Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2019-308
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mr. F. Faes, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 26 maart 2018
Ingediend door	: Consument
Tegen	: Coöperatieve Rabobank U.A., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen: 'de Bank'
Datum uitspraak	: 26 april 2019
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies

Samenvatting

Met de bankpas van Consument zijn onbevoegde transacties verricht in een nachtclub in [Naam Land]. 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(n) waarop de bankpas en pincode in onbevoegde handen zouden kunnen zijn geraakt, zodat de Bank zich daarover een beeld kan vormen. Nu volledig duister blijft hoe de bankpas en pincode in onbevoegde handen kunnen zijn gekomen, dienen de onbevoegde transacties voor rekening van Consument te blijven. De vordering van Consument wordt afgewezen.

1. Procesverloop

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

- het door Consument (digitaal) 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.

Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 25 januari 2019 en zijn aldaar verschenen.

2. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten.

2.1 Consument had ten tijde van de hierna beschreven gebeurtenissen een betaalrekening met een daaraan gekoppelde bankpas met volgnummer 007 met pincode bij de Bank. Ook hield Consument een creditcard aan bij de Bank.

2.2 Op de overeenkomst tussen Consument en de Bank zijn onder meer de Algemene Bankvoorwaarden (hierna: "ABV") en de Voorwaarden voor 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." bijvoorbeeld de inlogcode/I-code en signeercode/S-code zijn die u aanmaakt met een Rabo Scanner of Random Reader. En de toegangscode.

(…)"

Artikel 3 van hoofdstuk 9 van de AV 2016

"Gebondenheid bij gebruik pas / regeling schade bij verlies of diefstal

1 U bent gebonden aan alle (rechts)handelingen die met een pas van u zijn verricht. Ook als ze door een ander met uw pas zijn verricht.

2 Is uw bankpas of creditcard gestolen of verloren? En vindt er een betaling met die pas zonder toestemming plaats? Dan betalen wij het bedrag van deze betalingen aan u terug. Daarop brengen wij een eigen risico van €150,- in mindering.

Dit geldt voor betaalopdrachten zonder toestemming die zijn gegeven tot het moment van melding van een incident met de pas, pincode of mPIN bij het in artikel 2 van hoofdstuk 1 vermelde meldpunt. U bent niet aansprakelijk voor betaalopdrachten zonder toestemming die zijn gegeven na de melding.

(…)

5 Wat in lid 2 staat geldt ook niet als de betalingen konden gebeuren omdat u de veiligheidsvoorschriften van hoofdstuk 4 niet heeft nageleefd. U bent dan aansprakelijk voor alle betaalopdrachten zonder toestemming die zijn gegeven voor de melding bij het in artikel 2 van hoofdstuk 1 vermelde meldpunt. Ook dan is sprake van grove nalatigheid.

6 U bent in ieder geval volledig aansprakelijk als een betaling zonder toestemming heeft kunnen plaatsvinden door opzet, grove schuld of grove nalatigheid van u of door frauduleus handelen van u."

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 mPIN 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.

2.3 In augustus 2017 is Consument samen met zijn dochter op vakantie geweest in [Naam Plaats], [Naam Land]. Op de avond van 16 augustus 2017 zijn Consument en zijn dochter uit eten geweest in het centrum van [Naam Plaats]. Na het eten hebben zij rond middernacht het restaurant verlaten en is de dochter teruggegaan naar het vakantieverblijf. Consument is nog even door [Naam Plaats] gelopen. Rond middernacht is Consument op straat aangesproken door een promotor van een nachtclub. Consument is met deze promotor meegegaan naar de nachtclub. Consument is enige tijd in de nachtclub gebleven. In de nachtclub werd hij ontvangen door een vrouw die hem een shotje met sterke drank heeft aangeboden, hetgeen Consument heeft opgedronken. Na wat gedanst te hebben, vroeg de vrouw of Consument haar drankje wilde betalen. Toen kwam er een vrouw met een mobiel pinapparaat. Consument heeft toen getracht om met zijn creditcard te betalen. Toen die transactie mislukte, heeft hij zijn bankpas gebruikt en zijn pincode ingetoetst. Vanaf dat moment kan Consument zich niets meer herinneren.

2.4 De volgende ochtend (17 augustus 2017) werd Consument op straat wakker in het centrum van [Naam Plaats]. Zijn rijbewijs, het paspoort van zijn dochter, contant geld en zijn mobiele telefoon bleken niet meer in zijn bezit te zijn. Zijn creditcard en bankpas had hij nog wel in zijn bezit. Consument heeft toen geprobeerd om geld op te nemen met zijn bankpas; deze bleek geblokkeerd. Consument heeft hierop om 14:31 uur telefonisch contact opgenomen met de Bank. De medewerkster van de Bank heeft aangegeven dat de bankpas geblokkeerd was omdat de pincode drie keer onjuist was ingetoetst. Zij zag verder geen verdachte transacties.

2.5 Op 18 augustus 2017 heeft Consument ingelogd op de internetbankieromgeving van de Bank. Hij heeft toen vastgesteld dat in de nacht van 16 op 17 oktober 2017 zes transacties voor een totaalbedrag van € 4.877,03 hebben plaatsgevonden met zijn bankpas. Daarnaast zijn er transacties verricht met zijn creditcard voor een totaalbedrag van € 1.039,58. Rabo Servicedesk heeft de creditcardtransacties aan Consument vergoed.

2.6 Uit de door de Bank overgelegde overzichten blijkt dat met de bankpas van Consument in de nacht van 16 op 17 augustus 2017 getracht is tien transacties te verrichten. Deze zijn gedaan bij twee verschillende POS-terminals van dezelfde eigenaar. Van deze tien transacties zijn er zes transacties geslaagd, met een totaalbedrag van € 4.877,03. Voorts staat vast dat bij alle transacties de originele betaalpas van Consument is gebruikt en dat de pincode direct correct is ingetoetst. Bij één mistransactie is sprake van het onjuist invoeren van de pincode. Dit is meerdere malen gebeurd waarna de bankpas is geblokkeerd.

De overige drie mistransacties zijn afgebroken omdat er getracht werd om een bedrag te pinnen dat boven de bestedingslimiet lag.

2.7 Consument heeft in Nederland aangifte gedaan. Hij heeft de Bank verzocht om vergoeding van de door hem geleden schade als gevolg van de transacties met zijn bankpas. De Bank heeft het verzoek afgewezen. Consument heeft zijn betaalrekening bij de Bank opgezegd.

3. Vordering, klacht en verweer

Vordering Consument

3.1 Consument vordert vergoeding van de betwiste transacties ad € 4.878,- alsmede vergoeding van de door hem gemaakte kosten voor het aantekenen van stukken, belkosten uit het buitenland en debetrente zijnde een bedrag € 52,-, vermeerderd met wettelijke rente vanaf 17 augustus 2017 over een bedrag van € 4.896,-.

Grondslagen en argumenten daarvoor

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

- Consument heeft niet frauduleus of grof nalatig gehandeld ten aanzien van zijn bankpas en pincode (en creditcard). Consument is het slachtoffer geworden van misbruik van zijn bankpas (en creditcard). Consument stelt dat hij geen toestemming heeft gegeven voor de transacties die zijn verricht op 17 augustus 2017 met zijn bankpas voor een totaalbedrag van € 4.877,03,-. Waarschijnlijk is hij buiten zijn wil gedrogeerd, waarna een onbevoegde derde zijn bankpas en pincode (en ook zijn creditcard) heeft weten te bemachtigen en de betwiste transacties heeft verricht. Er was sprake van geraffineerde louche en frauduleuze praktijken in de nachtclub.
- De Bank had van dit type van fraude op de hoogte moeten zijn; er zijn vele andere gevallen bekend. De Bank had haar klanten moeten waarschuwen voor deze fraude.
- De fraude in de nachtclub is gepleegd met speciaal daarvoor aangepaste POS-terminals (Point of Sale Terminals / pinapparaten) in combinatie met man-in-the middle, replay- en/of preplay attacks of weer een andere nieuwe methode die misbruik maakt van de kwetsbaarheden die ook nu nog bestaan, zelfs met de EMV-chip.
- De Bank is nalatig geweest om niet te checken op onregelmatigheden op 17 augustus 2017 toen Consument belde over de geblokkeerde bankpas. De medewerker heeft nagelaten om te controleren op gereserveerde bedragen. Indien de medewerker correct gehandeld had, dan had de Bank deze bedragen kunnen blokkeren. Ook had Consument dan aangifte kunnen doen in [Naam Land] en een bloedtest kunnen laten doen om aan te tonen dat er GHB, scopolamine of andere date-rape drugs gebruikt zijn.

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 De Commissie stelt vast dat met de bankpas van Consument in de nacht van 16 op 17 augustus 2017 getracht is tien transacties te verrichten. Van de tien transacties zijn er zes geslaagd, met een totaalbedrag van € 4.877,03. De bankpas is, voor zover Consument zich kan herinneren, niet uit zijn bezit geweest. Hij heeft zijn pincode niet met een ander gedeeld. Voorts staat vast dat bij alle transacties de originele betaalpas van Consument is gebruikt en de bijbehorende pincode. De Commissie merkt hierbij op dat zij de transacties die met creditcard hebben plaatsgevonden buiten beschouwing laat, nu deze transacties zijn vergoed en het ook geen onderdeel is van de klacht van Consument.

4.2 De vordering van Consument betreft de transacties die op 17 augustus 2017 hebben plaatsgevonden met zijn bankpas. Beoordeeld moet worden of deze transacties voor rekening en risico van Consument of de Bank dienen te komen.

4.3 In het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) was ten tijde van de betwiste transacties het volgende bepaald over de vraag voor wiens rekening en risico de schade komt als er sprake is van een niet-toegestane transacties. Op grond van artikel 7:529 lid 2 (oud) BW draagt de betaler – in dit geval Consument – alle verliezen die voortvloeien uit niet-toegestane betalingstransacties voor zover hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit hoofde van artikel 7:524 (oud) BW niet is nagekomen. Artikel 7:524 (oud) BW bepaalt onder meer dat de betaler zich moet houden aan de veiligheidsregels die de Bank stelt, in dit geval de AV 2016. Zo dient Consument onder meer zijn pincode geheim te houden en zijn bankpas op een veilige plaats op te bergen.

4.4 Ter beoordeling ligt dus de vraag voor of Consument 'grof nalatig' is geweest met betrekking tot het geheimhouden van de pincode en/of bewaren van zijn bankpas. Voor de volledigheid merkt de Commissie op dat 'grof nalatig' een wettelijke term is. Dit betekent dat de Commissie bij haar beoordeling een juridisch oordeel geeft en dus geen moreel waardeoordeel over de handelwijze van Consument.

4.5 Hoewel het aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is van grove nalatigheid, dient Consument tenminste enig inzicht te geven in de wijze waarop de bankpas en pincode in onbevoegde handen zouden kunnen zijn geraakt, zodat de Bank zich daarover een beeld kan vormen. Een andere regel zou de Bank voor onaanvaardbare risico's van misbruik plaatsen.

Zie Geschillencommissie Kifid 2011-7 en 2014-144. Dit betekent dat Consument zo concreet mogelijk zal moeten stellen en onderbouwen wanneer en op welke wijze hij gebruik heeft gemaakt van de bankpas en de pincode en daarbij ook zo goed mogelijk een verklaring zal moeten bieden voor de omstandigheid dat de bankpas en de pincode kennelijk bij derden bekend zijn geraakt. Daarbij kan Consument niet volstaan met te stellen dat hij dat niet weet, maar zal hij in dat geval ook moeten onderbouwen waarom hij die informatie niet kan geven. Zie ook Geschillencommissie Kifid 2015-322.

4.6 Ten aanzien van de betwiste transacties heeft Consument geen verklaring kunnen geven voor het feit dat een onbevoegde derde zijn betaalpas tijdelijk in bezit heeft gehad en de bijbehorende pincode heeft verkregen, anders dan door te stellen dat hij wellicht gedrogeerd is en zijn pincode wellicht is afgekeken toen hij een eerdere transactie verrichtte. De Commissie acht het, daarbij aansluitend bij de vaste lijn in haar uitspraken, buitengewoon onwaarschijnlijk dat derden de pincode juist kunnen raden. (Vergelijk onder andere Geschillencommissie Kifid 2011-7 en 2014-144). Hoewel het aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is geweest van grove nalatigheid, dient Consument ten minste enig inzicht te geven in de wijze waarop de betaalpas en de pincode in onbevoegde handen zou kunnen zijn gekomen, zodat de Bank zich daarop een beeld kan vormen. De enkele stelling van Consument dat hij het zich niet kan herinneren, is hiervoor onvoldoende. De Commissie kan daardoor 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 betaalpas niet is nagekomen en derhalve -in de betekenis die blijkens eerder gedane uitspraken de wet daaraan geeft- grof nalatig is geweest.

4.7 Overigens biedt artikel 7:529 lid 3 (oud) BW de ruimte om, als Consument wel grof nalatig is geweest maar niet opzettelijk of frauduleus heeft gehandeld, de aansprakelijkheid van Consument te beperken. De specifieke omstandigheden van het geval dienen daartoe wel aanleiding te geven. De Commissie oordeelt evenwel dat haar niet is gebleken van specifieke omstandigheden die aanleiding geven om de aansprakelijkheid van Consument te beperken.

4.8 Consument stelt zich voorts op het standpunt dat hij de Bank tijdig had gewezen op de betwiste transacties en dat de Bank deze transacties had moeten blokkeren. De Bank heeft hierop aangegeven dat eenmaal gegeven betaalopdrachten onherroepelijk zijn.

Dat het mogelijk om reserveringen ging, maakt dat niet anders: reserveringen zijn namelijk weliswaar nog niet volledig verwerkt, maar ook deze kunnen niet meer worden ingetrokken. Naar het oordeel van de Commissie had de Bank de betwiste transacties niet meer kunnen tegen-houden en valt de Bank op dit punt niets te verwijten.

4.9 Voorts heeft Consument gesteld dat, indien de Bank hem correct had geïnformeerd over de gereserveerde bedragen, hij aangifte zou hebben gedaan in [Naam Land] en een bloedtest zou hebben laten afnemen. De Commissie begrijpt dat het voor Consument vervelend is dat hij dergelijke stappen niet meer heeft kunnen ondernemen. Dit neemt echter niet weg dat, ook indien uit een bloedtest zou blijken dat Consument gedrogeerd was, daarmee nog niet vaststaat dat de schade dan voor rekening van de Bank zou moeten komen.

4.10 Consument heeft zich op het standpunt gesteld dat de fraude in de nachtclub is gepleegd met speciaal daarvoor aangepaste POS-terminals in combinatie met man-in-the middle, replay- en/of preplay attacks of weer een andere nieuwe methode die misbruik maakt van de kwetsbaarheden die ook nu nog bestaan, zelfs met de EMV-chip. De Bank heeft deze stelling betwist. Na deze betwisting door de Bank heeft Consument geen nadere concrete en specifieke feiten en omstandigheden gesteld die, indien bewezen, tot de conclusie zouden kunnen leiden dat sprake is geweest van een dergelijke fraude, zodat de vordering ook op deze grond dient te worden afgewezen.

4.11 Een en ander leidt tot de conclusie dat de betwiste transacties volledig voor rekening en risico van Consument dienen te blijven.

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.