Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-994
(mr. F.H.E. Boerma, voorzitter en mr. L.T.A. van Eck, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 25 juni 2020
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 4 december 2020
Aard uitspraak	: Bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving

Samenvatting

Op de betaalrekening van Consument hebben betalingstransacties plaatsgevonden. De Commissie stelt vast dat het om niet-toegestane betalingstransacties gaat. Vervolgens overweegt de Commissie dat, hoewel het aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is van grove nalatigheid, Consument een verzwaarde stelplicht heeft en tenminste enig inzicht dient te geven in de wijze waarop haar gegevens in onbevoegde handen zouden kunnen zijn geraakt. Nu Consument daarin geen enkel inzicht heeft gegeven, concludeert de Commissie dat Consument 'grof nalatig' in de zin van de wet heeft gehandeld. Dat betekent dat Consument zelf aansprakelijk is voor de schade. Van overkreditering of een geschonden waarschuwingsplicht is geen sprake. De vordering van Consument wordt afgewezen.

1. De procedure

1.1 De Commissie beslist op basis van haar Reglement en op basis van de door partijen aan Kifid ingestuurde documenten inclusief bijlagen. Het gaat hierbij om: 1) het klachtformulier van Consument; 2) het verweerschrift van de Bank; en 3) de repliek van Consument.

1.2 Partijen zijn opgeroepen voor een hoorzitting op 9 november 2020 en zijn aldaar verschenen.

1.3 Kort voor de hoorzitting heeft de Bank een reactie ingediend. Deze reactie van 6 november 2020 (met bijlage) is tijdens de hoorzitting besproken en maakt deel uit van het procesdossier.

1.4 Consument en de Bank hebben gekozen voor een bindend advies. De uitspraak is daarom bindend. Dit betekent dat partijen elkaar aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 Consument houdt een betaalrekening aan bij de Bank.

2.2 Op 24 december 2018 wordt een nieuw telefoonnummer aan de digitale omgeving van Consument bij de Bank toegevoegd. Het woonadres en emailadres van Consument in de digitale omgeving zijn op 31 december 2018 gewijzigd.

2.3 In januari 2019 is op naam van Consument een creditcard aangevraagd. De creditcard en de pincode zijn per post verzonden naar het gewijzigde woonadres. Met de creditcard zijn op 25 en 26 januari 2019 betaling- en opnametransacties voor een totaalbedrag van € 4.022,55 uitgevoerd. Consument heeft op 28 januari 2019 ingelogd op haar digitale omgeving en constateerde toen dat een creditcard op haar naam was aangevraagd en dat met die creditcard transacties waren uitgevoerd. De Bank heeft het totaalbedrag van € 4.022,55 op 6 februari 2019 van de betaalrekening van Consument afgeschreven.

2.4 Consument ontkent betrokken te zijn bij het aanvragen en gebruiken van de creditcard. Volgens Consument is er sprake van identiteitsfraude. Consument heeft op 29 januari 2019 aangifte gedaan van identiteitsfraude, maar dit heeft niet geleid tot vervolging.

De klacht en vordering

2.5 Consument vordert het bedrag van € 4.022,55 terug van de Bank. Zij stelt de creditcard niet te hebben aangevraagd. De betalings- en opnametransacties zijn niet door haar uitgevoerd.

2.6 Zij heeft op 24 december 2018 geen nieuw telefoonnummer aan haar digitale omgeving bij de Bank gekoppeld. Zij heeft geen codes aan derden verstrekt. Het is haar niet duidelijk hoe haar gegevens kunnen zijn gewijzigd en de creditcard kan zijn aangevraagd.

2.7 Binnen korte tijd zijn alle contactgegevens van Consument (telefoonnummer, woonadres en emailadres) gewijzigd, zonder dat Consument hiervan op de hoogte was. Deze wijzigingen zouden in een kort tijdsbestek niet mogelijk moeten zijn, zonder dat die wijzigingen bij Consument worden geverifieerd of naar Consument een waarschuwing uitgaat. Zeker toen kort daarna een creditcard werd aangevraagd.

2.8 De Bank had de creditcard, op basis van de financiële situatie van Consument, niet mogen verstrekken.

Het verweer

2.9 De Bank heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van Consument. Voor zover relevant zal de Commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Inleiding

3.1 Consument klaagt over de betalings- en opnametransacties die op 25 en 26 januari 2019 met een creditcard op haar naam zijn uitgevoerd. Zij betwist die creditcard te hebben aangevraagd en de met die creditcard uitgevoerde transacties te hebben uitgevoerd. Consument vordert dat de Bank het totaalbedrag van € 4.022,55 aan haar terugbetaalt.

3.2 In deze beoordeling speelt de vraag of de Bank gehouden is het totaalbedrag van € 4.022,55 aan Consument te vergoeden. De Commissie beoordeelt eerst of sprake is van een niet toegestane transactie (zoals bedoeld in titel 7b van boek 7 BW). Alleen indien sprake is van een niet toegestane transactie, dient de Bank het bedrag van die transactie aan Consument te vergoeden (artikel 7:528). Als de transactie als niet toegestaan wordt aangemerkt, is de vervolgvraag wie aansprakelijk is voor het totaalbedrag. Daar zal de Commissie vervolgens op ingaan. De door Consument gestelde overkreditering en de op de Bank rustende waarschuwingsplicht komen daarna aan de orde.

Niet toegestane transacties als bedoeld in titel 7b van boek 7 BW?

3.3 Consument stelt dat zij de betalings- en opnametransacties op 25 en 26 januari 2019 niet heeft uitgevoerd. Zij is het slachtoffer geworden van identiteitsfraude. Hiermee doet Consument een beroep op de bepalingen over niet toegestane bepalingen uit titel 7b van boek 7 BW. Een betalingstransactie wordt volgens artikel 7:522 lid 2 BW als niet toegestaan aangemerkt als de betaler (in dit geval Consument) niet met die transactie heeft ingestemd. Instemming met een betaalopdracht wordt verleend overeenkomstig de tussen betaler (Consument) en betaaldienstgebruiker (de Bank) overeengekomen vorm en procedure. Indien de betaler (Consument) ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan, is zijn betaaldienstverlener (de Bank) gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed (artikel 7:527 lid 1 BW). Als de betaaldienstverlener (de Bank) slaagt in het leveren van het bewijs dat aan de formele instemmingsvereisten is voldaan, dan betekent dit niet noodzakelijkerwijs dat de betaler (Consument) de betreffende transactie heeft toegestaan (artikel 7:527 lid 2 BW). Bij de lezing van deze bepalingen wordt de term “ingestemd” uitgelegd als “toegestaan”. De Commissie van Beroep heeft dit eerder bepaald op grond van de Europese verplichting tot richtlijnconforme interpretatie (Kifid Commissie van Beroep 15 juni 2020, CB-19-00020).

3.4 De Commissie acht het aannemelijk dat Consument de transacties op 25 en 26 januari 2019 niet heeft toegestaan.

Eerst is een nieuw telefoonnummer aan de digitale omgeving van Consument bij de Bank toegevoegd (24 december 2018). Vervolgens wordt het woonadres en emailadres van Consument gewijzigd (31 december 2018). In januari 2019 wordt een creditcard aangevraagd, waarmee in dezelfde maand de transacties worden uitgevoerd. Dat voor deze handelingen de gegevens van Consument zijn gebruikt, is geen afdoende bewijs om ervan uit te kunnen gaan dat Consument die transacties zou hebben toegestaan. In het vervolg van deze beoordeling wordt ervan uitgegaan dat het gaat om niet toegestane transacties.

Is de Bank gehouden tot terugbetaling van het bedrag van de niet toegestane transacties?

3.5 Op grond van artikel 7:528 lid 1 BW moet de Bank bij niet-toegestane transacties Consument onmiddellijk het bedrag van die transacties terugbetalen. Volgens artikel 7:529 lid 1 BW draagt Consument echter alle verliezen die uit niet-toegestane transacties voortvloeien, indien deze zich hebben voorgedaan doordat zij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid één of meer verplichtingen uit hoofde van artikel 7:524 BW niet is nagekomen. In artikel 7:524 BW wordt verwezen naar de tussen Consument en de Bank overeengekomen veiligheidsvoorschriften.

3.6 De Commissie dient te beoordelen of Consument met 'grove nalatigheid' veiligheids-voorschriften niet is nagekomen. Daarbij merkt de Commissie op dat 'grove nalatigheid' een wettelijke term is, die is opgenomen in de toepasselijke wet- en regelgeving (zie bijlage). Dat betekent dat de Commissie bij haar oordeel een juridisch oordeel geeft en dus geen moreel waardeoordeel over de handelwijze van Consument.

3.7 Alhoewel het aan de Bank is om te bewijzen dat sprake is van grove nalatigheid aan de zijde van Consument, rust op Consument een 'verzwaarde stelplicht'. Zie Geschillencommissie Kifid nrs. 2019-308, 2019-733 en 2020-853. Dat betekent dat Consument tenminste enig inzicht dient te geven in de wijze waarop haar gegevens 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 nrs. 2014-144 en 2019-733. Dat betekent dat Consument zo concreet mogelijk zal moeten stellen en onderbouwen wanneer en op welke wijze zij gebruik maakte van haar digitale omgeving en hoe zij de veiligheid daarvan garandeerde. Voorts kan van haar worden verwacht dat zij zo goed mogelijk een verklaring zal moeten bieden voor de omstandigheid dat haar gegevens kennelijk bij derden bekend zijn geraakt. Daarbij kan Consument niet volstaan met te stellen dat zij dat niet weet, maar zal zij in dat geval ook moeten onder-bouwen waarom zij die informatie niet kan geven. Zie ook Geschillencommissie Kifid nr. 2015-322.

3.8 Consument heeft geen verklaring gegeven hoe een derde de beschikking heeft gekregen over haar geboortedatum, haar gebruikersnaam en het wachtwoord van de digitale omgeving, het pasnummer en de vervaldatum van de bankpas én de tan-codes van Consument. De telefoonwijziging is bevestigd met een QR code via de Mobiel Bankieren app van Consument (op 24 december 2018 om 1:22 uur). Zij heeft niet uitgelegd hoe dit heeft kunnen plaatsvinden. Ook heeft zij niet verklaard hoe binnen enkele minuten na het wijzigingen van de telefoongegevens in haar digitale omgeving (op 24 december 2018 tussen 1:20 en 1:25 uur) vanaf haar ip-adres is ingelogd (1:29 uur). Het enige wat Consument stelt is dat zij en haar dochter thuis waren en sliepen. Een plausibele verklaring ontbreekt.

3.9 De Commissie kan, ervan uitgaande dat 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 geboortedatum, de gebruikersnaam en het wachtwoord van de digitale omgeving, het pasnummer en de vervaldatum van de bankpas én de tan-codes van Consument eigen te maken. Dat leidt tot het oordeel dat moet worden aangenomen dat Consument één of meer verplichtingen voor het veilig gebruik van de Betaalrekening niet is nagekomen en derhalve, in de betekenis die blijkens eerder gedane uitspraken de wet daaraan geeft, 'grof nalatig' is geweest. Zie ook Geschillencommissie Kifid nrs. 2019-308 en 2019-733.

3.10 Gelet op de voorgaande overwegingen is Consument zelf en volledig aansprakelijk voor de transacties op 25 en 26 januari 2019. Overigens biedt artikel 7:529 lid 2 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.

Had de Bank de wijzigingen moeten verifiëren of Consument moeten waarschuwen?

3.11 Anders dan Consument veronderstelt, rustte op de Bank geen waarschuwings- of verificatieplicht richting Consument. De wijzigingen in telefoonnummer, woonadres en e-mailadres zijn uitgevoerd via de digitale omgeving van Consument. Dat geldt ook voor de aanvraag van de creditcard. Degene die de wijzigingen en aanvraag doorvoerde had de beschikking over de geboortedatum, de gebruikersnaam en het wachtwoord van de digitale omgeving, het pasnummer en de vervaldatum van de bankpas én de tan-codes van Consument. De Bank kon er daarom vanuit gaan dat degene die de wijzigingen doorvoerde Consument zelf was. Dat de wijzigingen kort na elkaar hebben plaatsgevonden, maakt dit niet anders.

Hoeveel extra veiligheidsmaatregelen de Bank ook toevoegt aan haar processen, zodra alle relevante gegevens in handen komen van een derde kunnen al die maatregelen steeds worden omzeild. Alleen als Consument haar gegevens geheim houdt, kan misbruik met haar betaalrekening worden voorkomen.

Schending zorgplicht vanwege overkreditering

3.12 De in januari 2019 aan Consument verstrekte creditcard had een limiet van € 4.000,-. Volgens Consument heeft de Bank de op haar rustende zorgplicht geschonden door deze creditcard aan haar te verstrekken.

3.13 De Commissie stelt voorop dat de Bank (via de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid) op grond van de per 1 januari 2006 geldende zorgplicht (zoals destijds opgenomen in artikel 51 Wet financiële dienstverlening (Wfd) en thans in artikel 4:34 Wet op het financieel toezicht (Wft)) verplicht zijn te waken voor overkreditering. Met overkreditering wordt de situatie bedoeld waarin een krediet aan een consument wordt verstrekt en de consument de bij dit krediet behorende lasten gezien zijn financiële situatie niet kan dragen. Deze zorgplicht geldt niet voor een krediet dat binnen drie maanden dient te worden afgelost en terzake waarvan slechts onbetekenende kosten aan de consument in rekening worden gebracht (artikel 1:20 lid 1 sub e Wft). Dat brengt mee dat de kredietwaardigheidstoets niet wordt ingevuld door voornoemde zorgplicht. De Bank heeft toegelicht dat zij een acceptatiebeleid hanteert, op grond waarvan zij de inkomsten, achterstanden en af- en bijschrijvingen op de bankrekening van Consument heeft gecontroleerd en een BKR toets heeft uitgevoerd. Nu een nadere onderbouwing vanuit Consument ontbreekt, houdt de Commissie het ervoor dat de Bank de kredietwaardigheid van Consument toereikend heeft getoetst. Dit klachtonderdeel is daarom ongegrond.

Conclusie

3.14 De conclusie is dat Consument zelf én volledig aansprakelijk is voor de transacties op 25 en 26 januari 2019. Van overkreditering of een op de Bank rustende waarschuwingsplicht is geen sprake. De Commissie wijst de vordering van Consument daarom af.

4. De beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een bindend advies. Tegen deze uitspraak kunt u beroep instellen bij de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening wanneer wordt voldaan aan de vereisten van artikel 2 van het Reglement van de Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening. Voor het instellen van beroep geldt een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak. Het Reglement van de Commissie van Beroep en meer informatie over het instellen van beroep kunt u vinden op de website www.kifid.nl/in-beroep-gaan-bij-kifid.

Binnen twee weken na de verzenddatum van deze uitspraak kunt u een verzoek indienen tot herstel van vergissingen in de uitspraak, zoals schrijffouten, een verkeerde naam/datum of rekenfouten. De beslissing van de Geschillencommissie in de uitspraak kan hiermee niet ter discussie worden gesteld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het Reglement Geschillencommissie Financiële Dienstverlening, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen uit de wet- en regelgeving en de voorwaarden

Artikel 7:522 BW

1. Een betaaldienstverlener voert een betalingstransactie slechts uit met instemming van de betaler met de uitvoering van de betaalopdracht.
2. De instemming met een betaalopdracht wordt verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn relevante betaaldienstverlener(s) overeengekomen vorm en procedure. De instemming met de uitvoering van een betalingstransactie kan ook worden verleend via de begunstigde of de betaalinitiatiedienstverlener. Bij gebreke van een dergelijke instemming wordt een betalingstransactie als niet toegestaan aangemerkt.
3. De instemming kan te allen tijde, doch uiterlijk op het tijdstip van het onherroepelijk worden, krachtens artikel 534 van de betaalopdracht door de betaler worden ingetrokken. Hetzelfde geldt voor een instemming met de uitvoering van een betaalopdracht betreffende een reeks betalingstransacties, die kan worden ingetrokken met als gevolg dat iedere toekomstige betalingstransactie als niet-toegestaan wordt aangemerkt.

Artikel 7:524 BW

1. De betaaldienstgebruiker, die gemachtigd is om een betaalinstrument te gebruiken, a. gebruikt het betaalinstrument overeenkomstig de voorwaarden die op de uitgifte en het gebruik van het betaalinstrument van toepassing zijn, en b. stelt de betaaldienstverlener, of de door laatstgenoemde gespecificeerde entiteit, onverwijld in kennis van het verlies, de diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument of van het niet-toegestane gebruik ervan.
2. Voor de toepassing van het eerste lid, onder a, neemt de betaaldienstgebruiker, zodra hij een betaalinstrument ontvangt, in het bijzonder alle redelijke maatregelen om de veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken ervan te waarborgen.

Artikel 7:526 BW

De betaaldienstgebruiker die bekend is met een niet-toegestane of foutieve betalingstransactie waarvoor hij de betaaldienstverlener aansprakelijk kan stellen met inbegrip van de aansprakelijkheidsgronden van artikel 543, 544 en 545, verkrijgt alleen rectificatie van zijn betaaldienstverlener indien hij hem onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum waarop zijn rekening is gedebiteerd, kennis geeft van de bewuste transactie, tenzij de betaaldienstverlener, in voorkomend geval, de informatie betreffende die betalingstransactie niet heeft verstrekt of ter beschikking heeft gesteld overeenkomstig de wijze vastgesteld bij of krachtens de in artikel 4:22 van de Wet op het financieel toezicht bedoelde algemene maatregel van bestuur.

Artikel 7:527 BW

1. Indien een betaaldienstgebruiker ontkent dat hij met een uitgevoerde betalingstransactie heeft ingestemd of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd, is zijn betaaldienstverlener gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.
2. Indien een betaaldienstgebruiker ontkent dat hij met een uitgevoerde betalingstransactie heeft ingestemd, vormt het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betaaldienstverlener is geregistreerd niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijs dat met de betalingstransactie door de betaler is ingestemd of dat de betaler frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 524 niet is nagekomen.

Artikel 7:528 BW

1. Onverminderd artikel 526 betaalt de betaaldienstverlener van de betaler, in geval van een niet-toegestane betalingstransactie, onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terug en herstelt hij, in voorkomend geval, de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd, in de toestand zoals die geweest zou zijn, indien de niet-toegestane betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden.
2. Deze bepaling geldt onverminderd het recht op schadevergoeding uit hoofde van de algemene regels van overeenkomstenrecht.

Artikel 7:529 BW

1. In afwijking van artikel 528 draagt de betaler tot een bedrag van ten hoogste € 150 het verlies met betrekking tot niet-toegestane betalingstransacties dat voortvloeit uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument of, indien de betaler heeft nagelaten de veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken ervan te waarborgen, uit onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument.
2. De betaler draagt alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien, indien deze zich hebben voorgedaan door hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit hoofde van artikel 524 niet is nagekomen. In dergelijke gevallen is het in het eerste lid bedoelde maximumbedrag niet van toepassing.
3. In gevallen waarin de betaler, zonder frauduleus of opzettelijk te hebben gehandeld, zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 524 niet is nagekomen, kan de rechter de in het eerste en tweede lid van dit artikel bedoelde aansprakelijkheid beperken, met name rekening houdend met de aard van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken van het betaalinstrument en met de omstandigheden waarin het is verloren, gestolen of onrechtmatig gebruikt.
4. (…)