

DE KLACHT

U bent slachtoffer geworden van shoulder surfing aan een bankautomaat. De dief slaagde erin om uw bankkaart te ontfutselen zonder dat u het merkte. Hij had waarschijnlijk ook uw code kunnen zien.

U heeft de diefstal pas 3 uur later ontdekt en heeft vervolgens uw bankkaart en bankapp via Card Stop laten blokkeren. U merkte dat er een bedrag van 2.900 euro gereserveerd stond. De bank heeft de betwiste cash afhalingen vergoed, maar niet de betwiste online aankopen.

U was in de veronderstelling dat uw bankkaart ingeslikt was door de automaat. In dergelijke omstandigheden is er volgens u geen reden om uw kaart te blokkeren. Meestal is een kaart veilig als dit gebeurt.

U heeft een PV laten opmaken bij de politie in Spanje en wenst vergoed te worden.

STANDPUNT VAN DE BANK

U werd slachtoffer van diefstal van uw debetkaart op het moment dat u geld afhaalde aan de automaat in Spanje.

U zegt in uw verklaring het volgende: *“Wij zijn in verlof in Spanje met het ongenoegen dat tijdens mijn bankverrichting de persoon achter mij gezien heeft welke code ik induwde. Hij sprong toen ik het geld 200€ uit de geldlade haalde plots voor mij en begon met haastige gebaren uitleg te geven over de verrichting. In het tumult haalde hij ongezien de bankkaart uit de automaat en toen ik vergeefs wachtte tot mijn kaart uit dat automaat kwam zei hij dat ik naar de respectievelijke bank moest gaan omdat de kaart ingeslikt was. Later op de middag checkte ik mijn bankrekening en constateerde ik een diefstal van 2500€.”*

Hieruit besluit de bank dat u op de hoogte was van de diefstal van uw kaart. U nam echter pas 3 uur later contact op met Card Stop. Dit wordt volgens artikel 5.3.3 van de Algemene Voorwaarden van de Debetkaart aanzien als een ‘grove nalatigheid’. Artikel VII.30, §2 van het Wetboek van Economisch Recht (hierna WER) legt de gebruiker van een elektronisch betaalinstrument eenzelfde verplichting op.

Tijdens de geldafname door u kon de persoon achter u uw code achterhalen. Hiermee werd artikel 5.1 van de Algemene Voorwaarden van de Debetkaart niet gevolgd.

Ondanks bovenstaande feiten en artikel VII.36, §1, lid 2 WER heeft de bank u vergoed voor de schade die u niet had kunnen vermijden door onmiddellijk contact op te nemen met Card Stop. U heeft een vergoeding van 357,90 euro ontvangen, zijnde uw schade van de twee eerste verrichtingen mits aftrek van een franchise van 50 euro.

Hiervoor verwijst de bank naar artikel VII.44 WER: In afwijking van artikel VII.43 WER draagt de betaler tot aan de kennisgeving verricht overeenkomstig artikel VII.38, § 1, 2°, het verlies tot een bedrag van ten hoogste 50 euro met betrekking tot alle niet-toegestane betalingstransacties die voortvloeien uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument of uit het onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument.

ONS ADVIES

U bent jammer genoeg het slachtoffer geworden van oplichting. Bij een geldafhaling in het buitenland werd uw bankkaart door middel van list gestolen. U dacht dat uw kaart ingeslikt was door de bankautomaat. Blijkbaar is de dief erin geslaagd om ook uw code af te kijken (shoulder surfing). Na de diefstal werden verschillende geldafhalingen en betalingen met uw kaart uitgevoerd.

De betrokken geldafhaling waarbij uw bankkaart gestolen werd, gebeurde op 25 juni 2022 om 11u11. Om 11u20 en 11u21 werden vervolgens respectievelijk bedragen van 300 en 100 euro afgehaald, telkens vermeerderd met een aangerekende kost van 3,95 euro. Deze verrichtingen werden door uw bank vergoed, na aftrek van de wettelijk voorziene franchise van 50 euro (zie verder). De bank stelt immers dat u deze schade niet had kunnen vermijden door onmiddellijk contact op te nemen met Card Stop.

Tussen 13u51 en 13u54 vonden vervolgens 5 betalingen plaats, elk voor een bedrag van 500 euro. U wenst dat de bank ook in deze schade tussenkomt.

Uw bankkaart werd op 25 juni 2022 om 14u39 via Card Stop geblokkeerd.

Relevante regels voorzien door het WER

Aangezien u duidelijk niet ingestemd heeft met de uitvoering van de betwiste verrichtingen, is in dit dossier sprake van niet-toegestane betalingstransacties in de zin van artikel VII.32, §2, lid 4 WER. Bijgevolg zijn de bepalingen uit het WER inzake de aansprakelijkheidsverdeling bij niet-toegestane betalingstransacties van toepassing.

Artikel VII.44, §1, lid 1 WER voorziet het volgende:

“In afwijking van artikel VII.43 draagt de betaler tot aan de kennisgeving verricht overeenkomstig artikel VII.38, § 1, 2°, het verlies tot een bedrag van ten hoogste 50 euro met betrekking tot alle niet-toegestane betalingstransacties die voortvloeien uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument of uit het onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument.”

Verder voorziet artikel VII.44, §1, lid 4 WER het volgende:

“De betaler draagt alle verliezen in verband met niet-toegestane betalingstransacties indien de betaler deze heeft geleden doordat hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of door grove nalatigheid één of meer van de in artikel VII. 38 genoemde verplichtingen niet is nagekomen. In die gevallen is het in de eerste alinea bedoelde maximumbedrag niet van toepassing.”

De wet voorziet dus dat de bank bij verlies of diefstal het verlies dient te dragen, na aftrek van een franchise van 50 euro, tenzij de bank bewijs kan leveren dat de betaler met grove nalatigheid bepaalde verplichtingen niet zou zijn nagekomen. Deze franchise werd reeds aangerekend door de bank bij haar tussenkomst voor de eerste twee niet-toegestane geldafhalingen.

Verder bepaalt artikel VII.38 WER onder meer het volgende:

“§1. De betalingsdienstgebruiker die gemachtigd is een betaalinstrument te gebruiken, voldoet aan de volgende verplichtingen:

1° hij gebruikt het betaalinstrument overeenkomstig de voorwaarden die op de uitgifte en het gebruik van het betaalinstrument van toepassing zijn; deze voorwaarden moeten objectief, niet-discriminerend en evenredig zijn;

[...]

§2. Voor de toepassing van paragraaf 1, 1°, neemt de betalingsdienstgebruiker, zodra hij een betaalinstrument ontvangt, in het bijzonder alle redelijke maatregelen om de veiligheid van het betaalinstrument en de persoonlijke beveiligingsgegevens ervan te waarborgen.”

Verder bepaalt artikel VII.44, §4, lid 2 WER dat volgende gedragingen onder andere (deze lijst is dus niet exhaustief) als grove nalatigheid beschouwd kunnen worden:

- Het feit, voor de betaler, zijn gepersonaliseerde veiligheidsgegevens, zoals zijn identificatienummer of enige andere code in een gemakkelijk herkenbare vorm te noteren, en met name op het betaalinstrument of op een voorwerp of een document dat de betaler bij het instrument bewaart of met dat instrument bij zich draagt.
- Het feit van de betalingsdienstaanbieder, of de door laatstgenoemde aangeduide entiteit, niet onverwijld in kennis te hebben gesteld van het verlies of de diefstal.

De wet voorziet dat bovenvermelde gedragingen als grove nalatigheid worden beschouwd, onverminderd de regel dat voor de beoordeling van de grove nalatigheid rekening gehouden moet worden met alle feitelijke omstandigheden. Dit betekent dat bovenvermelde gedragingen niet automatisch als grove nalatigheid beschouwd mogen worden, maar hiervoor nog steeds rekening gehouden moet worden met alle feiten.

Artikel VII.44, §4, lid 1 WER voorziet dat de bewijslast inzake grove nalatigheid bij de bank ligt:

Toepassing

Vooreerst wenst Ombudsfín te benadrukken dat shoulder surfing, het afkijken van uw geheime pincode door de fraudeur, nooit per definitie kan beschouwd worden als een grove nalatigheid. Het feit dat een derde erin geslaagd is uw code af te kijken, betekent niet dat u grof nalatig geweest zou zijn. De bewijslast inzake grove nalatigheid ligt bij de bank. Wij stellen vast dat de bank geen elementen aanlevert om aan te tonen dat u grof nalatig geweest zou zijn, waardoor de dief erin geslaagd is uw code af te kijken.

Tijdens de bemiddeling heeft uw bank verschillende argumenten aangehaald op basis waarvan de bank van mening was een bewijs van grove nalatigheid geleverd te hebben. Betrokken argumenten hadden steeds betrekking op de verplichting tot onverwijld kennisgeving van de diefstal, het verlies of het onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument na vaststelling ervan.

- 1) In eerste instantie was de bank van mening dat u grof nalatig geweest bent doordat u, nadat uw kaart zozeggd ingeslikt was door de automaat, niet onmiddellijk een kennisgeving hiervan heeft gedaan aan de bank of aan Card Stop. De bank leidde uit uw verklaringen af dat u op het moment waarop uw kaart zozeggd ingeslikt werd, reeds op de hoogte was van de diefstal (zoals vermeld staat onder het eerste standpunt van de bank).

Ombudsfín ging hiermee niet akkoord. Wij hebben ten aanzien van de bank verduidelijkt dat u zich eerst niet bewust was van de diefstal maar er daadwerkelijk van uit ging dat uw kaart ingeslikt was door de automaat.

Verder hebben wij verwezen naar een arrest van het hof van beroep van Brussel (dd. 26 november 2019), waarin beslist werd dat de verplichting tot onverwijld kennisgeving uitsluitend speelt in geval van verlies, diefstal en onrechtmatig of niet-toegestaan gebruik van het betaalinstrument. Het geval

waarin een kaart wordt ingeslikt, valt daar volgens het hof strikt genomen niet onder. In een noot bij dit arrest staat verder het volgende vermeld: *“De perceptie van de betaler blijkt daarbij doorslaggevend, want in werkelijkheid werd de kaart wel gestolen en was er dus sprake van een diefstal. Alleen heeft de betaler het niet zo ervaren en dacht hij dat de kaart werd ingeslikt. Hoe de betaler de feiten ervaart, bepaalt aldus of de verplichting tot een onverwijld kennisgeving ontstaat.”*

Op basis van dit arrest moet worden besloten dat de betaler wettelijk niet gehouden is om onverwijld een kennisgeving aan de bank of Card Stop (of andere aangeduide entiteit) te doen wanneer zijn kaart wordt ingeslikt door een geldautomaat. Louter stellen dat u grof nalatig geweest zou zijn doordat u Card Stop niet gebeld heeft nadat uw kaart zogezegd ingeslikt werd, is op basis van dit arrest dan ook niet mogelijk.

- 2) In bovenvermeld arrest van het hof van beroep van Brussel wordt verder ook verwezen naar het Bankreglement van betrokken financiële instelling. Hierin werd in betrokken dossier uitsluitend een verplichting tot onverwijld kennisgeving van diefstal en verlies aan de bank voorzien. Aan het einde van betrokken reglement werd de betaler louter geïnformeerd en aanbevolen om steeds Card Stop te contacteren in geval van verlies, diefstal of ieder incident (zoals bijvoorbeeld het inslikken van de kaart). Op basis hiervan besloot het hof van beroep dat de bank haar reglement niet in haar voordeel kon inroepen.

In uw dossier beroept de bank zich op dit onderdeel van het arrest om te stellen dat dit geen toepassing vindt in uw fraudegeval. De bank stelt immers dat in haar algemene voorwaarden van de debetkaarten wél een verplichting voorzien is om Card Stop te contacteren wanneer een bankkaart wordt ingeslikt. Artikel 5.2 van deze algemene voorwaarden voorziet onder meer het volgende:

“De Gebruiker of Houder brengt CARD STOP op de hoogte van het verlies, de diefstal of elk risico op misbruik van zijn Kaart, Pincode of Authenticatiecodes onmiddellijk na de vaststelling ervan.”

De bank stelt dat het geval van een ingeslikte kaart hierbij valt onder een ‘risico op misbruik’. Dit is haar uiteindelijke standpunt bij afsluiting van de bemiddeling.

Ombudsfín moet hierbij ten eerste vaststellen dat nergens uit de algemene voorwaarden van de bank duidelijk blijkt dat een betaler Card Stop of de bank dient te contacteren wanneer zijn kaart wordt ingeslikt door een automaat. De bank stelt dat dergelijk geval valt onder ‘elk risico op misbruik’. Dit is volgens Ombudsfín echter een te algemene bewoording, die bovendien vrij subjectief kan worden ingevuld. De vraag stelt zich ten eerste of het feit dat een kaart ingeslikt is daadwerkelijk een risico op misbruik van de kaart met zich meebrengt. De kaart werd immers ingeslikt door een automaat van de bank, waardoor de betaler ervan uit kan gaan dat deze veilig bij de bank is. Ombudsfín is in ieder geval van mening dat er geen risico op misbruik bestaat wanneer een kaart daadwerkelijk ingeslikt is door de automaat. Uit uw klacht leiden wij af dat dit ook uw perceptie was. Ten tweede stelt zich de vraag of betrokken voorwaarde in overeenstemming is met de verplichting in artikel VII.38 WER, op basis waarvan de gebruiksvoorwaarden van het betaalinstrument objectief dienen te zijn. Daar de termen “elk risico op misbruik” te algemeen geformuleerd en bijgevolg voor interpretatie vatbaar zijn, is Ombudsfín van mening dat geen sprake is van een objectieve gebruiksvoorwaarde.

Rekening houdende met voorgaande elementen is Ombudsfín van mening dat de bank in uw dossier betrokken bepaling in haar algemene voorwaarden niet kan inroepen in haar voordeel om te besluiten tot een grove nalatigheid.

Bovendien, zelfs wanneer de reglementen van de bank duidelijk zouden vermelden dat een kennisgeving verplicht is wanneer een betaalkaart door een geldautomaat wordt ingeslikt, dan nog zou de niet-naleving van deze verplichting automatisch betekenen dat de bank niet gehouden is tot een tussenkomst in de schade. In dergelijk geval zou u immers louter de verplichting in artikel VII.38, §1, 1° WER niet nageleefd hebben. Artikel VII.44, §1 WER voorziet echter dat de bank in de schade dient tussen te komen tenzij de betaler met grove nalatigheid de in artikel VII.38 WER genoemde verplichtingen niet is nagekomen. De niet-naleving van de in artikel VII.38 WER genoemde verplichtingen volstaat met andere woorden niet. De bank dient te bewijzen, rekening houdende met alle feitelijke omstandigheden, dat de betaler met grove nalatigheid betrokken verplichting niet is nagekomen. Wij stellen vast dat de bank hiertoe geen enkel bewijs levert. De bank verwijst louter naar het feit dat u betrokken verplichting niet nageleefd heeft. De bank levert dus geen bewijs van grove nalatigheid.

- 3) Tot slot baseerde de bank zich op uw verklaringen over het fraudeverloop aan de bank om te besluiten dat u niet onverwijld de bank of Card Stop op de hoogte gebracht heeft van de diefstal en om die reden grof nalatig geweest bent. De bank heeft immers aangetoond dat u op 19 juli 2022 per mail aan de bank verklaard heeft dat u rond 12u30 – 13u gemerkt heeft dat er geld van uw rekening gestolen was. Aangezien uw bankkaart vervolgens, volgens de gegevens van de bank, pas om 14u39 via Card Stop geblokkeerd werd, stelde de bank dat u niet onverwijld kennisgegeven heeft van de fraude en conform artikel VII.44, §4, lid 2 WER grof nalatig geweest bent.

In uw mail van 19 juli 2022 aan de bank lezen wij echter dat u de diefstal heeft opgemerkt toen u ‘uw rekening checkte’. Verder stelt u dat u onmiddellijk na vaststelling van de diefstal Card Stop gecontacteerd heeft. Dit komt dus niet overeen met uw verklaring dat u de diefstal om 12u30 vastgesteld zou hebben.

Omdat wij ons hierbij vragen stelden, hebben wij tijdens de bemiddeling aan de bank gevraagd om ons een overzicht te bezorgen van alle tijdstippen waarop u op 25 juni 2022 uw bankapp geraadpleegd heeft. Hieruit blijkt het volgende:

- U heeft uw app na de diefstal een eerste keer geraadpleegd om 11u51. Op dit tijdstip waren de eerste twee geldafhalingen, die vergoed werden door de bank, reeds uitgevoerd. Wij hebben u hiermee geconfronteerd. U stelt echter dat deze verrichtingen op dat moment nog niet zichtbaar waren op uw rekening. Tijdens de bemiddeling heeft de bank bevestigd dat het zeker mogelijk is dat betrokken verrichtingen nog niet zichtbaar waren. De bank zou dit nakijken aan de hand van haar logs. Jammer genoeg zijn betrokken logs reeds verwijderd, waardoor de bank geen tegenbewijs kan leveren. Wij herinneren eraan dat de bank de bewijslast inzake grove nalatigheid draagt.
- Vervolgens heeft u uw mobiele app pas om 15u07 geraadpleegd. Het lijkt echter onmogelijk om te beweren dat u bij deze raadpleging van de app de diefstal zou hebben vastgesteld. Wij moeten immers vaststellen dat uw bankkaart voorafgaand aan dit tijdstip, namelijk om 14u39, geblokkeerd werd via Card Stop.

In ieder geval tonen bovenvermelde tijdstippen aan dat u de diefstal onmogelijk om 12u30 vastgesteld kan hebben. Uw bankkaart was immers gestolen en uw mobiele app werd niet geraadpleegd. De bank kan hiervan geen tegenbewijs leveren.

Wij zijn op basis van voorgaande elementen van mening dat de bank geen bewijs van grove nalatigheid geleverd heeft. Daar de franchise van 50 euro door de bank reeds werd toegepast bij haar eerdere tussenkomst, is de bank bijgevolg gehouden om tussen te komen in uw integrale resterende schade. Tijdens de bemiddeling hebben wij dit dan ook meermaals gevraagd aan de bank. Jammer genoeg wenste de bank hierop niet in te gaan.