Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-779
(mr. R.J. Paris, voorzitter en mr. S. Brugts, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 25 februari 2020
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., , gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 22 september 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Boilerroom-fraude. Consument houdt een betaalrekening aan bij de Bank. Op enig moment maakt Consument met zijn creditcard twee bedragen over naar twee partijen met de bedoeling met cryptogeld te gaan beleggen bij een derde partij, die zich heeft voorgedaan als 'beleggingsinstelling'. Op enig moment komt Consument erachter dat hij is opgelicht. Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat de Bank haar zorgplicht heeft geschonden en hem had moeten waarschuwen voor de 'beleggingsinstelling'. Consument vordert terugbetaling van zijn 'inleg'. Volgens de vaste lijn in haar uitspraken is de Commissie van oordeel dat de Bank uitsluitend is opgetreden als betaaldienstverlener en niet verplicht was om de betaalopdracht nader te onderzoeken of de begunstigde achter het rekeningnummer van de 'beleggingsinstelling' te controleren. De Commissie wijst de vordering af.

1. Procesverloop

1.1 De Commissie beslist met inachtneming van haar Reglement en op basis van de volgende stukken met bijlagen:

- het door Consument (digitaal) ingediende klachtformulier;
- de aanvullende stukken van Consument van 11 juni 2020;
- het verweerschrift van de Bank;
- de door Consument ingediende reactie op het verweer (de repliek).

1.2 De Commissie stelt vast dat dit geschil zich leent voor verkorte behandeling als bedoeld in artikel 32 van haar Reglement. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

1.3 De Commissie stelt vast dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak kan daarom op grond van de stukken worden beslist.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument houdt een betaalrekening aan bij de Bank (hierna: de Betaalrekening). Aan de Betaalrekening is een creditcard (hierna: de Creditcard) gekoppeld.

2.2 Op de overeenkomst tussen partijen zijn onder meer van toepassing de Algemene voorwaarden betalen en online diensten 2019 (hierna: de Voorwaarden).

2.3 In artikel 13 van hoofdstuk 3 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) ***Gebondenheid aan (rechts)handelingen***

1. *U bent gebonden aan alle (rechts)handelingen die met een betaalpas, creditcard of Rabo Mobielbetalen van u, een toestel van u, een beveiligingscode van u, een vingerafdruk van u of uw gezicht zijn verricht. Rechtshandelingen zijn bijvoorbeeld het sluiten van een overeenkomst of het geven van een betaalopdracht. U bent ook gebonden aan alle (rechts)handelingen die door een ander met een betaalpas, creditcard of Rabo Mobielbetalen, toestel, beveiligingscode, vingerafdruk of gezicht van u zijn verricht. Bijvoorbeeld als u die ander een volmacht heeft gegeven.*
2. *(…)"*

2.4 In artikel 31 van hoofdstuk 3 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) ***Het recht dat van toepassing is***

Op de overeenkomst is alleen het Nederlands recht van toepassing. Als u een conflict voorlegt aan de rechter moet dat een Nederlandse rechter zijn. (…)"

2.5 In artikel 3 van hoofdstuk 9 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) ***Op basis van welke gegevens voeren wij uw betaalopdracht voor een overboeking uit?***

1. *(…)*
2. *(…)*
3. *Wij hoeven niet te controleren of het IBAN en de door u in de betaalopdracht vermelde gegevens juist zijn. Wij hoeven ook niet te controleren of een door u opgegeven IBAN hoort bij de door u opgegeven naam van de begunstigde. Ook hoeven wij niet te letten op andere informatie die u ons geeft. (…)"*

2.6 In artikel 30 van hoofdstuk 10 van de Voorwaarden staat voor zover relevant:

"(…) ***Betalen met een creditcard via internet***

1. *U kunt met uw creditcard bedragen in euro en andere muntsoorten betalen via internet.*
2. *Er zijn twee manieren waarop u toestemming kunt geven voor de betaling:*
   - *door uw creditcardnummer, de vervaldatum en het 3-cijferige getal achterop uw creditcard (de CVC-code) op te geven op de internetsite van het bedrijf waaraan u betaalt*
   - *door uw creditcardnummer, de vervaldatum en het 3-cijferige getal achterop uw creditcard (de CVC-code) op te geven op de internetsite van het bedrijf waaraan u betaalt èn daarbij een signeercode of S-code op de website in te toetsen en te bevestigen. Ook de CVC-code is een beveiligingscode.*

De signeercode of S-code maakt u aan met een Random Reader/Rabo Scanner, uw creditcard en bijbehorende pincode. Hoofdstuk 3, 4, 5 en artikel 18 van hoofdstuk 9 gelden ook als u op deze manier betaalt met uw creditcard. Waar in deze artikelen gesproken wordt over betaalpas moet creditcard gelezen worden. Het bedrijf waaraan u betaalt, kiest welke manier u moet gebruiken. De regels voor de creditcard en de pincode gelden ook als u deze gebruikt om te betalen met een creditcard via internet. Nadat u toestemming heeft gegeven voor de betaling, kunt u de betaling niet meer herroepen.

3. (…)"

2.7 Op 13 januari 2020 heeft Consument een bedrag van € 278,20 in US dollars met een tegenwaarde van € 255,33 en een bedrag van € 4.300,- overgeboekt (hierna: de Overboekingen) naar RM*Pay.Service respectievelijk Jubiter.com (hierna: de Direct begunstigden). De Overboekingen waren bedoeld om hiermee met cryptogeld te beleggen bij Hedgespots (hierna: de Beleggingsinstelling).

2.8 Consument is zijn inleg kwijtgeraakt. Op 25 februari 2020 heeft Consument aan de Bank een brief geschreven. Hierin staat voor zover relevant:

*"(…) It is imperative that you reverse the transaction(s). I request a **refund** due to the following **facts**, all of which are **non-regulated activities**:*

(…)

*Please take notice that my funds were transferred **without my consent!***
*Please take notice that my funds were transferred **through means of coercion and under false pretenses!** (…)"*

2.9 Op 19 mei 2020 heeft de Bank aan Consument een brief gestuurd waarin zij afwijzend heeft gereageerd op het verzoek van Consument tot schadevergoeding.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering van Consument

3.1 Consument vordert dat de Bank wordt veroordeeld om aan hem € 4.555,33 te betalen.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag. De Bank is toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument. Hiertoe heeft Consument de volgende argumenten aangevoerd:

- de Bank heeft nagelaten onderzoek te doen naar de Beleggingsinstelling. Hiermee heeft de Bank artikel 5.2.1.2 van de *Visa* en *Mastercard Core Rules* geschonden.

- de Bank heeft nagelaten Consument te waarschuwen voor potentiële criminele gedragingen van de Beleggingsinstelling.
- dat de Bank de Overboekingen heeft uitgevoerd, betekent dat de Bank direct betrokken is bij de criminele gedragingen van de Beleggingsinstelling.
- de Bank heeft verzuimd op de hoogte te blijven van de progressieve ontwikkelingen (verfijningen) op het gebied van fraude. Ten onrechte heeft de Bank geweigerd Consument te compenseren voor de schade die hij door de Overboekingen heeft geleden.
- het is crimineel, onprofessioneel en onrechtvaardig dat de Bank haar verantwoordelijkheid heeft afgewenteld op Consument.
- het is onbegrijpelijk dat de Bank Consument niet wil compenseren voor de schade die hij heeft geleden. Toen Consument de Overboekingen authentiseerde, was hij nog niet bekend met de criminele gedragingen van de Beleggingsinstelling, dat ontdekte Consument pas later.
- Consument wil door de Bank gecompenseerd worden voor de schade die hij heeft geleden, omdat de Beleggingsinstelling geen tegenprestatie heeft geleverd.
- andere slachtoffers van de criminele activiteiten van frauduleuze beleggingsinstellingen over de hele wereld zijn wel gecompenseerd door hun banken.

Verweer van de Bank

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

4. Beoordeling

4.1 Aan de Commissie liggen de vragen voor of de Bank de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden en dientengevolge de door Consument gevorderde schade moet vergoeden. De Commissie oordeelt dat deze vragen ontkennend moeten worden beantwoord en overweegt hiertoe als volgt.

De Overboekingen zijn met instemming van Consument verricht

4.2 Tussen partijen staat vast dat de Overboekingen met *instemming* van Consument met de Creditcard zijn verricht. Dat heeft Consument als zodanig erkend (zie klachtbrief 10 juni 2020, derde pagina, tweede bullet). Consument houdt de Bank evenwel verantwoordelijk voor de door hem geleden schade ter zake van de Overboekingen, omdat de Bank – kort samengevat – verzuimd heeft onderzoek te verrichten naar de identiteit van de Beleggings-instelling en hem niet heeft gewaarschuwd voor haar criminele activiteiten. De Bank heeft zich gemotiveerd verweerd door te stellen dat de rol van de Bank in de relatie met Consument beperkt was tot die van betaaldienstverlener.

Volgens de Bank is de zorgplicht van de Bank bij betalingsverkeer in beginsel beperkt tot het correct uitvoeren van de door Consument gegeven betaalopdrachten als bedoeld in artikel 7:533 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek. De Commissie stelt vast dat de Bank de betaalopdrachten van Consument conform dit artikel en conform artikel 3 van hoofdstuk 9 van de Voorwaarden, hiervoor opgenomen onder 2.5, heeft uitgevoerd.

De maatschappelijke functie van de Bank brengt een bijzondere zorgplicht mee

4.3 De Commissie stelt voorop dat de maatschappelijke functie van de Bank een bijzondere zorgplicht meebrengt tegenover Consument, die in een contractuele relatie tot de Bank staat. Zie ook Geschillencommissie Kifid nr. 2019-531 onder 4.5. Die maatschappelijke functie hangt ermee samen dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening ter zake, op die gebieden bij uitstek deskundig zijn en ter zake beschikken over informatie die anderen missen. Die functie rechtvaardigt dat de zorgplicht van de Bank mede strekt ter bescherming tegen lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en inzicht. De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van alle omstandigheden van het geval, waaronder ook de van toepassing zijnde publiekrechtelijke regels in de Wet op het financieel toezicht en de daarop gegronde nadere regelgeving. Zie Hoge Raad 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399 (*Van den Berg*), en Rechtbank Amsterdam 9 mei 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:2984. De bijzondere zorgplicht omvat een scala aan meer specifieke verplichtingen om in bepaalde gevallen dan wel onder bepaalde omstandigheden een bepaald soort gedrag te vertonen, bijvoorbeeld iets te onderzoeken, iemand te informeren of te waarschuwen, of zelfs te weigeren om een opdracht uit te voeren. Zie Hoge Raad 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713 (*Safe Haven*) en Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:GHAMS:2019:1611.

Een algemene monitoringsplicht wordt niet lichtvaardig aangenomen

4.4 Ingevolge de hiervoor onder 4.3 aangehaalde uitspraak van de Geschillencommissie Kifid nr. 2019-531 moet de Commissie de vraag beantwoorden of de Bank nader onderzoek had moeten verrichten naar de Overboekingen. De Commissie merkt op dat zij reeds eerder heeft beslist dat van een bank mag worden verwacht dat zij zich redelijkerwijs inspant om fraude en misbruik van het betalingsverkeer te voorkomen. Zie Geschillencommissie Kifid nr. 2016-602 onder 4.8. Naar het oordeel van de Commissie kan een dergelijke verplichting echter pas worden aangenomen als voor de Bank gegronde redenen aanwezig waren om te twijfelen aan de betaalopdracht. Die verplichting wordt niet lichtvaardig aangenomen. Een algemene monitoringsverplichting zou immers het proces van geautomatiseerde gegevens-verwerking en het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is, kunnen schaden. Zie ook Geschillencommissie Kifid nr. 2019-759 onder 4.3.

4.5 Naar het oordeel van de Commissie kan in dit geval niet van de Bank worden verwacht dat zij de Overboekingen blokkeerde of Consument daarvoor waarschuwde.

Eerst en vooral omdat, zoals hiervoor in 4.4 werd overwogen, een algemene monitoringsverplichting niet snel wordt aangenomen. Daarnaast acht de Commissie voor dat oordeel van belang dat het niet ging om een onbevoegde transactie, maar om een transactie die met *instemming* van Consument was verricht. Overboekingen die worden verricht door de persoon die bevoegd is over het betaalinstrument te beschikken vallen in beginsel binnen diens eigen verantwoordelijkheid. Zie Gerechtshof Den Bosch 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3435, overweging 3.14. Bij het voorgaande heeft de Commissie in aanmerking genomen dat in de onderhavige zaak niet duidelijk is geworden of de Direct begunstigden *handelsnamen* van de Beleggingsinstelling waren of dat de Direct begunstigden als zelfstandige entiteiten hebben opgetreden. Indien de Direct begunstigden derden zijn, valt niet in te zien dat de Bank had moeten onderkennen dat de betalingen voor de Beleggingsinstelling bestemd waren. Maar zelfs als de Direct begunstigden handelsnamen van de Beleggingsinstelling zijn, dan volgt de Commissie de vaste lijn in haar uitspraken dat de Bank slechts heeft opgetreden als betaaldienstverlener en de door Consument door middel van zijn creditcard en pincode geaccordeerde betalingen correct heeft uitgevoerd. Daarbij is de Commissie gebleken dat de Bank destijds niet op de hoogte was van de intenties van Consument om te beleggen in aandelen. De Bank was immers geen partij bij de overeenkomst tussen Consument en de Beleggingsinstelling. Als betaaldienstverlener had de Bank niet de plicht Consument te waarschuwen voor de Overboekingen noch de plicht om de Overboekingen nader te onderzoeken of zelfs niet uit te voeren. Niet is komen vast te staan dat de AFM voor de Beleggingsinstelling of de Direct begunstigden heeft gewaarschuwd, noch dat de Bank bekend was dan wel had moeten zijn met de slechte reputatie van de Beleggingsinstelling of de Direct begunstigden. Dat had de Bank ook niet hoeven te zijn, omdat zij niet verplicht is de persoon of maatschappij achter het rekeningnummer te controleren. Zie Rechtbank Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493, en Rechtbank Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:RBAMS:2018:4656. Dit zou anders kunnen zijn als de Bank in dit verband de rol van beleggingsdienstverlener vervulde, waarvan geen sprake is.

Op de rechtsverhouding tussen partijen is Nederlands recht van toepassing

4.6 Ten aanzien van de verwijzing door Consument naar artikel 5.2.1.2 van de *Visa* en *Mastercard Core Rules* oordeelt de Commissie als volgt. Op de rechtsverhouding tussen partijen is Nederlands recht van toepassing. Dat volgt uit artikel 31 van hoofdstuk 3 van de Voorwaarden, hiervoor opgenomen onder 2.4. De Bank heeft betwist dat de regelgeving waar Consument een beroep op heeft gedaan, van toepassing is. Naar het oordeel van de Commissie kan uit de processtukken niet de conclusie volgen dat deze regelgeving tussen partijen van toepassing is. In lijn met Geschillencommissie Kifid nrs. 2020-223 en 2020-272 passeert de Commissie dit standpunt van Consument.

4.7 Alle overige stellingen en argumenten die Consument heeft aangevoerd, ondergaan hetzelfde lot als zijn voorgaande stellingen en brengen de Commissie niet tot een ander oordeel, zulks mede omdat Consument deze stellingen na het verweer van de Bank niet verder heeft onderbouwd. De Commissie passeert de stelling van Consument in zijn repliek dat de Overboekingen zijn verricht *zonder* zijn authenticatie. Dit standpunt verhoudt zich niet met de eerdere stelling van Consument dat de Overboekingen met zijn instemming zijn verricht en acht de Commissie onaannemelijk (zie hiervoor onder 4.2).

Conclusie

4.8 De conclusie is dat niet is komen vast te staan dat de Bank toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar zorgplicht jegens Consument. De Bank hoeft geen schade-vergoeding aan Consument te betalen. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom af.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze beslissing is genomen in een verkorte procedure als bedoeld in artikel 32 van het Reglement. De uitspraak heeft daarom de vorm van een niet-bindend advies. Tegen deze uitspraak staat geen hoger beroep open bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. U kunt de zaak nog wel aan de rechter voorleggen.

U kunt, binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak, bij de Voorzitter van de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening schriftelijk een verzoek indienen tot herstel van kennelijke vergissingen in de uitspraak. U moet daarbij met name denken aan correctie van reken- of schrijffouten en verbetering van namen en data. De volledige procedure met de termijnen die daarbij in acht moeten worden genomen staat beschreven in artikel 40 van het Reglement.