Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2020-940
(mr. F.H.E. Boerma, voorzitter en mr. D.W.Y. Sie, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 6 maart 2020
Ingediend door	: Consument
Tegen	: ING Bank N.V., gevestigd te Amsterdam, verder te noemen de Bank
Datum uitspraak	: 20 november 2020
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving en de Voorwaarden en overige regelingen voor particuliere rekeninghouders

Samenvatting

Zorg- en informatieplicht bank. Consument heeft schade geleden doordat zij tussen 28 november 2018 en 5 april 2019 voor een totaalbedrag van € 20.628,- betalingen deed aan beleggingsinstellingen die achteraf fraudeurs bleken te zijn. Volgens Consument heeft de Bank haar zorg- en informatieplicht geschonden. De Commissie is van oordeel dat de Bank hier enkel heeft opgetreden als betaaldienstverlener. Op basis van die rol kan niet een algemene monitoringsplicht worden aangenomen. Niet is gebleken dat de Bank haar zorg- en informatieplicht tegenover Consument heeft geschonden. 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) de aanvullende stukken van Consument; 3) het verweerschrift van de Bank; 4) de repliek van Consument; 5) de dupliek van de Bank en 6) de aanvullende reactie van Consument.

1.2 De Commissie is van oordeel dat het niet nodig is de zaak mondeling te behandelen. De zaak wordt daarom op grond van de stukken beslist.

1.3 Consument heeft gekozen voor een niet-bindend advies. De uitspraak is daardoor niet-bindend. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 Consument beschikt over een betaalrekening bij de Bank.

Tussen 28 november 2018 en 5 april 2019 heeft Consument een aantal overboekingen gedaan naar verschillende rekeningen in het buitenland voor de aankoop van bitcoins. Op 9 april 2019 heeft Consument de Bank per e-mail geïnformeerd dat zij is opgelicht voor een bedrag van € 20.628,- en dat zij een klacht indient bij de Bank. Op 13 april 2019 heeft een medewerker van de Bank namens de Fraudedesk Consument per e-mail geïnformeerd dat hij verwacht dat haar geld niet meer teruggehaald kan worden. De uitwisseling van standpunten door partijen in de interne klachtprocedure heeft niet geleid tot een oplossing van de klacht.

De klacht en vordering

2.2 Consument stelt dat zij schade heeft geleden doordat de Bank haar zorg en onderzoeksplicht heeft geschonden. In de rechtspraak is geoordeeld dat deze plichten op banken rusten bij beleggingsactiviteiten. De Bank heeft haar onderzoeksplicht geschonden, doordat zij wist dat Consument werd opgelicht bij haar aankopen in bitcoins. Er circuleert immers een 'zwart lijst' in de bankenwereld waarop bekende (bitcoin)fraudeurs staan. Daarnaast deden de oplichters zich voor als beleggingsinstellingen, terwijl zij hiervoor niet over een vergunning beschikten van de Autoriteit Financiële Markten (AFM). Ook heeft de Bank haar zorgplicht geschonden. De Bank heeft Consument niet gewaarschuwd, terwijl zij op de hoogte was van de beleggingsactiviteiten van Consument in bitcoins. Dat er sprake was van beleggingsactiviteiten in bitcoins bleek uit de omschrijvingen bij de betalingen die Consument deed. Vanwege de deskundigheid en functie van banken in het maatschappelijk verkeer mag verondersteld worden dat de Bank bewust was van het gevaar bij beleggings-activiteiten. Daarbij heeft de Bank geen gebruik gemaakt van haar daadkracht en middelen om het geld van Consument te beschermen, zoals het blokkeren van haar rekening. Consument vordert van de Bank een bedrag van € 20.628,-.

Het verweer

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

3. De beoordeling

De kwestie die tussen partijen speelt

3.1 De Commissie ziet zich voor de vraag gesteld of de Bank haar zorg- en informatieplicht heeft geschonden en daarom gehouden is de schade van Consument te vergoeden.

3.2 Voor de beoordeling van de klacht van Consument gebruikt de Commissie het beoordelings-kader van haar vaste lijn. Zie hiervoor o.a. Geschillencommissie Kifid nrs. 2019-531, 2019-771 en 2020-523. Op basis van dit beoordelingskader is de Commissie van oordeel dat op de Bank geen plicht rust om de schade van Consument te vergoeden en wel om de volgende redenen.

Wat houdt de zorgplicht van de Bank in?

3.3 Voorop staat dat de maatschappelijke functie van de Bank een bijzondere zorgplicht met zich brengt. Dit geldt voor cliënten die in een contractuele relatie tot de Bank staan. Die maatschappelijke functie hangt ermee samen dat banken een centrale rol spelen in het betalings- en effectenverkeer en de dienstverlening die daarbij hoort. Banken zijn op die gebieden bij uitstek deskundig en zij beschikken over relevante informatie die anderen missen. Die rol rechtvaardigt dat de zorgplicht van de Bank ook strekt ter bescherming bij lichtvaardigheid en gebrek aan kunde en inzicht van haar cliënten.

3.4 De reikwijdte van de zorgplicht hangt af van alle omstandigheden van het geval, maar ook de publiekrechtelijke regels in de Wet op het financieel toezicht (Wft) 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 aan financiële dienstverleners om in bepaalde gevallen of onder bepaalde omstandigheden een bepaald soort gedrag te vertonen, zoals 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.

Is de Bank dan verplicht om in het algemeen transacties te monitoren?

3.5 De Commissie overweegt dat ondanks die bijzondere zorgplicht er niet zomaar een algemene monitoringsplicht wordt aangenomen voor banken. Een algemene monitoringsplicht voor banken zou namelijk het proces kunnen schaden van geautomatiseerde gegevensverwerking en het maatschappelijk belang dat daarmee gediend is. Zie ook Geschillencommissie Kifid nr. 2019-759 (overweging 4.3). Daarbij is een bank verplicht om een betaalopdracht uit te voeren wanneer daarvoor instemming is verleend en als er is voldaan aan de (overige) voorwaarden die gelden voor de betaling. Dit staat in artikel 7:533 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

3.6 Van een bank mag wel verwacht worden dat zij zich redelijkerwijs inspant om fraude en misbruik van het betalingsverkeer te voorkomen. Zie Geschillencommissie Kifid nr. 2016-602 (overweging 4.8). Een dergelijke verplichting wordt echter pas aangenomen, wanneer een bank gegronde redenen heeft om te twijfelen aan de betaalopdracht. Een algemene monitoringsverplichting wordt dus niet snel aangenomen.

3.7 Personen zijn daarbij in principe zelf verantwoordelijk voor hun betaalopdrachten, wanneer zij bevoegd zijn om over het daarbij gebruikte betaalinstrument te beschikken.

Er bestaat geen rechtsregel waarin van een bank wordt vereist dat zij bij een transactie nogmaals vraagt of deze uitgevoerd moet worden als een cliënt zelf daarvoor opdracht heeft gegeven tenzij sprake is gegronde reden om te twijfelen aan een betaalopdracht. Zie Gerechtshof Den Bosch 2 augustus 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:3435 (overweging 3.14).

Heeft de Bank haar zorg- en informatieplicht geschonden?

3.8 De Commissie is van oordeel dat dit niet het geval is.

3.9 De Commissie overweegt voor haar oordeel dat de Bank bij de transacties 'slechts' heeft opgetreden als *betaaldienstverlener*. De Bank was geen partij bij de overeenkomst tussen Consument en de (frauduleuze) beleggingsinstellingen en heeft dus niet opgetreden als *beleggingsdienstverlener*. Dat de Bank Consument had moeten beschermen tegen lichtzinnigheid of gebrek aan inzicht, gaat hier daarom niet op. Zie ook Rechtbank Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493 en Rechtbank Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:RBAMS:2018:4656. Zoals onder 3.5 is aangegeven wordt een algemene monitoringsplicht voor de Bank niet snel aangenomen.

3.10 Volgens Consument had de Bank haar moeten beschermen, omdat er een 'zwarte lijst' circuleert in de bankenwereld waarop bekende (bitcoin)fraudeurs staan. Daarnaast meent Consument dat de Bank uit de omschrijving bij de betalingen had moeten begrijpen dat zij betalingen deed naar (frauduleuze) beleggingsinstellingen. De Commissie is van oordeel dat Consument daarmee niet (voldoende) heeft onderbouwd dat de oplichters waar zij slachtoffer van is geworden ook op die zwarte lijst staan en dat de Bank hiervan op de hoogte was. Dat er sprake zou zijn van bijzondere omstandigheden waardoor de Bank ondanks haar rol als betaaldienstverlener alarm had moeten slaan bij het opmerken van de naam van de ontvanger van de betalingen of de omschrijvingen daarbij, is onvoldoende door Consument gesteld of anderszins gebleken.

3.11 Tot slot overweegt de Commissie dat Consument door het uitvoeren van de betaalopdrachten via Mijn ING instemming heeft gegeven voor de verrichte transacties, althans dit is niet door haar betwist. Daarbij is niet gebleken dat aan de overige voorwaarden voor de betalingen niet is voldaan. De Bank diende daarom de betaalopdrachten van Consument uit te voeren. In artikel 7:522 van het BW staat dat een met instemming uitgevoerde betaling onherroepelijk is. Zie ook artikel 9.1 en 9.2 van de Voorwaarden, product, aanvraag en gebruik en artikel 2.2. van de Voorwaarden Mijn ING.

Conclusie

3.12 De Commissie concludeert op grond van het voorgaande er geen reden is voor toewijzing van de vordering van Consument.

4. De beslissing

De Commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is 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.

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

Relevante bepalingen uit de wet- en regelgeving

Burgerlijk Wetboek Boek 7

Afdeling 2. Toestaan van betalingstransacties

Artikel 522

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 533

(…)

4. Indien alle in de raamovereenkomst van de betaler gestelde voorwaarden vervuld zijn, weigert de rekeninghoudende betaaldienstverlener van de betaler niet een toegestane betaalopdracht uit te voeren, ongeacht of de betaalopdracht door een betaler zelf, onder meer door een betaalinitiatiedienstverlener, dan wel door of via een begunstigde is geïnitieerd, tenzij ander toepasselijk Unierecht of toepasselijk nationaal recht dit verbiedt.

Relevante bepalingen uit de Voorwaarden en overige regelingen voor particuliere rekeninghouders

Voorwaarden, product, aanvraag en gebruik

9. Uw opdracht uitvoeren
9.1 ING voert alleen opdrachten uit met uw instemming. Deze instemming geldt ook voor de verwerking van uw persoonsgegevens die hiervoor noodzakelijk zijn. Hoe u instemming kunt geven vindt u terug in deze Voorwaarden Betaalrekening en de productvoorwaarden.
9.2 Als u ING een betaalopdracht geeft, dan gebruiken we bij de uitvoering van uw opdracht het rekeningnummer dat u heeft opgegeven.

Voorwaarden Mijn ING

Het gebruik
2. Mijn ING gebruiken
(…)
2.2. Met een TAN-code maakt u geld over, vraagt u een product aan of wijzigt u uw persoonlijke gegevens in Mijn ING. U kunt in Mijn ING ook met de Mobiel Bankieren App geld overmaken. Als u een TAN code invoert of goedkeuring geeft met de Mobiel Bankieren App, geeft u ING opdracht om uw verzoek uit te voeren. U kunt uw verzoek daarna niet intrekken.