Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-733
(mr. R.J. Paris, voorzitter en mr. J. Hadziosmanovic, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 1 mei 2019
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 27 september 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Met de bankpas van Consument zijn transacties verricht in een nachtclub in Polen. Consument stelt dat het gaat om onbevoegde transacties en vordert dat de Bank zijn schade vergoedt. De Commissie overweegt dat, hoewel het aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is van grove nalatigheid, Consument tenminste enig inzicht dient te geven in de wijze waarop de bankpas en pincode in onbevoegde handen zouden kunnen zijn geraakt. Nu onduidelijk blijft wat er op de avond in kwestie is voorgevallen dan wel of een onbevoegde derde de bankpas en pincode van Consument heeft ontfutseld of dat hij zelf de transacties heeft verricht, concludeert de Commissie dat de transacties voor rekening en risico van Consument dienen te blijven.

1. Procesverloop

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

- het door Consument ingediende klachtformulier;
- het verweerschrift van de Bank;
- de repliek van Consument;
- de dupliek van de Bank.

De Commissie stelt vast dat Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend.

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 met daaraan gekoppeld een bankpas met bijbehorende pincode. Consument heeft tevens toegang tot het internetbankieren. Op de overeenkomst tussen Consument en de Bank zijn de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: ABV) en de Voorwaarden betalen en online diensten 2016 (hierna: AV 2016) van toepassing. Hierin is, voor zover relevant, het volgende bepaald:

Artikel 17 van hoofdstuk 3 van de AV 2016

"***17 Terugbetaling bij betalingen zonder toestemming***

1 U geeft uw toestemming voor betaalopdrachten. Hierna in de hoofdstukken 7 en 9 leggen wij uit wanneer u uw toestemming voor betaalopdrachten heeft gegeven.

2 Heeft er een betaling zonder toestemming plaatsgevonden? Dan boeken wij het volledige bedrag van de betaling terug op de rekening. Dat doen wij als:

• u ons tijdig en op de afgesproken manier heeft laten weten dat het een betaling was zonder uw toestemming

• u de veiligheidsregels uit hoofdstuk 4 heeft nageleefd

• de betaling zonder toestemming ook om andere redenen niet voor uw rekening en risico komt.

3 In artikel 3 van hoofdstuk 9 staat wat geldt bij betalingen zonder toestemming na verlies of diefstal van uw bankpas, creditcard of mobiele pas."

(…)"

Artikel 19 van hoofdstuk 9 van de AV 2016

"***19 Betalen door het invoeren van de bankpas of creditcard in de betaalautomaat en het intoetsen van de pincode***

U geeft toestemming voor de betaling door het invoeren van de bankpas of creditcard in de betaalautomaat en het intoetsen van uw pincode en de bevestigingstoets. Na het intoetsen van de bevestigingstoets, kunt u de betaling niet meer herroepen."

Artikel 3 onder 1 van hoofdstuk 4 van de AV 2016

"***1 Houd uw beveiligingscodes geheim***

Denk hierbij aan het volgende:

• Zorg ervoor dat beveiligingscodes nooit aan een ander bekend kunnen worden. Beveiligingscodes zijn niet alleen de pincode en PIN die u in combinatie met de bankpas, creditcard of NFC-telefoon gebruikt. Het zijn ook alle andere codes die u moet gebruiken om elektronisch betaalopdrachten te geven en/of gebruik te maken van Rabo Internetbankieren, Online bankieren, Rabo Mobielbankieren, de Rabo Wallet en Rabofoon. Dat kunnen bijvoorbeeld de inlogcode/I-code en signeercode/S-code zijn die u aanmaakt met een Rabo Scanner of Random Reader. En de toegangscode.

• U mag deze beveiligingscodes alleen zelf gebruiken. U moet dat doen op de manier die wij aangeven.

• Schrijf of sla de codes niet op. Of, als het echt niet anders kan, alleen in een voor anderen onherkenbare vorm die alleen door uzelf is te ontcijferen. Bewaar in dit geval de versleutelde informatie niet bij uw bankpas, creditcard of NFC-telefoon of apparatuur waarmee u uw bankzaken regelt."

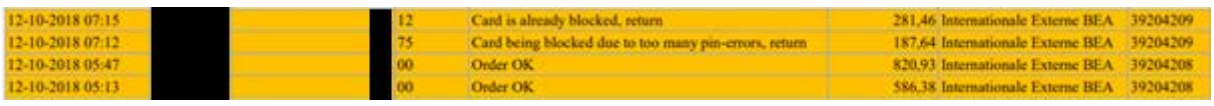
2.2 Consument verbleef in oktober 2018 enkele dagen in Polen. Op 13 oktober 2018 heeft Consument, in het bezit zijnde van zijn bankpas, ingelogd in zijn internetbankieren en heeft hij gezien dat op 12 oktober 2018 twee bedragen, in totaal €1412,88, van zijn betaal-rekening zijn geboekt.

Hij heeft hiervan op 13 oktober 2018 melding gemaakt bij de Bank en gesteld dat het gaat om onbevoegde transacties en dat zijn bankpas is misbruikt.

2.3 Op 20 november 2018 heeft Consument aangifte gedaan bij de Nederlandse politie. In de aangifte staat het volgende opgenomen:

"Op 11 oktober 2018, ging ik met een aantal collega's een paar dagen naar Polen. Op 12 oktober 2018 bevond ik me in de kroeg, waarvan ik de naam niet meer weet. Aldaar was ik samen met mijn collega's. Wij hebben daar wat drankjes gedronken. De drankjes betaalden wij bij de bar via onze pinas. Omstreeks 04:15 uur, diezelfde dag, raakte ik aan de praat met een lokale bewoner. Ik heb haar toen een drankje gegeven en betaald middels mijn pinpas. Ik heb toen tegen mijn collega's gezegd dat ik naar het appartement zou komen als ik mijn drankje op had. Kort hierna voelde ik mezelf heel moe worden. Ik ben toen op een lounge gaan liggen en vanaf toen werd alles heel vaag. Ik had toen het gevoel alsof ik in slaap gevallen was. Later bleek dat ik ongeveer anderhalf uur weggeweest/geslapen heb. Ik besloot daarna om naar het appartement te gaan. Op zaterdag 13 oktober 2018 was ik weer thuis en keek ik op mijn Rabo bankieren app. Daar zag ik dat er tweemaal een groot bedrag van mijn rekening was afgeschreven namelijk een bedrag van 588,70 euro en 824,18 euro. Toen ik dit zag besloot ik meteen de Rabobank te bellen en zij gaven aan dat ik aangifte moest doen. In totaal is er een bedrag van 1412,88 euro afgeschreven. De Rabobank vertelde mij dat de transactie gedaan was middels mijn pinpas. Ik vermoed dat de dame wat in mijn drankje gedaan heeft en dat ik daardoor in slaap viel. Ook vermoed ik dat diezelfde dame vervolgens mijn pinpas gepakt heeft en een groot geldbedrag gepind heeft. Ik weet niet hoe die dame aan mijn pincode is gekomen, misschien eerder afgekeken of zo. Aan niemand werd het recht of de toestemming gegeven tot het plegen van het feit."

2.4 De bankadministratie geeft blijk van het volgende. Op 12 oktober 2018 om 05:13 uur en om 05:47 uur hebben twee succesvolle betaaltransacties plaatsgevonden met de bankpas van Consument, een transactie van €588,70 en een van €824,18. De pincode is beide keren in één keer goed ingetoetst. Om 07:12 uur is gepoogd een bedrag van €187,64 met de bankpas van Consument te betalen. Hierbij is driemaal de verkeerde pincode ingetoetst, waarna de bankpas van Consument is geblokkeerd. Om 07:15 uur is wederom gepoogd om een bedrag van €281,46 te betalen met de bankpas van Consument. Omdat de bankpas reeds was geblokkeerd is ook deze transactie mislukt. Hieronder volgt de bankregistratie.



12-10-2018 07:15	[redacted]		12	Card is already blocked, return	281,46	Internationale Externe BEA	39204209
12-10-2018 07:12			75	Card being blocked due to too many pin-errors, return	187,64	Internationale Externe BEA	39204209
12-10-2018 05:47			00	Order OK	820,93	Internationale Externe BEA	39204208
12-10-2018 05:13			00	Order OK	586,38	Internationale Externe BEA	39204208

2.5 Consument heeft de Bank verzocht om vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van de onbevoegde transacties op zijn betaalrekening.

2.6 Op 29 november 2018 en daarna heeft de Bank te kennen gegeven zijn verzoek af te wijzen waarna Consument zijn klacht heeft ingediend bij Kifid.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert vergoeding van de Bank van de door hem betwiste betaaltransacties van 12 oktober 2018 voor een totaalbedrag van €1412,88, vermeerderd met de wettelijke rente hierover vanaf 13 oktober 2018.

Grondslagen en argumenten daarvoor

3.2 Deze vordering steunt, kort en zakelijk weergegeven, op de volgende grondslag:

- Consument betwist de betaaltransacties zelf te hebben gedaan dan wel bewust te hebben gedaan. Hij is niet roekeloos omgegaan met zijn bankpas. Hij is hoogstwaarschijnlijk gedrogeerd door een kwaadwillende derde waarna hij, tegen zijn wil, de betalingen heeft verricht dan wel de bankpas en pincode zijn in handen gekomen van de kwaadwillende derde die daar misbruik van heeft gemaakt na eerder de pincode te hebben afgekeken. De bankpas is in dat geval ongemerkt door de kwaadwillende derde teruggeplaatst. Consument raakte rond 04.15 uur aan de praat met een lokale bewoner. Kort na het drinken van een drankje is hij in slaap gevallen/buiten kennis geraakt. Om 07.15 uur is voor het laatst gepoogd een bedrag van zijn betaalrekening af te schrijven. Daarna is Consument weer bij kennis gekomen. In de tussenliggende periode is misbruik gemaakt van zijn bankpas en pincode.
- Consument verwijst naar online bronnen waarin wordt gesproken over deze vorm van fraude in Poolse uitgaansgelegenheden. Consument heeft aangevoerd dat deze specifieke regio in Polen, en zelfs het (horeca-)pand waar het misbruik heeft plaatsgevonden, er bekend om staat dat regelmatig bankpasfraude wordt gepleegd. De Bank had van dit type fraude op de hoogte moeten zijn en Consument dienen te waarschuwen voor dit risico in Polen. Daarnaast heeft de Bank onvoldoende onderzoek gedaan naar vergelijkbare fraude gevallen met de betreffende betaalautomaat.
- De Bank kan niet volstaan met het verwijzen naar de betalingsregistratie. Het is aan de Bank om te bewijzen dat er sprake is van grove nalatigheid en hier voldoet de Bank niet aan. Consument verwijst hiervoor naar artikel 7:527 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW).

Verweer

3.3 De Bank heeft, kort en zakelijk weergegeven, de volgende verweren gevoerd:

- Consument is verantwoordelijk voor de transacties die hebben plaatsgevonden met zijn bankpas op 12 oktober 2018.

De bankpas was nadien nog in het bezit van Consument, van diefstal of verlies is geen sprake; de transacties zijn verricht door het intoetsen van de juiste pincode en Consument heeft op geen enkele wijze aangetoond of onderbouwd wat er heeft plaatsgevonden. Daarom moet het ervoor worden gehouden dat de transacties met zijn toestemming zijn verricht.

- Voor zover wordt geconcludeerd dat wel sprake is van verlies of diefstal stelt de Bank dat Consument grof nalatig heeft gehandeld en zijn verplichtingen jegens de Bank voor het zorgvuldig omgaan met de bankpas en pincode heeft geschonden. Consument heeft geen andere verklaring voor zijn stelling dat een derde zijn pincode wist dan dat de pincode is afgekeken. Consument dient zijn pincode af te schermen en op hem rust ingevolge artikel 3 lid 1, hoofdstuk 4 van de AV 2016 een geheimhoudingsplicht. De stelling dat Consument is gedrogeerd is op geen enkele wijze aangetoond of onderbouwd. Hoe de bankpas en pincode in handen van een derde zijn gekomen blijft onduidelijk. Ook al zou sprake zijn van drogerende middelen is nog niet gezegd dat dit onvrijwillig is toegediend. Voorts valt niet in te zien waarom de Bank hier verantwoordelijk voor zou zijn.
- Op deze wijze is het voor de Bank niet mogelijk om de situatie te toetsen aan de van toepassing zijnde veiligheidsnormen en komt de Bank voor onevenredige risico's van misbruik te staan. Verder merkt de Bank op dat uit de Memorie van toelichting (MvT Implementatiewet PSD1) blijkt dat van een situatie waarin de enkele registratie volgens het thans geldende artikel 7:527 lid 2 BW als onvoldoende bewijs dient, sprake is wanneer van het betaalinstrument van de betaaldienstgebruiker onbevoegd gebruik is gemaakt, nadat de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener ervan in kennis heeft gesteld dat zijn betaal-instrument gecompromitteerd kan zijn. In het geval dat de betaaldienstverlener reeds op de hoogte was van mogelijk misbruik van het betaalinstrument, kan de betaaldienst-verlener niet slechts volstaan met het overhandigen van een overzicht van de registraties. Van een dergelijke situatie is in onderhavige casus evenwel geen sprake. De verantwoordelijkheid bij fraude ligt primair bij Consument zelf. De Bank probeert *awareness* te creëren bij haar klanten door op verschillende soorten van fraude te wijzen en onder meer door te wijzen op de voorwaarden die tussen partijen gelden. De Bank heeft slechts de beschikking over de informatie van de Bank. De informatie betreffende een specifieke betaalautomaat staat niet ter beschikking aan de Bank. De Bank heeft deze informatie niet en kan deze dan ook niet overleggen. Bovendien staan de betwiste transacties los van de betaalautomaat. De transacties hadden overal plaats kunnen vinden en met deze redenering zou dit de Bank verplichten om alle pinautomaten altijd en overal te moeten controleren. De Bank heeft deze mogelijkheid niet en is daartoe ook niet verplicht.

4. Beoordeling

4.1 De Commissie stelt vast dat met de bankpas van Consument op 12 oktober 2018 getracht is vier transacties te verrichten. Van de vier transacties zijn er twee geslaagd waardoor een totaalbedrag van €1412,88 van de betaalrekening is afgeschreven. Consument heeft betwist dat hij instemming heeft verleend voor deze transacties dan wel dat hij grof nalatig heeft gehandeld waardoor deze betaaltransacties hebben kunnen plaatsvinden. Voorts staat vast dat ten aanzien van deze twee transacties de bankpas van Consument is gebruikt *en* de bijbehorende pincode. De Bank heeft gesteld dat Consument wel met de transacties heeft ingestemd en voor zover dat niet het geval zou zijn hij grof nalatig heeft gehandeld. Beoordeeld moet worden of deze transacties voor rekening en risico van Consument of de Bank dienen te komen.

4.2 De Commissie overweegt als volgt. In het BW was ten tijde van de betwiste transacties het volgende bepaald. Op grond van artikel 7:528 lid 1 (oud) BW dient de betaaldienst-verlener, in dit geval de Bank, in geval van een niet toegestane betalingstransactie het bedrag van de niet toegestane betalingstransactie aan de betaler, in dit geval Consument, terug te betalen. Van een niet toegestane betalingstransactie is volgens artikel 7:522 lid 2 (oud) BW sprake indien de betaaldienstgebruiker niet heeft ingestemd met de betaal-opdracht die daaraan ten grondslag ligt. Instemming wordt op grond van artikel 7:522 lid 2 (oud) BW verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure. Volgens de op de tussen partijen gesloten overeenkomst van toepassing zijnde AV 2016 heeft het invoeren van de bankpas, het intoetsen van de pincode en de bevestigingstoets, te gelden als instemming met (de uitvoering van) de betaalopdracht.

4.3 In afwijking van de algemene regel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering bepaalt artikel 7:527 lid 1 (oud) BW vervolgens dat indien Consument ontkent dat hij met een uitgevoerde betalingstransactie heeft ingestemd, de Bank het bewijs dient te leveren dat sprake is van een geauthentiseerde betalingstransactie. Zie hiervoor de uitspraak van de Geschillencommissie met nummer 2018-673. De Bank heeft de registratie overgelegd waaruit blijkt dat sprake is geweest van een transactie die is verricht met de bankpas van Consument en het invoeren van de juiste pincode die alleen bij Consument bekend zou moeten zijn. Consument heeft gesteld dat de Bank niet kan volstaan met dit bewijs en heeft hiervoor verwezen naar artikel 7:527 lid 2 (oud) BW.

De Commissie overweegt dat ingevolge dit artikel, het feit dat de betaaldienstverlener het gebruik van het betaalinstrument heeft geregistreerd niet noodzakelijkerwijs afdoende bewijs vormt dat Consument frauduleus, opzettelijk of met grove nalatigheid heeft gehandeld.

Uit artikel 7:529 lid 1 en 2 (oud) BW volgt namelijk dat de verliezen voor rekening van de betaler komen als deze zijn veroorzaakt doordat de betaler frauduleus, opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer verplichtingen voor het veilig gebruik van het betrokken betaalinstrument niet is nagekomen. Consument heeft daarbij aangevoerd dat hij niet (bewust) zijn bankpas en pincode heeft afgegeven of anderzijds roekeloos met zijn betaalinstrument is omgegaan en dat hij is gedrogeerd door een kwaadwillende derde waarna het misbruik heeft plaatsgevonden.

4.4 Alhoewel het in beginsel aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is geweest van grove nalatigheid zijdens Consument rust op Consument echter een verzwaarde stelplicht. Dat betekent dat deze voldoende feitelijke gegevens dient te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van de stelling van de betaaldienstverlener dat van grove nalatigheid sprake is. Een andere regel zou een bank voor onaanvaardbare risico's voor misbruik plaatsen. Zie hiervoor de uitspraak van de Geschillencommissie met nummer 2017-606. Dit houdt in dat Consument zo goed mogelijk de feitelijke gang van zaken dient te schetsen. Consument heeft gelet op het voorgaande naar het oordeel van de Commissie onvoldoende aanknopingspunten verschaft om zijn standpunt dat misbruik is gemaakt van zijn bankpas te onderbouwen. Het blijft onduidelijk hoe de bankpas en pincode van Consument in de genoemde Poolse uitgaansgelegenheid aan hem zouden zijn ontfutseld.

4.5 Gelet op het feit dat de betaaltransacties zijn geauthentiseerd, Consument geen andere verklaring kan geven over hoe een derde aan zijn pincode heeft kunnen komen dan dat deze moet zijn afgekeken, door Consument niet is aangetoond dat hij is gedrogeerd, dan wel tegen zijn wil de betalingen heeft verricht, dan wel de bankpas uit zijn bezit is geweest, kan de Commissie – ervan uitgaande dat de transacties door een derde zijn verricht – niet anders concluderen dan dat Consument onvoldoende zorgvuldigheid heeft betracht waardoor een derde in de gelegenheid is geweest om zich de betaalpas en de bijbehorende pincode van Consument eigen te maken. Dit leidt tot de conclusie dat moet worden aangenomen dat Consument een of meer verplichtingen voor het veilig gebruik van de bankpas niet is nagekomen en derhalve, in de betekenis die blijkens eerder gedane uitspraken de wet daaraan geeft, grof nalatig is geweest. Zie ook de uitspraak van de Geschillencommissie met nummer 2019-308 in een vergelijkbare klacht.

4.6 Consument heeft voorts gesteld dat de Bank hem onvoldoende heeft gewaarschuwd voor dergelijke bankpasfraude en zij onvoldoende onderzoek heeft verricht naar vergelijkbare frauduleuze transacties bij de betreffende Poolse betaalautomaat. De Bank heeft dit gemotiveerd betwist door te stellen dat de verantwoordelijkheid bij fraude primair bij Consument zelf ligt. De Bank waarschuwt haar klanten via verschillende kanalen op verschillende soorten fraude, onder andere in de Voorwaarden.

De Bank heeft niet de beschikking over de informatie met betrekking tot de specifieke Poolse betaalautomaat, waardoor onderzoek naar vergelijkbare frauduleuze transacties bij de betreffende betaalautomaat niet mogelijk is. Door de Bank is onweersproken aangevoerd dat de transacties overal plaats hadden kunnen vinden en de Bank een dergelijk onderzoek niet kan doen noch hiertoe kan worden verplicht. De Commissie concludeert dat onvoldoende vast is komen te staan dat de Bank de op haar rustende verplichtingen jegens Consument zou hebben geschonden.

4.7 De Commissie stelt vast dat Consument in dit geval niet aannemelijk heeft gemaakt dat hij *niet* zelf voor het gestelde misbruik aansprakelijk kan worden gehouden. Voorgaande leidt tot de conclusie dat de schade van de betwiste transacties voor rekening van Consument dient te blijven en de vordering van Consument wordt afgewezen.

5. Beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

De uitspraak heeft 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.