergarantie valt, nu het daarbij moet gaan om de levering van een product dat op een bepaalde datum moet worden geleverd. De door het bedrijf aangeboden tegenprestatie is volgens ICS een dienst en geen product.

² Zie Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 en o.a. GC Kifid nr. 2016-602.

Daarnaast stelt ICS dat de uitzondering van artikel 17 lid 1 onder e wel van toepassing is omdat de consument niet heeft aangetoond dat zijn betalingen niet daadwerkelijk zijn gestort op een beleggingsaccount, en de consument zelf ook in de veronderstelling verkeerde dat hij een betaling deed aan een beleggingsaccount.

- 3.7 De commissie oordeelt dat in dit geval geen sprake is van een product dat op een afgesproken datum zou worden geleverd maar van een dienst.³ Een dienst valt daarom op grond van artikel 17.1 van de Voorwaarden niet onder de aflevergarantie. Daarnaast volgt de commissie de stelling van ICS dat, voor zover toch sprake zou zijn van een product, de uitzondering van artikel 17.1 aanhef en onder e) van toepassing. De betalingen zijn namelijk aan te merken als betalingen aan, of stortingen op, een beleggingsaccount. Aan dit oordeel doet niet af dat de betalingen mogelijk niet daadwerkelijk op een beleggingsaccount zijn gestort. De commissie wijst daarom het beroep van de consument op de aflevergarantie af.

Kan de consument een beroep doen op de Chargeback Guide ?

- 3.8 De consument beroept zich ook op bepalingen uit de door Mastercard uitgegeven Chargeback Guide. ICS heeft toegelicht dat de Chargeback Guide alleen geldt in de rechtsverhouding tussen ICS en Mastercard en dat de consument zich jegens ICS niet kan beroepen op de in de Chargeback Guide opgenomen bepalingen over het terugvorderen van bedragen. Zelfs al zou dit anders zijn, aldus nog steeds ICS, dan biedt de Chargeback Guide de consument ook geen soelaas omdat de consument niet heeft kunnen aantonen dat de gelden niet zijn gestort op een overeengekomen beleggingsaccount. De commissie oordeelt, overeenkomstig haar eerdere uitspraken⁴, dat de consument zich jegens ICS niet kan beroepen op de in de Chargeback Guide opgenomen bepalingen over het terugvorderen van betalingen. Ook op deze grond komt de vordering van de consument derhalve niet voor toewijzing in aanmerking.

Had ICS de consument moeten waarschuwen?

- 3.9 Zes of zeven van de zeven betalingen hebben plaatsgevonden nadat de AFM op haar website een waarschuwing heeft geplaatst van een Spaanse toezichthouder voor het bedrijf. De consument meent dat ICS hiervan op de hoogte was, of had moeten zijn, en hem had moeten waarschuwen. ICS heeft gesteld geen kennis te hebben gehad van omstandigheden die een risico voor de consument meebrachten. Ook heeft ICS betwist dat zij hiervan op de hoogte behoorde te zijn.
- 3.10 De commissie is van oordeel dat de omstandigheid dat de AFM een waarschuwing heeft doen uitgaan niet meebrengt dat ICS als betaaldienstverlener gehouden was de consument te waarschuwen voor transacties verricht aan het bedrijf of de transacties had moeten weigeren uit te voeren.

³ Zie ook GC Kifid nrs. 2022-0336, 2020-692 en 2019-826.

⁴ Zie o.a. GC nrs. 2021-0960, 2020-897, 2020-883, 2019-883.

ICS is niet verplicht de persoon of de maatschappij achter het rekeningnummer van de ontvangende partij te controleren of om daar onderzoek naar te doen.⁵ Ook hoeft ICS als betaaldienstverlener niet op de hoogte te zijn van waarschuwingen van AFM over beleggingsinstellingen. Dit zou anders kunnen zijn als ICS de rol van beleggings vervulde maar dat is hier niet aan de orde. Er is hier slechts sprake van het uitvoeren van betalings-transacties.⁶ De commissie ziet in deze klacht geen aanleiding om volgens andere uitgangspunten te oordelen dan in de eerdere gedane uitspraken in vergelijkbare klachten. Dat betekent dat de klacht op dit onderdeel ongegrond is.

Conclusie

- 3.11 Op grond van al het voorgaande is de commissie van oordeel dat ICS niet gehouden is om de schade van de consument te vergoeden.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is bindend. Of u tegen deze uitspraak beroep kunt instellen, kunt u nalezen in regel 7 van het Reglement Commissie van Beroep Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten. In regel 18.1 van dat reglement is bepaald dat beroep kan worden ingesteld tot 6 weken na de dag van deze uitspraak. Meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen 2 weken na verzending van de uitspraak kunt u schriftelijk verzoeken een overduidelijke vergissing in de uitspraak zoals een schrijffout, een verkeerde naam/datum of een rekenfout te herstellen. De beslissing in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Ook kunt u binnen 2 weken na verzending van de uitspraak schriftelijk verzoeken de uitspraak aan te vullen als u vindt dat niet op alle onderdelen van uw vordering is beslist. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de Geschillencommissie Kifid niet op al uw argumenten is ingegaan. Meer informatie hierover staat onder vraag 58 en 59 van het Reglement Geschillencommissie Kifid – vanaf 1 april 2022, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Contactgegevens Klachteninstituut financiële dienstverlening

Telefoonnummer: 070 - 333 8 999

Website: www.kifid.nl

⁵ Zie Rechtbank Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493, en rechtbank Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:RBAMS:2018:4656.

⁶ Zie o.a. GC Kifid nrs. 2022-0235, 2022-0178, 2020-714, 2019-882 en 2019-531.

Bijlage - Relevante bepalingen uit de algemene voorwaarden

Hieronder zijn twee artikelen uit de Algemene voorwaarden ICS Mastercard Gold opgenomen (gedeeltelijk).

Algemene voorwaarden ICS Mastercard Gold

Artikel 16. Betalingen en/of geldopnames betwisten

- 16.1 *Als u het niet eens bent met een betaling en/of een geldopname die op uw Card in rekening gebracht is, kunt u die betwisten. Dit moet zo snel mogelijk nadat u het rekeningoverzicht heeft ontvangen. De betwisting moet u schriftelijk doen en moet toegelicht worden. U kunt een betaling niet betwisten met als reden dat een Acceptant zijn verplichtingen niet is nagekomen, bijvoorbeeld door niet (goed) werkende goederen of diensten aan u te leveren. U kunt een betaling en/of geldopname ook niet betwisten met als reden dat uw Card gestolen of verloren is of als er misbruik is gemaakt van uw Card. Hiervoor gelden de bepalingen van artikel 6.*
- 16.2 *Als u een betaling en/of geldopname binnen 14 dagen na de datum van het rekeningoverzicht betwist en u licht dit voldoende toe en levert voldoende bewijzen aan, dan wordt het betwiste bedrag direct in mindering gebracht op het openstaande saldo. Dit gebeurt onder voorbehoud: als blijkt dat de betwisting onterecht is, brengen wij het bedrag weer in rekening op uw Card. Het bedrag wordt niet in mindering gebracht op het openstaande saldo als de betwisting geen redelijke kans van slagen heeft.*
(..)

Artikel 17. Aflever- en Internetgarantie

- 17.1 *Aflevergarantie: als een met uw Card betaald product niet op de afgesproken leverdatum is geleverd, betalen wij het aankoopbedrag aan u terug als aan de volgende voorwaarden is voldaan:*
- (a) *U heeft het aankoopbedrag rechtstreeks betaald aan de Acceptant die ook het product moet leveren;*
 - (b) *U heeft zelf eerst zonder resultaat de Acceptant gevraagd om het product te leveren;*
 - (c) *U heeft ons binnen drie maanden na de afgesproken leverdatum om terugbetaling van het aankoopbedrag gevraagd met daarbij het aankoopbewijs van het product dat u met uw Card heeft betaald;*
 - (d) *Er bestaat geen recht op vergoeding van het aankoopbedrag door een verzekering of waarborgfonds; en*
 - (e) *Het betreft geen betaling aan of storting op een beleggingsaccount (waaronder cryptovaluta).*
- Wij betalen het bedrag binnen 30 dagen na ontvangst van uw verzoek terug, maar niet als de Acceptant binnen die periode toch nog het product levert of zelf het aankoopbedrag aan u terugbetaalt. U kunt tot 1 jaar na de datum waarop u de betaling heeft gedaan een beroep doen op de Aflevergarantie*
- 17.2 (...)