Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-70 d.d. 12 maart 2013
(prof.mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mevrouw mr. M. Nijland, secretaris)

Samenvatting

Consument is begunstigde geworden van een frauduleuze betaalopdracht op haar bankrekening. Dit bedrag is dezelfde dag opgenomen met gebruikmaking van haar betaalpas en de juiste pincode. De bank heeft de gedupeerde rekeninghouder schadeloos gesteld en de personalia van Consument opgenomen in het IVR en EVR. Daarnaast vordert zij het ontvreemde bedrag van Consument. Consument vordert op haar beurt dat de bank deze vordering intrekt en haar personalia uit het IVR en EVR verwijdert. De Commissie oordeelt dat sprake is van ongerechtvaardigde verrijking aan de zijde van Consument. Bovendien heeft Consument grof nalatig gehandeld in de zin van de voorwaarden. De Commissie overweegt als volgt. Voor opname in het EVR moet een zwaarwegende verdenking bestaan. Het enkele feit dat Consument als begunstigde op de gemanipuleerde betaalopdracht vermeld staat levert in beginsel niet een zodanig zwaarwegende verdenking op. Aangeslotene heeft evenwel aan de hand van concrete feiten en omstandigheden aannemelijk gemaakt waarom Consument betrokken moet zijn geweest bij de frauduleuze overboeking. De Commissie is daarom van oordeel dat de bank in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot opname van de persoonsgegevens van Consument in het IVR. De opname in het EVR acht de Commissie eveneens aanvaardbaar. Ook heeft Consument onvoldoende aannemelijk gemaakt dat sprake is geweest van skimming. De vorderingen van Consument worden daarom afgewezen.
Trefwoord: bekritiseerde opname in register, bankpas (inclusief PINcode), betaalrekening, annulering/opzegging/einde van de overeenkomst (ogv wet of overeenkomst)

Consument,

en

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

1. Procesverloop

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 als ontvangen op 4 september 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 15 februari 2013 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

2.1. Consument houdt een betaalrekening aan bij Aangeslotene. Bij de rekening hoort een betaalpas.

2.2. Consument heeft haar betaalpas naar eigen zeggen voor het laatst gebruikt op 21 september 2011.

2.3. Op 4 oktober 2011 is bij X B.V. een bedrag van € 17,75,- betaald met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.4. Op 8 oktober 2011 is bij een geldautomaat van Aangeslotene een bedrag van € 300,- en een bedrag van € 90,- opgenomen met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.5. Op 10 oktober 2011 is een bedrag van € 2012,- bijgeschreven op de betaalrekening van Consument. De houder van de rekening waarvan het overgeboekte bedrag afkomstig was, heeft geen toestemming gegeven voor de overboeking. Een bedrag van € 2.000,- is in een kort tijdsbestek opgenomen via een vijftal transacties, waarvan een aantal bij geldautomaten van Aangeslotene. Een en ander wederom met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.6. Op 13 oktober 2011 heeft Consument bemerkt dat zij niet meer in het bezit was van haar betaalpas. De hulpverleenster van Consument heeft vervolgens telefonisch contact opgenomen met Aangeslotene en vernomen dat de betaalpas reeds was geblokkeerd. Uit onderzoek van Aangeslotene is gebleken dat het saldo van de betaalrekening van Consument in de periode voorafgaand aan de onbevoegde opnames drie keer is gecontroleerd met behulp van de betaalpas en pincode van Consument.

2.7. Aangeslotene heeft de gedupeerde rekeninghouder schadeloos gesteld. Verder heeft zij een bedrag van € 195,79 met het saldo op de betaalrekening van Consument verrekend en vordert zij het resterende bedrag van € 1.816,21 van Consument. Aangeslotene heeft aan Consument medegedeeld dat zij haar personalia in het interne- (hierna: IVR) en externe (hierna: EVR) verwijzingsregister, als bedoeld in het Incidentenwaarschuwingssysteem voor financiële instellingen, heeft opgenomen. Ook heeft Aangeslotene op grond van artikel 30 van de Algemene Bankvoorwaarden haar relatie met Consument opgezegd.

2.8. In het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen van 3 maart 2011 is – voor zover relevant – het volgende bepaald:

"4.1 Doel Incidentenregister

4.1.1 Met het oog op het kunnen deelnemen aan het Waarschuwingssysteem is iedere Deelnemer gehouden de volgende doelstelling voor het vastleggen van gegevens in het Incidentenregister te hanteren: "Het geheel aan verwerkingen ten aanzien van het Incidentenregister heeft tot doel het

ondersteunen van activiteiten gericht op het waarborgen van de veiligheid en de integriteit van de financiële sector, daaronder mede begrepen (het geheel van) activiteiten die gericht zijn:
• op het onderkennen, voorkomen, onderzoeken en bestrijden van gedragingen die kunnen leiden tot benadeling van de branche waar de financiële instelling deel van uitmaakt, van de economische eenheid (groep) waartoe de financiële instelling behoort, van de financiële instelling zelf, alsmede van haar cliënten en medewerkers;
• op het onderkennen, voorkomen, onderzoeken en bestrijden van oneigenlijk gebruik van producten, diensten en voorzieningen en/of (pogingen) tot strafbare of laakbare gedragingen en/of overtreding van (wettelijke) voorschriften, gericht tegen de branche waar de financiële instelling deel van uitmaakt, de economische eenheid (groep) waartoe de financiële instelling behoort, de financiële instelling zelf, alsmede haar cliënten en medewerkers;
• op het gebruik van en de deelname aan waarschuwingssystemen."
"5.2.1 De Deelnemer dient de Verwijzingsgegevens van (rechts)personen die aan de hierna onder a en b vermelde criteria voldoen en na toepassing van het onder c genoemde proportionaliteitsbeginsel op te nemen in het Extern Verwijzingsregister.
a) De gedraging(en) van de (rechts)persoon vormden, vormen of kunnen een bedreiging vormen voor (I) de (financiële) belangen van cliënten en/of medewerkers van een Financiële instelling, alsmede de (Organisatie van de) Financiële instelling(en) zelf of (II) de continuïteit en/of de integriteit van de financiële sector.
b) In voldoende mate staat vast dat de betreffende (rechts)persoon betrokken is bij de onder a bedoelde gedraging(en). Deze vaststelling betekent dat van strafbare feiten in principe aangifte of klacht wordt gedaan bij een opsporingsambtenaar.
c) Het proportionaliteitsbeginsel wordt in acht genomen. Dit houdt in dat Veiligheidszaken vaststelt, dat het belang van opname in het Externe Verwijzingsregister prevaleert boven de mogelijk nadelige gevolgen voor de Betrokkene als gevolg van opname van zijn Persoonsgegevens in het Extern Verwijzingsregister."

2.9. Op de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene zijn de Voorwaarden Betaalrekening (hierna: VB) en de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en Creditcards (hierna: VgBC) van toepassing. In de VgBC en de VB staat – voor zover hier relevant – het volgende vermeld:

Artikel 79 VB:

"79 Verlies, diefstal en misbruik

79.1 Als u uw Betaalinstrument verliest of als het wordt gestolen of als u deze niet goed hebt beveiligd, kan iemand anders er gebruik van maken. Als dat gebeurt vóórdat u het verlies of de diefstal bij ons meldt, is maximaal € 150 van de schade voor uw eigen rekening.
79.2 Bij misbruik van cheques is de schade voor uw rekening en betaalt de ING u niets terug.
79.3 De ING betaalt niets terug als er van uw kant sprake is van fraude, opzet of grove nalatigheid. U heeft dan niet aan de verplichtingen voldaan die horen bij het gebruik van uw betaalinstrument.
79.4 Als u toerekenbaar tekortschiet in het melden van verlies, diefstal of misbruik van uw betaal-instrument direct nadat u het ontdekt of had behoren te ontdekken, is er sprake van grove nalatigheid. U bent dan volledig aansprakelijk voor de schade die is ontstaan in de periode tussen het moment dat u had behoren te melden en het moment van melding."

Artikel 9 VgBC:

"9 Controleren

U moet de aanwezigheid van uw betaalkaart en het gebruik daarvan regelmatig controleren. Dat doet u zo:

- Controleer minimaal één 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 de rekeningoverzichten van uw creditcard."

3. Geschil

3.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot:
(i) intrekking van haar vordering op Consument ten bedrage van € 1.816,21,-;
(ii) retournering van het reeds geïncasseerde bedrag van € 195,79; en
(iii) verwijdering van haar personalia uit het IVR en EVR.

3.2. Aan deze vordering legt Consument nakoming van de rekening-courant overeenkomst ten grondslag. Zij heeft de voorwaarden van de overeenkomst nageleefd en haar betaalpas en pincode nooit aan een derde ter beschikking gesteld.

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

4. Beoordeling

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

4.2. Consument vordert dat Aangeslotene haar vordering intrekt en dat de personalia van Consument uit het IVR en het EVR worden verwijderd. De Commissie zal deze punten hieronder afzonderlijk bespreken.

4.3. *Vordering Aangeslotene*
De Commissie stelt vast dat het vermogen van Consument op 10 oktober 2011 verrijkt is met een bedrag van € 2012,-. Daarnaast staat vast dat een bedrag van € 2.000,- op diezelfde dag door middel van een vijftal transacties met behulp van de betaalpas en pincode van Consument is opgenomen. Tenslotte staat vast dat Aangeslotene een bedrag van € 195,97 heeft veilig gesteld.

4.4. Aangeslotene heeft betoogd dat zij een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 van het Burgerlijke Wetboek (hierna: BW) op Consument heeft; zij stelt verarmd te zijn omdat zij aan de benadeelde het bedrag van € 2012,- heeft vergoed. Consument vordert dat Aangeslotene deze vordering intrekt.

4.5. De Commissie overweegt als volgt. Het vermogen van Consument is op 10 oktober 2011 vergroot met een bedrag van € 2012,- doordat dit bedrag op haar betaalrekening is bijgeschreven. Op dat moment heeft Consument een vordering op Aangeslotene verkregen. Dit betekent dat Consument op 10 oktober 2011 is verrijkt met een bedrag van € 2012,-. Consument heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit bedrag niet tot haar beschikking is gekomen. Gelet op het feit dat dit bedrag op haar betaalrekening was gestald, was het aan haar om aannemelijk te maken dat zij daarvan geen profijt heeft gehad. Nu het bedrag met behulp van haar betaalpas en pincode is opgenomen, is Consument daarin niet geslaagd. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2012/87, 2012/219, 2012/260 en 2013/34.

4.6. Voorts is niet betwist dat sprake is van een verarming aan de zijde van Aangeslotene. Aangeslotene heeft als gevolg van de frauduleuze overboeking een bedrag van € 2012,- aan de gedupeerde rekeninghouder vergoed. Hierdoor is Aangeslotene verarmd. Er bestaat voldoende causaal verband tussen de verrijking van Consument

en de verarming van Aangeslotene. Zie Geschillencommissie Kifid 2012/87, 2012/219, 2013/34 en 2013/54.

4.7. Voorts is de verrijking ongerechtvaardigd. De overboeking van € 2012,- is het gevolg van fraude. De gedupeerde rekeninghouder heeft immers geen toestemming gegeven voor het overboeken van dit bedrag. Daarnaast heeft Consument niet gesteld dat zij enige aanspraak op het overgeboekte bedrag kon maken. Voor de verrijking is dus geen redelijke grond aanwezig. Consument heeft de stelling van Aangeslotene op dit punt onvoldoende weersproken. De Commissie concludeert derhalve dat in dit geval sprake is van een vordering van Aangeslotene op Consument uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex art. 6:212 BW. Vergelijk Hof Amsterdam, 17 mei 2011, LJN: BQ6852 en Geschillencommissie Kifid 2012/87, 2012/219, 2013/34 en 2013/54. De onderhavige vordering van Consument is dus niet toewijsbaar.

4.8. *Vordering Consument*
Consument heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat zij zelf slachtoffer is geworden van (bankpas)fraude. Consument meent recht te hebben op vergoeding van de door haar tengevolge van de fraude geleden schade. Dienaangaande overweegt de Commissie dat een vergoedingsplicht (voor Aangeslotene) in geval van fraude is opgenomen in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden.

4.9. De Commissie stelt vast dat er op grond van artikel 79.1VB in geval van fraude met een betaalinstrument in beginsel een recht op schadevergoeding bestaat met daarbij een eigen risico voor Consument van € 150,-, maar Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat in deze zaak sprake is van grove nalatigheid in de zin van artikel 79.3 VB, met als gevolg dat er voor Aangeslotene in het geheel geen schadevergoedingsplicht is.

4.10. Ten aanzien van de door Aangeslotene gestelde grove nalatigheid overweegt de Commissie als volgt. Op grond van het bepaalde in artikel 9 VgBC rust op Consument de verplichting om dagelijks te controleren of zij nog in het bezit is van haar betaalpas. Bovendien is geen sprake van een situatie waarin Consument slechts enkele dagen vergeten is deze controle uit te voeren, maar is sprake van een situatie waarin zij haar controleplicht ex artikel 9 VgBC gedurende langere periode niet heeft uitgevoerd, nu zij haar betaalpas op 21 september 2011 voor het laatst heeft gebruikt en de eerste betwiste transactie op 4 oktober 2011 heeft plaatsgevonden. Een andere regel zou Aangeslotene voor onaanvaardbare risico's plaatsen.

4.11. Voorts onderschrijft de Commissie de zienswijze van Aangeslotene voor zover zij betoogt dat het op de weg van Consument heeft gelegen om Aangeslotene enig inzicht te kunnen geven in de feitelijke toedracht aangaande de wijze waarop Consument het bezit van de betaalpas is kwijtgeraakt. Noch in het dossier, noch anderszins is enig inzicht gegeven over de vraag hoe de betaalpas kan zijn kwijtgeraakt. De enkele mededeling van Consument dat de pas mogelijkerwijs uit een kluisje op haar werk is ontvreemd omdat iemand in het bezit van de moedersleutel zou zijn, acht de Commissie te weinig concreet. Zie ook Geschillencommissie Kifid 2011/7, 2011/86 en 2013.34. Het blijft daardoor volledig duister hoe de betaalpas en pincode van Consument in handen van derden is gekomen. Ook op deze grond wordt de

vordering van Consument tot vergoeding van de door haar tengevolge van de fraude geleden schade afgewezen.

4.12. *Opname in het IVR en het EVR*
In oktober 2011 heeft Aangeslotene de personalia van Consument opgenomen in zowel het IVR als het EVR. De werking van deze registers is neergelegd in het Protocol Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen. Op basis van de overgelegde stukken en het ter zitting verhandelde stelt de Commissie vast dat het Protocol van 11 maart 2011 van toepassing is op de onderhavige kwestie.

4.13 *Opname interne verwijzingsregister*
Uit artikel 4.1.1 van het Protocol is af te leiden dat voor opname in het IVR onder meer geldt dat sprake dient te zijn van een (mogelijk) incident waarbij de volgende activiteiten kunnen worden onderscheiden: gedragingen die kunnen leiden tot benadeling van de branche, economische eenheid van de financiële instelling alsmede van de financiële instelling zelf of van haar cliënten en medewerkers en/of oneigenlijk gebruik van producten, diensten en voorzieningen en/of (pogingen) tot strafbare of laakbare gedragingen gericht tegen de branche, economische eenheid van de financiële instelling alsmede van de financiële instelling zelf of van haar cliënten en medewerkers. Ondanks het feit dat Consument iedere betrokkenheid bij de frauduleuze betaalopdracht ontkent, is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene aan het feit dat Consument begunstigde van de bedoelde betaalopdracht was, in redelijkheid het vermoeden heeft kunnen ontlenen dat sprake was van betrokkenheid van Consument bij opzettelijke benadeling van Aangeslotene. De opname in dit register is dus aanvaardbaar. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2011/349, 2012/295, 2012/138, 2013/34, 2013/54.

4.14. *Opname externe verwijzingsregister*
Het EVR, dat de personalia van bepaalde (rechts)personen bevat, is toegankelijk voor, en kan dus worden geraadpleegd door alle aangesloten financiële instellingen. Artikel 5.2.1 van het Protocol bepaalt onder welke voorwaarden persoonsgegevens kunnen worden opgenomen in het EVR. Het moet gaan om gedragingen van een (rechts)persoon die een bedreiging (kunnen) vormen voor de continuïteit en integriteit van financiële instellingen, de financiële belangen van cliënten en/of de financiële belangen van de (organisatie van de) financiële instelling. Hierbij dient een proportionaliteitsafweging te worden gemaakt. Daarnaast dienen activiteiten zodanig van aard te zijn dat aangifte bij een opsporingsinstantie is gedaan of kan worden gedaan. Zie ook Geschillencommissie Kifid 2011/349, 2012/138, 2013/34 en 2013/54.

4.15. Wat betreft de onderhavige casus overweegt de Commissie het volgende. Aan de zijde van Aangeslotene bestaat uitsluitend een vermoeden dat Consument betrokken is geweest bij de frauduleuze bijschrijving op haar betaalrekening. Vermelding van de personalia in het EVR wegens verdenking van (poging tot) fraude is een maatregel met mogelijk vergaande gevolgen voor de betrokkene, van welke mogelijkheid terughoudend gebruik moet worden gemaakt. Daarvoor moet, met andere woorden, een zwaarwegende verdenking bestaan. Het enkele feit dat Consument als begunstigde op de frauduleuze betaalopdracht vermeld staat, levert niet een zodanig zwaarwegende verdenking op. Het ligt daarom op de weg van Aangeslotene aan de

hand van concrete feiten en omstandigheden nader te onderbouwen, waarom Consument ondanks haar ontkenning betrokken moet zijn geweest bij de fraude. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2011/349, 2013/34 en 2013/54.

4.16. Aangeslotene heeft hiertoe betoogd dat voorafgaand aan de frauduleuze bijschrijving, het saldo op de betaalrekening drie keer is gecontroleerd met behulp van de betaalpas en pincode van Consument. Zij heeft hiertoe een afschrift uit haar administratie overgelegd. Hieruit kan volgens haar worden afgeleid dat het saldo nauwlettend in de gaten werd gehouden omdat een bijschrijving op de rekening werd verwacht. Vrijwel direct na de bijschrijving is het bedrag met behulp van diezelfde betaalpas en pincode opgenomen, waarbij de pincode telkens in een keer juist werd ingetoetst. Deze handelwijze komt overeen met het gedragspatroon dat men ziet en verwacht bij dergelijke fraudezaken. Daarnaast is uit haar intern onderzoek gebleken dat de rekening van de benadeelde derde, op dezelfde dag op dezelfde wijze met behulp van drie andere personen is benadeeld. Verder heeft Consument geen enkel inzicht kunnen verschaffen in het feit dat haar betaalpas en pincode in het bezit van een derde zijn gekomen.

4.17. Voornoemde omstandigheden in samenhang bezien rechtvaardigen naar het oordeel van de Commissie het besluit van Aangeslotene de personalia van Consument op te nemen in het EVR. De Commissie neemt hierbij in aanmerking dat Consument op dit moment over een convenantrekening beschikt. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2011/349, 2013/34, 2013/54 en Rechtbank Almaar 4 november 2010, LJN: BP5613 en Rechtbank 's-Gravenhage LJN: BX1743.

4.18. *Skimming*
Verder betoogt Consument dat sprake moet zijn geweest van skimming. Haar pasgegevens moeten gekopieerd zijn waardoor iemand in staat is geweest om zonder haar toestemming geld van haar rekening op te nemen. Zij verwijst hier naar een onderzoek van de universiteit Cambridge waaruit blijkt dat de EMV-chip wel degelijk te kraken is. Bovendien wordt op de website van een creditcardmaatschappij vermeld dat skimming niet is uitgesloten. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2012/331.

4.19. Aangeslotene stelt hier tegenover dat skimming uitgesloten is omdat een aantal van de betwiste transacties heeft plaatsgevonden bij haar geldautomaten. Vanaf november 2009 is een opname bij haar geldautomaten alleen mogelijk via de zogenaamde EMV-chip die op de betaalpas zit bevestigd. Volgens Aangeslotene is het onmogelijk om deze chip te kopiëren. Zij verwijst hier naar een vraag- en antwoordendocument over skimming van de Nederlandse Vereniging van Banken. Uit dit document blijkt dat het technisch onmogelijk is om de EMV-chip te kopiëren. Daarom moeten de onbevoegde transacties met de werkelijke betaalpas van Consument zijn verricht, hetgeen ook uit haar onderzoek is gebleken. Het onderzoek waar Consument naar verwijst is een onderzoek dat ziet op betaalautomaten en EMV-chips die in Engeland worden gebruikt. Dit had aldus geen betrekking op de geldautomaten en EMV-chips zoals die in Nederland worden gebruikt.

4.20. De Commissie overweegt het volgende. Aangeslotene heeft duidelijk gemaakt dat het in oktober 2011 – ten tijde van de onbevoegde opnames – in haar systeem onmogelijk was om zonder gebruikmaking van de EMV-chip geld op te nemen bij haar

geldautomaten. Omdat de EMV-chip niet gekopieerd kan worden moet het ervoor worden gehouden dat bij de onbevoegde opnames de originele betaalpas van Consument met bijbehorende pincode is gebruikt. De Commissie heeft geen reden om aan de inhoud van de genoemde publicatie van de Nederlandse Vereniging van Banken te twijfelen. Vergelijk Geschillencommissie Kifid 2012/123.

4.21. Naar het oordeel van de Commissie is op grond van het bovenstaande niet vast komen te staan dat sprake is geweest van skimming. Dit leidt ertoe dat de betwiste transacties voor zijn rekening en risico dienen te blijven.

4.22. Gelet op het bovenstaande ziet de Commissie geen juridische grondslag voor de vorderingen van Consument.

5. Beslissing

De Commissie bepaalt bij bindend advies dat de vorderingen van Consument worden afgewezen.

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.