Uitspraak Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2021-0480
(mr. E.L.A. van Emden, voorzitter en mr. M.A. Kleijer, secretaris)

Klacht ontvangen op	: 14 januari 2021
Ingediend door	: De consument
Tegen	: ICS, gevestigd te Amsterdam, verder te noemen ICS
Datum uitspraak	: 27 mei 2021
Aard uitspraak	: Niet-bindend advies
Uitkomst	: Vordering afgewezen
Bijlage	: Relevante bepalingen uit wet- en regelgeving / de algemene voorwaarden

Samenvatting

Boilerroom fraude. Nadat de consument met zijn creditcard in binaire opties heeft geïnvesteerd, heeft hij ontdekt door fraudeurs te zijn opgelicht. De vordering van de consument om ICS zijn vanwege die oplichting ontstane verlies te laten vergoeden wordt, in lijn met de in soortgelijke kwesties gedane uitspraken van de commissie, 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 om: 1) het klachtformulier van de consument; 2) het verweerschrift van ICS en de 3) de repliek van de consument.

1.2 De commissie is van oordeel dat dit geschil zich leent voor verkorte behandeling als bedoeld in artikel 32 van haar Reglement. Dit betekent dat partijen elkaar niet aan de uitspraak kunnen houden.

2. Het geschil

Wat is er gebeurd?

2.1 De consument houdt een creditcard aan bij ICS. Op de overeenkomst tussen ICS en de consument zijn onder meer de Algemene Voorwaarden behorend bij de Bijenkorf Card (hierna: de Voorwaarden) van toepassing. De relevante artikelen zijn als bijlage bij deze uitspraak opgenomen. Voor zover nodig zal hiernaar worden verwezen.

2.2 Met deze creditcard heeft de consument in de periode 8 januari 2020 tot en met 23 januari 2020 diverse betalingen gedaan aan een buitenlands bedrijf via JUBITER_Com EXCHANGE (verder: JUBITER). De consument ging er vanuit dat het buitenlandse bedrijf als online broker met zijn inleg voor hem zou handelen in aandelen en binaire opties. Dit bleek niet het geval te zijn. De consument is door het buitenlandse bedrijf voor € 5.500,- opgelicht.

2.3 De consument heeft ICS gevraagd zijn schade te vergoeden. Hiertoe heeft de consument een zogenoemd "Betwistingsformulier" ingestuurd. Op dit formulier heeft de consument aangegeven nepartikelen te hebben ontvangen. ICS heeft dit verzoek van de consument afgewezen. Nadat de vervolgens gestarte interne klachtprocedure niet tot oplossing tussen partijen heeft geleid, heeft de consument zijn klacht bij Kifid ingediend.

De klacht en vordering

2.4 Na slachtoffer te zijn geworden van het werk van geslepen criminelen waardoor de consument € 5.500,- aan schade heeft geleden, heeft ICS op onterechte gronden zijn schadevergoedingsverzoek afgewezen. De consument heeft in dit verband aangevoerd dat de betalingen niet door hem zijn geautoriseerd maar door JUBITER. Verder is de consument van mening dat ICS van de fraude op de hoogte had dienen te zijn en van haar verwacht mag worden dat zij de consument daartegen zou beschermen. ICS had van de fraude op de hoogte dienen te zijn niet alleen vanwege het voor de consument ongebruikelijke karakter van de transacties maar ook omdat toezichthouders zoals FSMA (Nederland) en CONSOB (Italië) over dit bedrijf waarschuwingen hebben afgegeven. ICS had in dit geval onderzoek moeten uitvoeren naar de betrouwbaarheid van het buitenlandse bedrijf. Op grond van het voorgaande alsmede vanwege de rol die ICS bij de betalingen heeft vervuld, had ICS de consument dienen te beschermen door zijn betalingen tegen te houden. Door dit niet te doen, is ICS in haar zorgplicht jegens de consument tekortgeschoten. De consument heeft voorts aandacht gevraagd voor het feit dat hij niet de dienst gekregen heeft waarvoor hij heeft betaald.

Het verweer

2.5 ICS heeft verweer gevoerd tegen de stellingen van de consument. Voor zover relevant zal de commissie bij de beoordeling daarop ingaan.

3. De beoordeling

Algemeen

3.1 Allereerst merkt de commissie op te betreuren dat de consument slachtoffer is geworden van het werk van sluwe criminelen en daardoor € 5.500,- is kwijtgeraakt. Los hiervan is aan de commissie de vraag voorgelegd of ICS aansprakelijk is door de op haar rustende zorg-plicht te schenden en op die grond de door de consument gevorderde schade als gevolg van de verrichte transacties aan het buitenlands bedrijf dient te vergoeden. De commissie is van oordeel dat deze vraag gelet op de vaste lijn in haar uitspraken in vergelijkbare kwesties[1] ontkennend moet worden beantwoord en licht dit als volgt toe.

[1] Geschillencommissie Kifid, nrs. 2019-531, 2019-882, 2019-883, 2020-086, 2020-150 en 2021-0014.

Juridisch kader

3.2 Vaststaat dat op de relatie tussen partijen de Voorwaarden van toepassing zijn waar in lid 7 van artikel 22 Nederlands recht van toepassing is verklaard. Verder geldt dat ICS in relatie tot de door de consument gedane overboekingen is opgetreden als betaaldienstverlener.

3.3 Als een consument een onbekende, te hoge of onterechte transactie op zijn rekening-overzicht opmerkt, kan hij deze transactie betwisten. De mogelijkheid en de voorwaarden die hieraan gesteld worden, zijn opgenomen in de Voorwaarden (artikel 16). Met ICS is de commissie van oordeel dat het recht op terugbetaling niet van toepassing is op een situatie als onderhavige. Anders dan de consument heeft gesteld heeft hij toestemming gegeven voor de transacties door deze via zijn Mastercard Securecode te accorderen. Dat de buitenlandse maatschappij zich anders heeft voorgedaan en de consument heeft misleid is een kwestie tussen de consument en die onderneming. ICS is in die verhouding geen partij.

3.4 Verder is van belang dat ICS in relatie tot de door de consument gedane overboekingen optreedt als betaaldienstverlener. Het gaat immers om overboekingen ten laste van de creditcard die door de consument wordt aangehouden bij ICS. Als hiervoor reeds overwogen zijn de betalingen door de consument geautoriseerd. De consument was hiertoe bevoegd en heeft de betalingen bovendien welbewust geïnitieerd. Als betaaldienstverlener is ICS op grond van artikel 7:533 lid 4 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gehouden gehoor te geven aan de gegeven betaalopdrachten. ICS heeft hieraan voldaan.

3.5 Op de rol van betaaldienstverlener zijn geen specifieke publiekrechtelijke zorgplichten van toepassing. De generieke zorgplichtbepaling voor financiële dienstverleners van artikel 4:24 a Wet op het financieel toezicht (Wft) geldt dan als een vangnetbepaling. De zorgplicht van ICS als betaaldienstverlener houdt in dat zij rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van haar rekeninghouder.[2] Aangezien ICS in dit geval bij de overboekingen heeft opgetreden als betaaldienstverlener is haar rol, anders dan de consument heeft bepleit, beperkt tot het optimaliseren van het betalingsverkeer. Dit betekent dat ICS niet met succes kan worden verweten betalingstransacties uit te voeren zonder daarnaar onderzoek te doen.

3.6 Van ICS kan wel worden verwacht dat zij tot onderzoek zou overgaan als zij op de hoogte was van ongebruikelijk betalingsverkeer, hetgeen kan wijzen op beleggingsactiviteiten, alsmede het daaraan verbonden gevaar. Bepalend is datgene waarvan ICS zich daadwerkelijk bewust was (Hoge Raad, ECLI:NL:HR:2015:3399 en Geschillencommissie Kifid nr. 2019-531).

[2] Rechtbank Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493

In dit verband is, anders dan de consument heeft gesteld, niet komen vast te staan dat ICS ten tijde van de verrichte betalingsopdrachten de twijfelachtige reputatie van het buitenlandse bedrijf had kunnen weten dan wel dat zich daarvan daadwerkelijk bewust was. Hiervan hoefde de Bank ook niet op de hoogte te zijn. Anders dan Consument verondersteld is de Bank niet verplicht het bedrijf (of de persoon) achter het rekening-nummer te controleren, zie hiervoor rechtbank Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:9493 en rechtbank Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:RBAMS:2018:4656.

3.7 De commissie gaat verder voorbij aan hetgeen door de consument over de door toezichthouders gegeven waarschuwingen is gesteld. De door de consument genoemde toezichthouders zijn namelijk buitenlandse toezichthouders; de FSMA is niet de Nederlandse maar de Belgische toezichthouder. Bovendien is niet gebleken dat die waarschuwingen zijn gegeven in of voor de periode dat de consument opdracht tot zijn transacties heeft gegeven. Evenmin is gebleken dat ICS kennis had of had moeten hebben van de intentie waarmee de consument de bedragen overboekte. Op ICS rustte dan ook geen waarschuwingsplicht.

Slotsom

3.8 Het is op grond van hetgeen hiervoor is overwogen dat de klacht en de daarop gebaseerde vordering van de consument wordt afgewezen. Niet is komen vast te staan dat ICS de op haar rustende zorgplicht heeft geschonden. Ook is niet gebleken dat ICS op grond van een wettelijke of contractuele verplichting de gevorderde schade zou moeten vergoeden.

4. De beslissing

De commissie wijst de vordering af.

Deze uitspraak is een niet-bindend advies, omdat deze beslissing is genomen in een verkorte procedure. Meer informatie hierover staat in artikel 32 van het reglement, te vinden op de website van Kifid (www.kifid.nl/reglementen-en-statuten). 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 schriftelijk 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. Binnen een maand na de verzenddatum van de uitspraak kunt u een schriftelijk verzoek indienen om de uitspraak aan te vullen als u vindt dat de geschillencommissie niet heeft beslist over alle onderdelen van uw vordering. Dit ziet niet op de situatie waarin u meent dat de geschillencommissie in haar uitspraak niet uitdrukkelijk al uw argumenten, ter onderbouwing van uw vordering, heeft behandeld. Meer informatie hierover staat in artikel 40 van het reglement van de geschillencommissie, te vinden op de website www.kifid.nl/reglementen-en-statuten.

Bijlage - Relevante bepalingen de Algemene Voorwaarden de Bijenkorf Card

Artikel 10. Betalen met uw card

10.1 (…) Bij een online aankoop, een telefonische aankoop of een aankoop die daarmee vergelijkbaar is, stemt u in met de betaling door het doorgeven van de gegevens van uw Card en het toestaan van de betalingsopdracht, het toestaan van de betalingsopdracht en als daarom gevraagd wordt het invoeren van een wachtwoord en SMS Code of e-Code.
10.2 Instemming met de betaling en/of geldopname betekent dat het betreffende bedrag in rekening wordt gebracht op uw Card. Na instemming kunt u betalingen, geldopnames en betalingsopdrachten niet meer annuleren. (…)

Artikel 16. Betalingen en/of geldopnames betwisten

16.1 Als u het niet eens bent met een betaling en/of geldopname die op uw Card in rekening gebracht is, kunt u die betwisten. Dit moet zo snel mogelijk nadat u het rekeningoverzicht heeft ontvangen. De betwisting moet u schriftelijk doen en moet toegelicht worden. U kunt een betaling niet betwisten met als reden dat een Acceptant zijn verplichtingen niet is nagekomen, bijvoorbeeld door niet (goed) werkende goederen of diensten aan u te leveren. U kunt een betaling en/of geldopname ook niet betwisten met als reden dat uw Card gestolen of verloren is of als er misbruik is gemaakt van uw Card. Hiervoor gelden de bepalingen van artikel 6.
16.2 Als u een betaling en/of geldopname binnen 14 dagen na de datum van het rekeningoverzicht betwist en u licht dit voldoende toe en levert voldoende bewijzen aan, dan wordt het betwiste bedrag direct in mindering gebracht op het openstaande saldo. Dit gebeurt onder voorbehoud: als blijkt dat de betwisting onterecht is, brengen wij het bedrag weer in rekening op uw Card. Het bedrag wordt niet in mindering gebracht op het openstaande saldo als de betwisting geen redelijke kans van slagen heeft. (…)

Artikel 17. Aflever- en Internetgarantie

17.1. Aflevergarantie: als een met uw Card betaald product niet op de afgesproken leverdatum is geleverd, betalen wij het aankoopbedrag aan u terug als aan de volgende voorwaarden is voldaan:
(a) U heeft zelf eerst zonder resultaat de Acceptant gevraagd om het product te leveren; en (b) U heeft ons binnen drie maanden na de afgesproken leverdatum om terugbetaling van het aankoopbedrag gevraagd;
(c) Er bestaat geen recht op vergoeding van het aankoopbedrag door een verzekering of waarborgfonds. Wij betalen het bedrag binnen 30 dagen na ontvangst van uw verzoek terug, maar niet als de Acceptant binnen die periode toch nog het product levert of zelf het aankoopbedrag aan u terugbetaalt. U kunt tot 1 jaar na de datum waarop u de betaling heeft gedaan een beroep doen op de Aflevergarantie.

17.2. Internetgarantie: als met uw Card een betaling is gedaan via internet waarvoor u geen toestemming heeft gegeven of als er een onjuist bedrag in rekening is gebracht, betalen wij het betreffende bedrag aan u terug. Uw Card moet wel in uw bezit zijn geweest toen er betaald werd en u moet de betaling betwisten zoals beschreven in artikel 16.

Artikel 22 Overige bepalingen

(…)
22.7 Op de Overeenkomst is Nederlands recht van toepassing.