Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-54 d.d. 18 februari 2013
(prof. mr. M.L. Hendrikse, voorzitter en mevrouw mr. F. Faes, secretaris)

Samenvatting

Consument is begunstigde geworden van een frauduleuze betaalopdracht op zijn betaalrekening. Dit bedrag is opgenomen met gebruikmaking van zijn bankpas en de juiste pincode. Naar aanleiding hiervan heeft de bank de persoonsgegevens van Consument in het interne en externe incidentenregister opgenomen en de bancaire relatie met Consument beëindigd. Op basis van de omstandigheden acht de Commissie opname van de persoonsgegevens van Consument in beide incidentenregisters gerechtvaardigd. Ook is er sprake van ongerechtvaardigde verrijking. De vorderingen van Consument worden afgewezen.

Consument,

tegen

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 van Consument, ontvangen op 5 juni 2012;
- het verweerschrift van Aangeslotene;
- de brief van Consument d.d. 13 januari 2013;
- de brief van Aangeslotene d.d. 6 februari 2013.

2. Overwegingen

De Commissie heeft het volgende vastgesteld.
Tussenkomst van de Ombudsman Financiële Dienstverlening heeft niet tot oplossing van het geschil geleid.
Beide partijen zullen het advies van de Commissie als bindend aanvaarden.
Partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling op 11 januari 2013. Aldaar zijn de gemachtigden van Consument en Aangeslotene verschenen.

3. Feiten

De Commissie gaat uit van de volgende feiten:

3.1. Consument houdt een betaalrekening aan bij Aangeslotene. Bij de rekening hoort een bankpas. Op de rechtsverhouding tussen Consument en Aangeslotene zijn de Voorwaarden Betaalrekening en de Voorwaarden gebruik Betaalpassen en Creditcards van toepassing.

3.2. Op 29 juli en 30 juli 2010 is een totaalbedrag van € 3.300,- bijgeschreven op de betaalrekening van Consument. De houder van de rekening waarvan het overgeboekte bedrag afkomstig was heeft geen toestemming gegeven voor de overboeking. Uit het dossier blijkt dat op 29 en 30 juli 2010 via verschillende transacties een bedrag van € 3.000,- is opgenomen van de betaalrekening, een en ander met behulp van de bankpas en pincode van Consument.

3.3. Op 7 augustus 2010 ontdekte Consument dat hij zijn bankpas miste. Op 9 augustus 2010 heeft Consument contact opgenomen met Aangeslotene en de vermissing van zijn bankpas gemeld en deze laten blokkeren. Uit onderzoek van Aangeslotene is gebleken dat het saldo van de betaalrekening van Consument in de periode voorafgaand aan de onbevoegde opnames meerdere malen is gecontroleerd met behulp van de bankpas en pincode van Consument.

3.4. Aangeslotene heeft de gedupeerde rekeninghouder schadeloos gesteld. In verband met de schadeloosstelling vordert Aangeslotene een bedrag van € 3.300,- van Consument. Omdat Consument de begunstigde is geweest van de frauduleuze overboeking heeft Aangeslotene de bancaire relatie met Consument opgezegd en zijn persoonsgegevens opgenomen in het interne incidentenregister (hierna: het IVR) en het externe incidentenregister (hierna: het EVR).

3.5. Aangeslotene heeft de bepalingen van het protocol 'Incidentenwaarschuwingssysteem financiële instellingen' van 27 juli 2004 (hierna: het protocol) onderschreven en is daaronder gerechtigd om onder bepaalde voorwaarden gegevens van haar cliënten vast te leggen in het daarbij behorende IVR en EVR. Het protocol bevat onder meer de volgende bepalingen:

4.1 Doel incidentenregister

Met het oog op het kunnen deelnemen aan het incidentenwaarschuwingssysteem, financiële instellingen is iedere deelnemer gehouden de volgende doelstelling voor het incidentenregister te hanteren:

"Het geheel aan verwerkingen 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 financiële instellingen;*
- *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, haar cliënten en medewerkers;*
- *op het gebruik van en de deelname aan waarschuwingssystemen."*

4.2 Vastlegging

In het incidentenregister worden slechts gegevens opgenomen van (rechts)personen, indien er naar het oordeel van de deelnemers sprake is van een gerede aanleiding, een en ander met inachtneming van de in 4.1 genoemde doelstelling.

5.2 Vastlegging

In het intern verwijzingsregister kunnen uitsluitend verwijzingsgegevens worden opgenomen van (rechts)personen waarvan gegevens zijn vastgelegd in het incidentenregister en die een risico vormen voor (de organisatie van) de deelnemer. Daarbij kunnen de volgende criteria als richtsnoer gelden:

- *(redelijk vermoeden van) opzettelijke benadeling van de deelnemer, oneigenlijk gebruik van producten, diensten en voorzieningen en/of poging daartoe;*
- *(redelijk vermoeden van) het plegen van strafbare of laakbare gedragingen en/of overtreding van (wettelijke) voorschriften dan wel pogingen daartoe, gericht tegen de deelnemer, de organisatie van de deelnemer, haar cliënten en medewerkers.*

6.2 Vastlegging

Deelnemers dragen er voor zorg dat verwijzingsgegevens van (rechts)personen die aan de hierna vermelde criteria voldoen worden opgenomen in het extern verwijzingsregister. Opname geschiedt in beginsel door de financiële instelling die benadeeld is. Andere bij het incident betrokken deelnemers kunnen echter ook tot opname van gegevens overgaan, indien het nadeel de financiële sector in zijn algemeenheid treft.

De beslissing tot vastlegging wordt genomen door daartoe aangewezen medewerkers van de veiligheidsafdeling of daartoe geautoriseerde functionaris van de deelnemer. Voor opname in het extern verwijzingsregister gelden de volgende opnamecriteria:

1. *De activiteiten van de (rechts)persoon kunnen een bedreiging vormen voor de continuïteit en de integriteit van financiële instellingen, de financiële belangen van cliënten en/of de financiële belangen van de (organisatie van de) deelnemer.*
2. *Er dient een proportionaliteitsafweging plaats te vinden, waarbij de betreffende functionaris vaststelt, dat het belang van de opname in het verwijzingsregister prevaleert boven de mogelijk nadelige gevolgen voor betrokkene als gevolg van de opname van zijn gegevens.*
3. *De betreffende (rechts)persoon moet betrokken zijn bij een benadeling van enige financiële instelling (of poging daartoe) of bij onoorbaar gebruik (of poging daartoe) van het financieel stelsel van zodanige aard*
   - *dat aangifte bij een opsporingsinstantie is gedaan of kan worden gedaan of*
   - *de relatie of overeenkomst is opgezegd of het besluit daartoe is of*
   - *is geweigerd om een relatie of overeenkomst aan te gaan.*

3.6. 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 betaalinstrument 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.*

4. De vordering en grondslagen

4.1. Consument vordert dat Aangeslotene wordt veroordeeld tot:
(i) intrekking van de vordering die Aangeslotene op Consument heeft ten bedrage van € 3.300,-; en
(ii) verwijdering van de persoonsgegevens van Consument uit het EVR en IVR.

4.2. Deze vordering steunt op de volgende grondslagen:
- Consument ontkent betrokken te zijn geweest bij de frauduleuze handelingen die hebben plaatsgevonden met zijn betaalrekening, bankpas en pincode en stelt dat hij slachtoffer is geworden van diefstal en dat zijn bankpas mogelijk is geskimmed. Consument is zorgvuldig met zijn bankpas en pincode omgegaan; hij heeft deze nooit aan derden ter beschikking gesteld;
- een beroep door Aangeslotene op het bepaalde in artikel 6:212 en/of 6:203 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: het BW) gaat niet op; Consument is niet verrijkt door de betaling; en
- er bestaat geen grond om Consument op te nemen in het IVR en het EVR.

4.3. Op de stellingen die Aangeslotene aan haar verweer ten grondslag legt wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. Beoordeling

5.1. Ter zitting heeft gemachtigde van Consument te kennen gegeven geen beroep meer te doen op het punt van skimming van de bankpas. De Commissie zal dit onderdeel dan ook verder buiten beschouwing laten.

Vordering van Aangeslotene

5.2. De Commissie stelt vast dat het vermogen van Consument op 29 en 30 juli 2010 verrijkt is met een totaalbedrag van € 3.300,-. Daarnaast staat vast dat een bedrag van € 3.000,- op 29 en 30 juli 2010 door middel van een vijftal transacties met behulp van de bankpas en pincode van Consument is opgenomen.

5.3. Aangeslotene stelt zich op het standpunt dat zij een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking ex artikel 6:212 van het Burgerlijk Wetboek op Consument heeft; zij stelt verarmd te zijn omdat zij aan de benadeelde het bedrag van € 3.300,- heeft vergoed. Consument vordert dat Aangeslotene deze vordering intrekt.

5.4. De Commissie overweegt als volgt. Het vermogen van Consument is op 29 en 30 juli 2010 vergroot met een totaalbedrag van € 3.300,- doordat dit bedrag op zijn bankrekening is bijgeschreven. Op dat moment heeft Consument een vordering op Aangeslotene verkregen. Dit betekent dat Consument eind juli 2010 is verrijkt met een bedrag van € 3.300,-. Consument heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit bedrag niet tot zijn beschikking is gekomen. Gelet op het feit dat dit bedrag op zijn bankrekening was gestald, was het aan hem om aannemelijk te maken dat hij daarvan geen profijt heeft gehad. Nu het bedrag met behulp van zijn bankpas en pincode is opgenomen, is Consument daarin niet geslaagd. Zie Geschillencommissie Kifid 2012/87 en 2012/219.

5.5. 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 € 3.300,- 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 en 2012/219.

5.6. Voorts is de verrijking ongerechtvaardigd. De overboeking van € 3.300,- 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 hij 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 artikel 6:212 BW. Vergelijk Hof Amsterdam, 17 mei 2011, LJN: BQ6852 en Geschillencommissie Kifid 2012/87 en 2012/219. De vordering van Consument is dus niet toewijsbaar.

5.7. De Commissie stelt voorts vast dat Consument heeft gesteld zelf slachtoffer te zijn geworden van (bankpas)fraude en diefstal. Consument meent recht te hebben op vergoeding van de door hem tengevolge van de fraude/diefstal geleden schade. Dienaangaande overweegt de Commissie dat een vergoedingsplicht (voor Aangeslotene) in geval van fraude is opgenomen in de van toepassing zijnde algemene voorwaarden.

5.8. De Commissie stelt vast dat er op grond van artikel 79.1 VB 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 schadevergoedingssplicht is.

5.9. 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 hij de bankpas nog in zijn bezit heeft. Consument heeft echter gedurende langere periode niet dagelijks gecontroleerd of hij de bankpas nog in zijn bezit had. Het feit dat Consument niet aan deze op hem rustende verplichting heeft voldaan, is een omstandigheid die voor zijn rekening en risico dient te komen.

5.10. 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 bankpas is kwijtgeraakt. Noch in het dossier, noch anderszins is enig inzicht gegeven over de vraag hoe de bankpas kan zijn kwijtgeraakt. De enkele mededeling van Consument dat hij niet weet waar hij zijn bankpas te gelaten acht de Commissie in dat kader onvoldoende en kan het gebrek aan (overige) informatie Consument worden toegerekend. Zie ook Geschillencommissie Kifid 2011/7 en 2011/86. Een andere regel zou Aangeslotene voor onaanvaardbare risico's

van misbruik plaatsen. In dit geval blijft volledig duister hoe de bankpas en pincode van Consument in handen van derden is gekomen. De vordering wordt op deze grond afgewezen.

Opname in het IVR en het EVR

5.11. Het protocol geeft – onder meer – criteria voor de verwerking van persoonsgegevens in het incidentenregister. Aangeslotene heeft zich verplicht bij de verwerking van persoonsgegevens in het kader van het door Aangeslotene aangehouden IVR en het EVR te handelen conform het protocol. In artikel 4.2 van het protocol is bepaald dat in de registers slechts gegevens van (rechts)personen worden opgenomen als er naar oordeel van de bank sprake is van een gerede aanleiding.

5.12. De in het IVR opgenomen gegevens zijn uitsluitend bestemd voor gebruik door (de eigen organisatie van) de deelnemer (in casu: Aangeslotene). De in het EVR opgenomen gegevens zijn bestemd voor gebruik door (de organisaties van) alle deelnemers aan het protocol.

5.13. Volgens artikel 5.2 van het protocol kunnen in het IVR gegevens worden opgenomen van personen die een risico vormen voor (de organisatie van) Aangeslotene. Het protocol noemt als criterium voor opname in het IVR dat er sprake is van (een redelijk vermoeden van) opzettelijke benadeling van de deelnemer, oneigenlijk gebruik van producten, diensten en voorzieningen en/of poging daartoe of een (redelijk vermoeden van) het plegen van strafbare of laakbare gedragingen en/of overtreding van (wettelijke) voorschriften dan wel pogingen daartoe, gericht tegen de deelnemer, de organisatie van de deelnemer, haar cliënten en medewerkers.
Voor opname in het EVR is op grond van artikel 6.2 van het protocol vereist dat er sprake is van een mogelijke bedreiging voor de continuïteit en de integriteit van financiële instellingen en dat er een proportionaliteitsafweging dient plaats te vinden waarbij het belang van de opname in het verwijzingsregister prevaleert boven de mogelijke nadelige gevolgen voor betrokkene als gevolg van de opname van zijn gegevens. Daarnaast moet de betreffende persoon betrokken zijn bij een benadeling van enige financiële instelling of bij onoorbaar gebruik van het financieel stelsel van zodanige aard dat – kort gezegd – aangifte bij een opsporingsinstantie is gedaan c.q. kan worden gedaan of dat de overeenkomst is opgezegd.

5.14. Hoewel Consument iedere betrokkenheid ontkent, staat tussen partijen niet ter discussie dat de overschrijving van € 3.300,- van de rekening van benadeelde naar de betaalrekening van Consument heeft plaatsgevonden zonder toestemming van benadeelde. Vrijwel direct na deze bijboeking is het bedrag via een pinopname van de betaalrekening van Consument op genomen, waarbij gebruik is gemaakt van de bankpas van Consument en de juiste pincode, die alleen aan Consument is verstrekt. Consument heeft geen verklaring gegeven voor hoe het kan dat zijn bankpas en pincode zonder zijn medeweten bij iemand anders terecht zijn gekomen. Voorts is voorafgaand aan de frauduleuze bijschrijving, het saldo op de betaalrekening diverse keren gecontroleerd met behulp van de bankpas en pincode van Consument. Hieruit kan worden afgeleid dat het saldo nauwlettend in de gaten werd gehouden omdat een bijschrijving op de rekening werd verwacht.

5.15. Ten aanzien van de opname van de persoonsgegevens van Consument in het IVR en EVR heeft Aangeslotene gesteld dat zij gelet op frauduleuze bijschrijvingen op de betaalrekening van Consument en de omstandigheden waaronder die bijschrijvingen hebben plaatsgevonden en wijze waarop de gelden zijn opgenomen gegronde redenen heeft om Consument op te nemen in de registers. Wegens het belang van Aangeslotene bij het handhaven van de integriteit van het financiële stelsel en het voorkomen en bestrijden van fraude is acht zij opname in het IVR en EVR noodzakelijk. Voor Aangeslotene waren er voldoende aanwijzingen dat de financiële en andere belangen van haar organisatie werden bedreigd.

5.16. Naar oordeel van de Commissie staat voldoende vast dat de betaalrekening van Consument is gebruikt voor een frauduleuze transactie en dat het door die transactie op zijn rekening gestorte bedrag vervolgens is opgenomen met gebruikmaking van zijn bankpas en pincode. De Commissie is van oordeel dat Aangeslotene voldoende inzicht heeft gegeven in de gronden waarop zij tot registratie van Consument in het IVR is overgegaan. Deze gronden kunnen de registratie en de bevoegdheid van Aangeslotene daartoe dragen. Gelet op de criteria vermeld onder 4.2 en 5.2 van het protocol mocht Aangeslotene reeds daarom tot registratie van de persoonsgegevens van Consument in het IVR overgaan.

5.17. Ten aanzien van de vraag of Aangeslotene heeft voldaan aan de opnamecriteria voor het EVR overweegt de Commissie daartoe als volgt.

5.18. Gelet op de gang van zaken als omschreven onder 5.15 is de Commissie van oordeel dat in ieder geval sprake is van oneigenlijk gebruik van de producten en diensten van Aangeslotene door Consument en mogelijk eveneens van opzettelijke benadeling van Aangeslotene. De uiteengezette omstandigheden vormen een bedreiging voor de continuïteit en de integriteit van financiële instellingen in het algemeen en voor de onderneming van Aangeslotene in het bijzonder. Aangeslotene had daarom een gerechtvaardigd belang om de persoonsgegevens van Consument te verwerken in het EVR.

5.19. Voorts dient op grond van artikel 6.2 van het protocol het proportionaliteitsbeginsel in acht te worden genomen. De Commissie is van oordeel dat bij de afweging van de belangen van partijen, het belang van Aangeslotene dient te prevaleren nu zij voldoende ernstige bezwaren heeft aangevoerd om handhaving van de persoonsgegevens van Consument in het EVR te rechtvaardigen. Consument heeft niet althans onvoldoende gesteld dan wel is anderszins gebleken dat hij disproportioneel wordt geraakt in zijn belangen door opname van zijn gegevens in het EVR. Vaststaat immers dat Aangeslotene is benadeeld door handelingen die zijn verricht met gebruikmaking van de betaalrekening, bankpas en pincode van Consument. In hoeverre Consument een actief aandeel heeft gehad in deze handelingen kan in het kader van deze procedure buiten beschouwing worden gelaten. De Commissie neemt daarbij in aanmerking dat Consument eventueel een convenantrekening kan openen. Vergelijk Rechtbank Almaar 4 november 2010, LJN: BP5613 en Rechtbank 's-Gravenhage LJN: BX1743.

5.20. Resumerend is de Commissie van oordeel dat Aangeslotene heeft mogen overgaan tot het opnemen van de persoonsgegevens van Consument in het IVR en EVR, zodat

dit onderdeel van de vordering van Consument afgewezen dient te worden. De Commissie acht ook geen gronden aanwezig om de duur van de registratie te verkorten.

5.21. Al het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vorderingen van Consument moeten worden afgewezen. Alle overige door partijen ingebrachte stellingen en argumenten kunnen niet tot een ander oordeel leiden en zullen onbesproken blijven.

6. Beslissing

De Commissie stelt bij bindend advies vast dat de vorderingen van Consument wordt 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.