



Zorgplicht van banken en eigen verantwoordelijkheid van consumenten bij bankfraude

Een inhoudelijk onderzoek naar de zorgplicht van banken en de eigen verantwoordelijkheid van consumenten toegespitst op specifieke vormen van bankfraude

Scriptie ter afronding van de Master Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht

Tilburg University, Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Scriptiebegeleider: mr. drs. J.J.A. Braspenning

Tweede lezer: mr. J. Diamant

Tilburg Law School (TLS)

Naam: C.C.P.C. Verhoef

ANR: 491199

Datum: 21 juli 2014

Voorwoord

Deze scriptie vormt het sluitstuk van de masteropleiding Rechtsgeleerdheid, accent Privaatrecht, aan Tilburg University. Het betreft een inhoudelijk onderzoek naar de zorgplicht van banken en de eigen verantwoordelijkheid van consumenten in het geval dat zij te maken krijgen met bankfraude. Daarbij richt ik mij op enkele specifieke vormen van bankfraude, namelijk *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel*. Het onderzoek is tussen februari 2014 en juli 2014 verricht.

Mijn dank gaat uit naar mijn scriptiebegeleider, de heer Braspenning. Ik ben hem dankbaar voor de goede begeleiding, zijn inzichten en het vertrouwen dat hij in mij heeft gehad tijdens het schrijven van mijn scriptie. Tevens wil ik mevrouw Diamant bedanken voor het plaatsnemen in de examencommissie.

Ten slotte wil ik ook mijn ouders danken voor hun onvoorwaardelijke steun tijdens mijn hele studie en in het bijzondere gedurende het verrichten van dit afstudeeronderzoek.

Carlijne Verhoef

Den Hout, juli 2014

Inhoudsopgave

Voorwoord.....	2
Inhoudsopgave	3
Lijst met afkortingen	6
Hoofdstuk 1. Inleiding	8
1.1. Achtergrond	8
1.1.1. Modernisering betalingsverkeer.....	8
1.1.2. Toename bankfraude	8
1.2. Probleemstelling	9
1.3. Theoretisch kader	10
1.4. Onderzoeksmethode.....	11
Hoofdstuk 2. Vormen van bankfraude	12
2.1. Inhoud van het begrip bankfraude.....	12
2.1.1. Identiteitsdiefstal.....	12
2.1.2. Identiteitsfraude	12
2.2. Vormen van bankfraude	13
2.2.1. Skimming.....	13
2.2.2. Phishing	13
2.2.3. Trojan	14
2.2.4. Geldezel	15
Hoofdstuk 3. Wettelijk kader	17
3.1. Inleiding	17
3.2. Privaatrecht.....	17
3.2.1. Contractenrecht.....	17
3.2.2. Rechten en plichten van consument en bank	18
3.2.3. Onderzoeks- en informatieplicht	19
3.2.4. Aansprakelijkheid van consument en bank	20
3.2.5. Handhaving	21
3.3. Publiekrecht	22

3.3.1. Inleiding	22
3.3.2. Implementatie van de Europese Richtlijn markten voor financiële instrumenten ..	22
3.3.3. Nieuwe algemene zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht	22
3.3.4. Overige publiekrechtelijke zorgplichtbepalingen en de vergunningsplicht	23
3.3.5. Onderzoeks-, informatie-, waarschuwings- en onthoudingsplicht	24
3.3.6. Handhaving	26
3.4. Verhouding tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplicht	27
Hoofdstuk 4. Zelfregulering en algemene voorwaarden van banken	29
4.1. Inleiding	29
4.2. Nieuwe veiligheidsregels anno 1 januari 2014	29
4.2.1. Achtergrond	29
4.2.2. Nieuwe veiligheidsregels	30
4.3. Algemene Bankvoorwaarden en Code Banken	31
4.3.1. Algemene Bankvoorwaarden	31
4.3.2. Code Banken	32
4.3.3. Vernieuwende Code Banken	32
Hoofdstuk 5. Bijzondere zorgplicht	33
5.1. Wat houdt de bijzondere zorgplicht in?	33
5.2. Bijzondere zorgplicht in uitspraken over bankfraude	34
5.2.1. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij skimming	35
5.2.2. Zorgplichten van de bank bij skimming	36
5.2.3. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij phishing	37
5.2.4. Zorgplicht van de bank bij phishing	37
5.2.5. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij geldezel	38
5.3. Bijzondere zorgplicht in de effectenlease	38
Hoofdstuk 6. Eigen verantwoordelijkheid	40
6.1. Paternalisme en fraternalisme	40
6.2. Bijzondere zorgplicht versus eigen verantwoordelijkheid	41
6.2.1. Gemiddelde consument	41

6.2.2. Privaatrechtelijke eigen schuld ex artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek	42
6.2.3. Publiekrechtelijke eigen verantwoordelijkheid	43
6.2.4. Moral hazard	44
Hoofdstuk 7. Zorgplicht van banken en eigen verantwoordelijkheid van consumenten	45
7.1. Inleiding	45
7.2. Zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid bij skimming, phishing, trojan en geldezel ..	45
7.2.1. De zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid in het geval van bankfraude.....	45
7.2.2. Skimming	49
7.2.3. Phishing	51
7.2.4. Trojan	53
7.2.5. Geldezel	55
Conclusie	57
Literatuur- en jurisprudentielijst	59
Bijlage I	68
Bijlage II	69

Lijst met afkortingen

AA	Ars Aequi
Aanhangsel Handelingen II	Aanhangsel Handelingen Tweede Kamer
ABV	Algemene bankvoorwaarden
ACM	Autoriteit Consument en Markt
AFM	Autoriteit Financiële Markten
Art.	Artikel(en)
AV&S	Aansprakelijk, Verzekering & Schade
Bgfo	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen
Bgfo Wft	Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wet op het financieel toezicht
BW	Burgerlijk Wetboek
d.d.	de dato
DNB	De Nederlandsche Bank
ECLI	European Case Law Identifier
e.a.	en andere(n)
EG	Europese Gemeenschap
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ICT	Informatie- en Communicatietechnologie
Kamerstukken II	Kamerstukken Tweede Kamer
KiFiD	Klachteninstituut Financiële Dienstverlening
KNAW	Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen
MiFID	Markets in Financial Instruments Directive
m. nt.	met noot
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NbBW	Nieuwsbrief Burgerlijk Wetboek
NJ	Nederlands Jurisprudentie
NJB	Nederlandse Juristenblad
NRGfo	Nadere Regeling Gedragstoezicht financiële ondernemingen
Nr(s).	nummer(s)
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NTHR	Nederlands Tijdschrift voor Handelsrecht
NVB	Nederlandse Vereniging van Banken

O&F	Onderneming en Financiering
OM	Openbaar Ministerie
p.	pagina
PSD	Payment Services Directive
Rb.	Rechtbank
r.o.	rechtsoverweging
RvB	Raad van Bestuur
Stb.	Staatsblad
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht en Handelspraktijken
TvFR	Tijdschrift voor Financieel Recht
TvOF	Tijdschrift voor Openbare Financiën
TvPP	Tijdschrift voor Procespraktijk
Wft	Wet op het financieel toezicht
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

Hoofdstuk 1. Inleiding

1.1. Achtergrond

1.1.1. Modernisering betalingsverkeer

In de afgelopen jaren is het betalingsverkeer sterk gemoderniseerd.¹ Betalingen worden elektronisch verricht. Bedrijven en consumenten maken meer gebruik van ICT en het internet. Sterker nog, de samenleving is afhankelijk geworden van deze digitalisering doordat bedrijven, overheden, organisaties en natuurlijke personen dit tevens vaker gebruiken. Als gevolg daarvan zijn de mogelijkheden tot het aanbieden en afnemen van diensten en producten onbegrensd. In het bijzonder worden ook banken en de economische sector afhankelijk van het online betalingsverkeer. Kortom wij leven in een digitaal tijdperk.² Voor zowel de consument als het bedrijfsleven is het elektronisch betalingsverkeer onmisbaar geworden, waardoor betalingssystemen goed moeten werken en het financiële stelsel stabiel moet zijn. Bovendien is het van belang dat consumenten vertrouwen hebben in het huidige geldstelsel en in de partijen onder wiens verantwoordelijkheid het geld valt. Tevens moeten zij vertrouwen op betaalinstrumenten en op een veilig betalingssysteem.³ Natuurlijk moet een bank er ook op kunnen vertrouwen dat consumenten verantwoord met betalingssystemen en betaalmiddelen omgaan.⁴ Hierin gaat de eigen verantwoordelijkheid schuil.

1.1.2. Toename bankfraude

Het toenemende gebruik van het online betalingsverkeer draagt er voornamelijk aan bij dat er steeds meer wordt gefraudeerd.⁵ Tevens ontstaan er door nieuwe communicatiediensten en door de toenemende interconnectiviteit⁶ kwetsbaarheden in het digitale betalingsverkeer, waardoor criminaliteit in de hand wordt gewerkt. Criminelen zien hun kans schoon om daar misbruik van te maken en om daar geld mee afhandig te maken.⁷ Er wordt ondertussen al een behoorlijk aantal jaren gefraudeerd met internetbankieren, creditcards en aanverwante diensten. Daarvan zijn *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel* de meest voorkomende vormen.⁸ Bankfraude is per definitie een vorm van identiteitsfraude.⁹ Identiteitsfraude kent

¹ 'Focus op het betalingsverkeer', *De Nederlandse bank Eurosysteem* – Gepubliceerd in 2008, <www.dnb.nl/binaries/Focus1_tcm46-210338.pdf>. in de periode 1997-2007 een toename van 78% naar 90%.

² Van der Hulst & Neve 2008, p. 13 en 31.

³ 'Focus op het betalingsverkeer', *De Nederlandse bank Eurosysteem* – Gepubliceerd in 2008, <www.dnb.nl/binaries/Focus1_tcm46-210338.pdf>.

⁴ 'Uniforme veiligheidsregels particulieren', *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

⁵ Broeders e.a. 2011, p. 145 en 'Aantal meldingen internetfraude verdrievoudigd', *Volkskrant* – Geraadpleegd op 21 mei 2014, <www.volkskrant.nl/vk/nl/2664/Nieuws/article/detail/3581119/2014/01/21/Aantal-meldingen-internetfraude-verdrievoudigd.dhtml>. In 2012 werden 9.000 meldingen gedaan bij de Fraudehelpdesk over (poging tot) internetfraude en in 2013 werden er 28.000 meldingen gedaan.

⁶ Het koppelen van netwerken, zodat gebruikers van communicatiediensten de mogelijkheid hebben om te communiceren over de grenzen van het netwerk <www.encyclo.nl/begrip/Interconnectie>.

⁷ Molenaar 2007, p. 44.

⁸ 'Veilig bankieren', *Banken.nl* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/veilig-bankieren>, hierop wordt in hoofdstuk 2 nader ingegaan.

⁹ Van Wilsem 2012, p. 98.

verschillende verschijningsvormen, waaronder het gebruik van andermans inloggegevens om zonder toestemming geld van een bankrekening af te schrijven, om een nieuwe creditcard aan te vragen of om een boete voor een overtreding te ontlopen.¹⁰ Deze scriptie richt zich hoofdzakelijk op het gebruik van andermans inloggegevens waarmee zonder toestemming van de consument geld van de bankrekening wordt afgeschreven.¹¹

1.2. Probleemstelling

In beginsel kenden banken in het geval van bankfraude een coulancebeleid. Over het algemeen leverde dit een vergoeding van bijna alle schade op. Echter, in de afgelopen jaren is deze grens verschoven. Banken zijn meer van een consument gaan verwachten.¹² Bovendien wordt de bewijslast steeds vaker omgedraaid en spelen banken meer in op de bewustwording van de consument doordat overheidsorganisatie dagelijks waarschuwen voor bankfraude.¹³ Aan het begrip ‘bewustzijn’ wordt dus meer waarde gehecht, ook heeft het begrip ‘eigen schuld’ uit het aansprakelijkheidsrecht een andere invulling gekregen.¹⁴

Aan banken wordt in artikel 7:529 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) het recht verschaft om consumenten niet schadeloos te stellen indien zij nalatig en onzorgvuldig handelen. Echter, onduidelijk blijft wat daaronder moet worden verstaan, waardoor het vertrouwen van de consument wordt aangetast.¹⁵ Bovendien verschuilen banken zich te gemakkelijk achter het feit dat zij de consument hebben gewaarschuwd voor het risico op bankfraude, waardoor de aansprakelijkheid voor de schade in de schoenen van de consument wordt geschoven.¹⁶ Er is dus onduidelijk over de positie van banken en consumenten in het geval van bankfraude, waardoor moeilijk kan worden bepaald waar de grenzen van de eigen verantwoordelijkheid van consumenten en de zorgplicht van banken liggen. Tevens kan daardoor nauwelijks worden vastgesteld in hoeverre de consument aansprakelijk is voor de geleden schade.

Sinds 1 januari 2014 zijn er nieuwe veiligheidsregels voor consumenten in werking getreden.¹⁷ Deze regels geven weer wat onder nalatig en onzorgvuldig gedrag van consumenten moet worden verstaan en geven duidelijkheid over de grens van de eigen verantwoordelijkheid, echter verhelpen het probleem niet. De bewijslast wordt immers als gevolg daarvan grotendeels bij de consument gelegd en consumenten worden toch weer afhankelijk van het coulancebeleid en de willekeur van een bank. Bovendien lijkt de grens

¹⁰ Wilsem e.a. 2013, p. 360.

¹¹ Enkele voorbeelden: Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013 en Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2749.

¹² Van der Meulen 2012, p. 8.

¹³ ‘Banken vergoeden schade cybercrime niet meer’, *We Secure IT* – Geraadpleegd op 5 juli 2014, <www.wesecureit.nl/blog/banken-vergoeden-schade-cybercrime-niet-meer>.

¹⁴ Van der Meulen 2012, p. 8.

¹⁵ Bij nalatig en onzorgvuldig gedrag, leeft de consument de verplichtingen voor het veilig gebruik van betaalinstrumenten niet na (zie: geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013.).

¹⁶ Van der Meulen 2012, p. 7-9.

¹⁷ ‘Uniforme veiligheidsregels particulariseren’, *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

van grove nalatigheid mee te verschuiven in het nadeel van de consument, waardoor de consument in een onzekere positie terechtkomt en zijn vertrouwen wordt ondermijnd.¹⁸

Uit vooronderzoek is gebleken dat bij iedere vorm van bankfraude de bank en de consument een andere of beperktere rol spelen, waardoor mijns inziens per vorm van bankfraude de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid een andere invulling behoeft.

De onderzoeksvraag van dit onderzoek wordt als volgt geformuleerd:

“Hoe ver reikt de zorgplicht van banken en de eigen verantwoordelijkheid van consumenten bij bankfraude en verschilt dit per specifieke vorm (skimming, phishing, trojan en geldezel) van bankfraude?”

1.3. Theoretisch kader

In deze scriptie staat de relatie tussen de consument en de bank¹⁹ centraal. Daarvoor zijn de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke regelgeving van belang. Tevens speelt de zelfregulering van banken daarbij een rol. Op het moment dat een consument te maken krijgt met bankfraude, komt er een derde partij in beeld, de fraudeur. Op zijn frauduleus handelen is het strafrecht van toepassing. Echter, binnen deze scriptie wordt deze derde partij en de daarop van toepassing zijnde strafrechtelijke regelgeving buiten beschouwing gelaten.

De contractuele relatie tussen de consument en de bank, in het specifieke geval waarin een consument een betaalrekening opent, vormt het uitgangspunt. Binnen deze relatie wordt de focus gelegd op de meest voorkomende vormen van bankfraude: *skimming, phishing, trojan* en *geldezel*.²⁰ Doordat uit vooronderzoek is gebleken dat de rol van de consument bij ieder van deze vormen van bankfraude verschillend is, is het onderzoekswaardig om te bepalen welke regels er al zijn over de eigen verantwoordelijkheid van consumenten en over de zorgplicht van banken, en welke regelgeving nog ontbreekt. Onder het begrip zorgplicht wordt verstaan: *het rekening houden met de belangen van de wederpartij door deze te beschermen, te bevorderen of te ontzien. Tjong Tjin Tai definieert het als een verplichting gericht op het handelen of nalaten van één of meer concrete belangen van een object of een persoon*.²¹ In Nederland komt de privaatrechtelijke zorgplicht voor de contractuele relatie terug in artikel 6:2 en 6:248 BW en in het publiekrecht in artikel 4:24a Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft). Het privaatrecht kent tevens nog in artikel 7:401 BW een algemene zorgplicht voor opdrachtgevers. De bijzondere zorgplicht heeft vanuit de jurisprudentie²² diverse invullingen verkregen. Hoe met deze zorgplichten in de praktijk wordt omgegaan is

¹⁸ ‘SP en PvdA niet tevreden over nieuwe regels internetbankieren’, *security.nl* – Geraadpleegd op 5 juli 2014, <www.security.nl/posting/372159/>.

¹⁹ In dit onderzoek gaat het niet om een specifieke bank, maar om ‘de bank’ in de algemene zin van het woord.

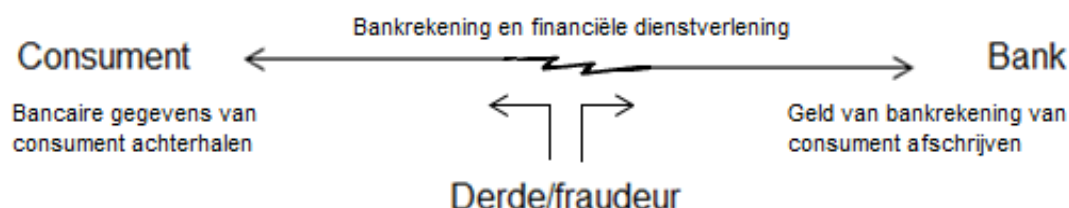
²⁰ ‘Veilig bankieren’, *Banken.nl* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/veilig-bankieren>.

²¹ Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

²² Zie bijvoorbeeld: HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 en 183 (De Treek/Dexia).

van belang voor dit onderzoek. Op het moment dat een consument een betaalrekening opent, gaat een consument akkoord met Algemene bankvoorwaarden (hierna: ABV) en met voorwaarden over betaalrekeningen en betaaldiensten.²³ Deze voorwaarden bestaan uit gestandaardiseerde informatie, waarbij van de gemiddelde consument wordt uitgegaan.²⁴ Daarom wordt in deze scriptie de *gemiddelde consument* als uitgangspunt genomen. In dit onderzoek speelt advisering geen rol, waardoor daaraan geen aandacht wordt besteed.

Figuur 1. Schematische weergave van de verhoudingen bij bankfraude



1.4. Onderzoeksmethode

Voor de beantwoording van de onderzoeksvraag wordt literatuuronderzoek verricht en een jurisprudentieanalyse gedaan, waarin zowel gebruik wordt gemaakt van de civiele rechtspraak, als van uitspraken van het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (hierna: KiFiD). Tevens wordt gebruikt gemaakt van wettelijke bepalingen over de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid. Hiervoor zijn het privaatrecht, boek 6 en 7 van het BW en het publiekrecht, meer specifiek de Wft, belangrijk. Ook wordt aandacht besteed aan de ABV en aan de zelfregulering van banken, waaronder de nieuwe veiligheidsregels en Code Banken. Door het beperkte aantal bronnen over de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid ten aanzien van de afzonderlijke vormen van bankfraude, wordt in dit onderzoek vooral gebruik gemaakt van algemene literatuur, regelgeving en jurisprudentie. Er wordt onder andere gekeken naar jurisprudentie over de effectenlease, omdat daarin invulling is gegeven aan de zorgplicht, de eigen verantwoordelijkheid en de gemiddelde consument.²⁵ Bovendien wordt bepaald wat de literatuur hierover uiteenzet, in hoe verre vanuit de jurisprudentie en vanuit uitspraken van het KiFiD al een zekere invulling hieraan is gegeven en waarover nog onduidelijkheid bestaat. Voorts wordt onderzocht wat deze uitwerkingen kunnen betekenen voor *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel*. Daarbij wordt geen eenduidige vertaalslag gemaakt vanuit de effectenlease en de overige literatuur naar deze vormen van bankfraude, maar wordt vanuit deze informatie geanalyseerd welke betekenis dit heeft, gekeken naar de rol van de bank en de consument bij *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel*.

²³ Dit is na telefonisch contact met Rabobank gebleken. Zie bijvoorbeeld: Algemene voorwaarden betaalrekeningen en betaaldiensten van de Rabobank 2014.

²⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321, in hoofdstuk 6 wordt hierop nader ingegaan.

²⁵ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684 (Levob/Bolle), HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 en 183 (De Treck/Dexia) en HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

Hoofdstuk 2. Vormen van bankfraude

2.1. Inhoud van het begrip bankfraude

2.1.1. Identiteitsdiefstal

Bankfraude is een vorm van identiteitsfraude, waarbij de identiteit wordt gestolen en wordt aangewend voor financieel gewin. Het in handen krijgen van persoonlijke gegevens is de eerste stap.²⁶ Doorgaans staan consumenten door eigen toedoen persoonlijke gegevens af, deze gegevens kunnen tevens via het hacken van bedrijfssystemen of het omkopen van personeel worden verkregen.²⁷ Ook *skimming*, *phishing* en *spyware* zijn methodes waarmee persoonlijke gegevens worden achterhaald.²⁸ Naast het online inwinnen van gegevens, kan dit ook offline plaatsvinden door het doorzoeken van brievenbussen of van het huisafval.²⁹ Bovendien profiteren fraudeurs van hetgeen via *social media* wordt geopenbaard. Door het gebruik van deze persoonlijke gegevens kunnen identiteiten worden achterhaald, waarmee illegale handelingen kunnen worden verricht. Dit gaat vaak gepaard met *phishing* of *malware*. Voornamelijk de combinatie van inlogcodes en persoonlijke gegevens maken het frauderen mogelijk. In principe is voor fraudeurs het in handen krijgen van persoonlijk gegevens geen doel op zich. Het gaat erom dat met deze gegevens andere criminele delicten gemakkelijker kunnen worden gerealiseerd of zelfs kunnen worden gestimuleerd.³⁰ Uit onderzoek blijkt dat naarmate meer persoonlijke informatie van een consument vindbaar is, de kans wordt verhoogd om de dupe te worden van identiteitsfraude.³¹

2.1.2. Identiteitsfraude

Nadat de persoonlijke gegevens in handen van fraudeurs zijn gekomen wordt de volgende stap gezet: het daadwerkelijk overgaan tot de identiteitsfraude.³² Identiteitsfraude houdt in dat persoonlijke identificerende gegevens of vertrouwelijke informatie van consumenten in handen van fraudeurs komen en worden misbruikt om consumenten daarmee op te lichten.³³ Over het algemeen zijn fraudeurs bij bankfraude uit op een financieel gewin.³⁴ In de meeste situaties worden bankrekeningen aangetast of worden online aankopen verricht, aldus Molenaar.³⁵ Identiteitsfraude wordt daarnaast verricht met het doel om geld op te nemen, op valse naam creditcards aan te vragen of zelfs in te breken in bedrijfssystemen.³⁶

²⁶ Van Wilsem 2012, p. 98.

²⁷ Van der Hulst & Neve 2008, p. 59.

²⁸ Van Wilsem 2012, p. 98-99, hierop wordt later in dit hoofdstuk ingegaan.

²⁹ Van Wilsem e.a. 2010, p. 346.

³⁰ Van der Hulst & Neve 2008, p. 59-60, bijvoorbeeld door persoonlijke gegevens, vindbaar via *social media*.

³¹ Van Wilsem e.a. 2010, p. 352.

³² Van Wilsem 2012, p. 98.

³³ Van der Hulst & Neve 2008, p. 59.

³⁴ Van Wilsem 2012, p. 98.

³⁵ Molenaar 2007, p. 48.

³⁶ Van der Hulst & Neve 2008, p. 59.

2.2. Vormen van bankfraude

2.2.1. Skimming

Skimming houdt in dat bankgegevens of creditcardgegevens van de rekeninghouder onopgemerkt worden gekopieerd.³⁷ Aanvankelijk deed *skimming* zich alleen voor bij het opnemen van geld bij geldautomaten. Maar tegenwoordig komt *skimming* ook voor bij betaal- en verkoopautomaten.³⁸ Fraudeurs kijken over de schouder mee of plaatsen een minicamera in de automaat waarmee de pincode kan worden achterhaald. Tevens worden opzetstukken in automaten geplaatst waarmee de magneetstrip van een betaalmiddel kan worden afgelezen, waardoor vervolgens pinpassen worden gekopieerd en geld kan worden afgeschreven.³⁹ Om te voorkomen dat *skimming* zich in de toekomst vaker voordoet hebben pinpassen, in plaats van een magneetstrip, een chip gekregen. Het betreft de EMV-chip, vernoemd naar de initiatiefnemer Europay, MasterCard en Visa. Echter, fraudeurs zitten niet stil en hebben een nieuwe methode bedacht, genaamd '*card trapping*'. Daarbij plaatsen fraudeurs klemmetjes in pinautomaten. De bedoeling hiervan is dat pinpassen in een pinautomaat blijven hangen en de consument vermoedt dat de pinpas niet wordt teruggegeven vanwege een storing. Wanneer een consument wegloopt, grijpen fraudeurs hun kans en halen de pinpas uit de automaat. Ondertussen hebben zij ook de pincode achterhaald, waarna zij direct overgaan tot het afschrijven van geldbedragen.⁴⁰ De zichtbaarheid is dus van wezenlijk belang, doordat de ingetoetste pincode wordt geobserveerd door fraudeurs. Hoe zichtbaarder een betalingshandeling door de consument wordt verricht, hoe groter het risico op identiteitsfraude wordt.⁴¹ Bij *skimming* wordt hoofdzakelijk gebruikgemaakt van miniatuurcamera's, spiegels en nepptoetsenborden.⁴²

2.2.2. Phishing

Een andere vorm van bankfraude, is *phishing*.⁴³ Het woord is een samentrekking van *password harvesting* *fishing*⁴⁴ en bestaat uit drie componenten: *the Lure*, *the Hook* en *the Catch*. *The Lure* houdt in dat fraudeurs bijvoorbeeld in grote getalen e-mails versturen,

³⁷ 'Hoe voorkom ik dat criminelen mijn creditcard of bankpas skimmen?', *Rijksoverheid* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/paspoort-en-identificatie/vraag-en-antwoord/wat-is-skimmen-en-hoe-kan-ik-voorkomen-dat-andere-mijn-betaalgegevens-zien.html>.

³⁸ 'Focus op het betalingsverkeer', *De Nederlandse Bank Eurosysteem* – Gepubliceerd in 2008, <www.dnb.nl/binaries/Focus1_tcm46-210338.pdf>.

³⁹ 'Skimmen', *Rabobank* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.rabobank.nl/particulieren/lokalebanken/wnb/nieuws/items/skimmen>.

⁴⁰ 'Politie waarschuwt voor nieuwe vorm van skimmen', *nu.nl* - Gepubliceerd op 11 juli 2013, <www.nu.nl/internet/3523565/politie-waarschuwt-nieuwe-vorm-van-skimmen.html>.

⁴¹ Van Wilsem 2012, p. 101.

⁴² Van der Hulst & Neve 2008, p. 191.

⁴³ 'Wat is internetfraude en waar kan ik dit melden?', *Rijksoverheid* – Geraadpleegd op 24 oktober 2013, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internet/vraag-en-antwoord/wat-is-internetfraude-en-waar-kan-ik-dit-melden.html>.

⁴⁴ Schwabach 2006, p. 233.

lijkende op e-mails afkomstig van legitieme instellingen die actief zijn op het internet.⁴⁵ De e-mail bevat een overtuiging waardoor gebruikers worden verleid om in een bericht door te klikken naar een website en daar over te gaan tot het verstrekken van de op de website gevraagde persoonlijke informatie.⁴⁶ *The Hook* houdt in dat fraudeurs het uiterlijk van een website van een legitieme instelling nabootsen en daarmee inspelen op het vertrouwen van consumenten om de benodigde gegevens te verkrijgen. Het gaat voornamelijk om gebruikersnamen, wachtwoorden, sociale zekerheidsnummers (in Verenigde Staten), factuuradressen, bankrekeningnummers en creditcard nummers. *The Catch* is de laatste stap van een *phishing-attack*. De fraudeur gebruikt de verschaftte gegevens om te frauderen of om de identiteit te stelen.⁴⁷ Deze vorm van bankfraude kan tevens telefonisch plaatsvinden.⁴⁸ Indien een consument via de telefoon met *phishing* te maken krijgt, dan wordt door een ‘bankmedewerker’ gevraagd naar codes en andere vertrouwelijke informatie. Zij doen zich voor als een medewerker van de bank en proberen door middel van een geloofwaardig verhaal consumenten te overtuigen om bepaalde gegevens te verstrekken.⁴⁹ Bij *phishing* draait het dus om het onbedoeld verstrekken van gegevens, dat tot gevolg heeft dat wordt gefraudeerd met de eigen identiteit.⁵⁰ Daarbij wordt op slimme wijze ‘gehengeld’ naar financiële gegevens en persoonsgegevens, waarmee fraudeurs vervolgens diensten uit naam van de consument gaan verrichten.⁵¹ Als gevolg daarvan verliezen consumenten forse geldbedragen en proberen zij deze schade op de bank te verhalen.⁵²

2.2.3. Trojan

Banken kunnen *trojan* nauwelijks voorkomen.⁵³ Daarbij worden programma’s ontwikkeld en gebruikt om geld van online bankrekeningen te stelen.⁵⁴ Fraudeurs bewerkstelligen dit door zich via een programma toegang te verschaffen tot de computer van de consument en daardoor gegevens van de consument te achterhalen.⁵⁵

De programma’s worden door specialisten gemaakt en geïnstalleerd op computers, waarmee fraudeurs vervolgens onopgemerkt vertrouwelijke informatie van gebruikers

⁴⁵ Zie bijlage I.

⁴⁶ Jakobsson & Myers, 2007, p. 5.

⁴⁷ Jakobsson & Myers, 2007, p. 5-6.

⁴⁸ ‘Telefonische phishing in beeld’, *Consumentenbond* – Geraadpleegd op 22 november 2013, <www.consumentenbond.nl/actueel/nieuws/nieuwsoverzicht-2012/Telefonische-phishing-in-beeld/>.

⁴⁹ ‘Phishing via de telefoon’, *ING* – Geraadpleegd op 8 februari 2014, <www.ing.nl/de-ing/veilig-bankieren/meest-voorkomende-bankfraude/phishing-via-de-telefoon/>.

⁵⁰ Van Wilsem e.a. 2010, p. 346.

⁵¹ Koops 2012, p. 16.

⁵² ‘Wat is internetfraude en waar kan ik dit melden?’, *Rijksoverheid* – Geraadpleegd op 24 oktober 2013, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internet/vraag-en-antwoord/wat-is-internetfraude-en-waar-kan-ik-dit-melden.html>.

⁵³ ‘Trojan’, *Banken.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/trojan>.

⁵⁴ ‘Trojaans paard verspreidt zich via snelkoppeling’, *Fraudehelpdesk.nl* – Gepubliceerd op 31 augustus 2012, <www.fraudehelpdesk.nl/nieuwsbericht/trojaans_paard_verspreidt_zich_via_snelkoppeling>.

⁵⁵ ‘Nederland getroffen door omvangrijke bankfraude’, *Nu.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.nu.nl/internet/2844361/nederland-getroffen-omvangrijke-bankfraude.html>.

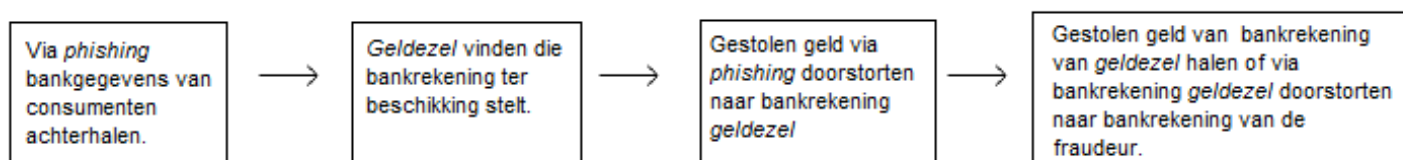
proberen zich toe te eigenen. Daarnaast kunnen zij data verzamelen en systemen beschadigen of toegang tot computers geven.⁵⁶ In eerste instantie lijkt het nuttig als een programma zich op de harde schijf installeert en daarbij onzichtbare software installeert. Echter, bij *trojan* worden poorten opengezet waardoor ongeautoriseerde toegang tot de computer wordt verschaft.⁵⁷

2.2.4. Geldezel

Een *geldezel* heet in de volksmond een *katvanger* of *money mule*. Deze vorm van bankfraude houdt in dat een consument zijn of haar bankrekening laat misbruiken voor criminele handelingen. Over het algemeen staat hier een beloning tegenover. Het doel van fraudeurs is dat op deze manier hun identiteit nauwelijks kan worden achterhaald.⁵⁸ Zij zoeken *geldezels*, vertellen een mooi verhaal en vragen of uw bankrekening gebruikt mag worden om via die bankrekening geld over te maken. Over het algemeen verrichten geldezels deze transacties regelmatig naar buitenlandse bankrekeningnummers en beloven zij aan de *geldezel* een gedeelte van het geldbedrag als vergoeding voor de te verrichten handelingen. Een andere wijze waarop deze vorm van fraude plaatsvindt, is dat criminelen vragen om de pincode en pinpas. Zij storten het gestolen geld op de rekening van de *geldezel* en storten het geld vervolgens met de pinpas en pincode van de *geldezel* door naar de eigen rekening of nemen het geld op bij een pinautomaat.⁵⁹

Ook bij deze vorm van bankfraude kan *phishing* zich voordoen. Via een e-mail wordt de rekeninghouder doorgestuurd naar de website die oogt als de website van de eigen bank. Door vervolgens handelingen op deze website te verrichten komen de bankgegevens in handen van fraudeurs. Met deze informatie, kunnen fraudeurs geld overboeken van de rekening van de gedupeerde van *phishing* naar de rekening van de *geldezel*. Vervolgens haalt de fraudeur met de pinpas en pincode van de *geldezel* het gestolen geld van de rekening van de *geldezel*.⁶⁰

Figuur 2. Schematische weergave van geldezel in combinatie met phishing



⁵⁶ Van der Hulst & Neve 2008, p. 19.

⁵⁷ Faber e.a. 2010, p. 14.

⁵⁸ 'Geldezels', *Veilig bankieren* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.veiligbankieren.nl/nl/internetbankieren/geldezels.html>.

⁵⁹ 'Geldezels: Werkwijze crimineel', *Veilig bankieren* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.veiligbankieren.nl/nl/internetbankieren/geldezels/werkwijze-crimineel.html>.

⁶⁰ 'Ben jij een geldezel', *Nos.nl* – Gepubliceerd op 22 juni 2011, <www.nos.nl/op3/artikel/250235-ben-jij-een-geldezel.html>.

Vormen van bankfraude	Waar vindt fraude plaats?	Rol van de consument	Rol van de bank	Rol van de fraudeur
Skimming 1. Pinpas kopiëren 2. Card trapping'	Geld-, betaal- en verkoopautomaten.	1.Eventuele onvoorzichtigheid bij invoer van betaalgegevens en gebruik van onbetrouwbare geld-, betaal- en verkoopautomaten. 2.Automaat gebruiken waarin betaalpas verdwijnt en na inslikken weglopen.	De bank speelt hierbij nauwelijks een rol.	1. Aflezen van de pincode via een camera of door over de schouder van consument mee te kijken, magneetstrip aflezen en het ongemerkt kopiëren van bankgegevens en creditcardgegevens. 2. Aflezen van de pincode via een camera of door over de schouder van consument mee te kijken en het plaatsen van een klemmetje in een automaat, waardoor de automaat de bankpas inslikt.
Phishing	Voornamelijk telefonisch of via de e-mail.	Het aan de fraudeur verlenen van de gevraagde persoonlijke of bancaire gegevens.	Er wordt uit naam van de bank gehandeld: - Versturen van e-mails die ogen als officiële e-mails van de bank. - Het telefonisch voordoen als een medewerker van de bank.	Telefonisch of via de e-mail op slimme wijze vragen om bancaire of persoonlijke gegevens.
Trojan	Programma installeert zich op de harde schijf.	- Computer bevat niet de meest actuele updates. - Geen goede virusscan.	Banken kunnen dit virus nauwelijks voorkomen.	Het installeren van het programma's op de harde schrijf, de computer overnemen en het eigen maken van bepaalde gegevens via de computer.
Geldezels	Consumenten worden op diverse manieren benaderd.	Het beschikbaar stellen van de bankrekening of betaalpas en pincode.	De bank speelt hierin in principe geen rol.	Het benaderen van consumenten om gebruik te maken van hun betaalpas en pincode of betaalrekening, om vervolgens crimineel geld door te storten.

Figuur 3. Schematisch overzicht van de afzonderlijke vormen van bankfraude

Hoofdstuk 3. Wettelijk kader

3.1. Inleiding

De Nederlandse wetgeving over bankfraude, meer specifiek met betrekking tot financiële producten en diensten, kent een Europeesrechtelijke oorsprong, doordat Europese wetgeving wordt geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving.⁶¹

Op 1 november 2009 is de Richtlijn Betaaldiensten,⁶² ook wel genoemd de *Payment Services Directive* (hierna: PSD) geïmplementeerd. Bepalingen uit deze richtlijn zijn grotendeels letterlijk geïmplementeerd, omdat zij zoveel mogelijk in overeenstemming met de richtlijn moeten worden uitgelegd.⁶³ Het voornaamste doel daarvan is het harmoniseren van de interne markt voor betaaldiensten. Hierdoor wordt het voor banken mogelijk om te concurreren op de betaalmarkt en moet dit uiteindelijk leiden tot een efficiënter en kostenbesparend betalingsverkeer. Deze harmonisatie is tweeledig. In privaatrechtelijke regelgeving wordt de relatie tussen banken en consumenten vastgelegd en in het publiekrecht wordt de markttoegang voor banken gereguleerd door middel van een vergunningstelsel.⁶⁴ De PSD is gedeeltelijk in het BW en in de Wft geïmplementeerd en richt zich op informatieverplichtingen over betaaldiensten. Bij de vergunningsplicht voor betaaldienstverleners gaat het voornamelijk om diensten waarbij betalingstransacties worden uitgevoerd.⁶⁵ Deze plicht komt hoofdzakelijk terug in de Wft. De PSD bevat ook gedragsregels die zijn geïmplementeerd in het BW en die van belang zijn voor de relatie bank en consument. Hieruit volgen rechten en plichten van consumenten en banken.⁶⁶

De wet spreekt over *betaaldienstgebruiker* en *betaaldienstverlener*, maar in dit onderzoek wordt gebruik gemaakt van de bewoordingen 'consument' en 'bank' of 'financiële instelling'.

3.2. Privaatrecht

3.2.1. Contractenrecht

Als een consument wil deelnemen aan het girale betalingsverkeer dan moet een consument een daartoe strekkende overeenkomst met een bank naar keuze aangaan.⁶⁷ Deze overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding.⁶⁸ Een onderdeel daarvan zijn de algemene voorwaarden. Deze algemene voorwaarden die een bank stelt binnen een overeenkomst mogen niet onredelijk bezwarend zijn en de bank moet de consument de mogelijkheid geven voldoende kennis daarvan te nemen.⁶⁹

⁶¹ Voorbeeld: Richtlijn 2007/64/EG en *Stb.* 2009, 436.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 29.

⁶⁴ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 1-2.

⁶⁵ Voorbeeld: overboekingen en automatische debitering.

⁶⁶ Wibier & labeur 2010, p. 5.

⁶⁷ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 29.

⁶⁸ Artikel 6:217 BW.

⁶⁹ Artikel 6:233 BW, op straffe van vernietigbaarheid van het beding in de algemene voorwaarden.

Sinds 1 november 2009 is aan Titel 7 van het BW een nieuwe titel toegevoegd. De nieuwe Titel 7b kent voorschriften die van toepassing zijn op betalingstransacties. Deze voorschriften richten zich op de rechtsverhouding tussen een consument en een bank waarin zich raamovereenkomsten⁷⁰ of eenmalige betalingstransacties voordoen (artikel 7:515 lid 1 BW). Er is voor gekozen om de Richtlijn Betaaldiensten onder een aparte titel in Boek 7 van het BW te implementeren, zodat het contractenrecht tevens op betalingstransacties van toepassing is, voor zover het contractenrecht verenigbaar is met deze richtlijn.⁷¹ Indien een consument een betalingsverplichting heeft tegenover een wederpartij, dan kan op grond van artikel 6:114 lid 1 BW een geldschuld worden nageleefd door het verrichten van een girale overschrijving op de betaalrekening van de wederpartij. Aan deze girale betaling ligt een opdracht van de consument aan de bank ten grondslag.⁷² Voor het verrichten van die betaalopdracht is instemming van de consument vereist overeenkomstig de vorm en procedure zoals de consument en de bank dit zijn overeengekomen. Bij het ontbreken van een dergelijke instemming, wordt een betalingstransactie aangemerkt als 'niet toegestaan'.⁷³

3.2.2. Rechten en plichten van consument en bank

De wet kent in artikel 7:401 BW een algemene zorgplicht. Echter, deze is gericht op de relatie opdrachtgever en opdrachtnemer. De bijzondere zorgplicht richt zich op de deskundige positie van de bank jegens de consument. Deze privaatrechtelijke open norm verkrijgt binnen de contractuele relatie invulling door de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 jo 6:248 lid 1 BW). Bij het ontbreken van een dergelijke rechtsbetrekking rust op de bank tevens een bijzondere zorgplicht, maar wordt daarbij de invulling bepaald aan de hand van de maatschappelijke betamelijkheid. Deze betamelijkheidsnorm stelt overeenkomstige eisen van redelijkheid en billijkheid aan de bank en kent een grondslag in artikel 6:162 BW.⁷⁴

Gekeken naar de verdere rechten en plichten, blijkt uit artikel 7:523 lid 1 BW dat de consument met de bank een uitgavenlimiet kan overeenkomen voor betalingen die worden verricht met een betaalinstrument.⁷⁵ Een bank kan het gebruik van een betaalinstrument blokkeren indien er sprake is van een objectief gerechtvaardigde reden. Er is sprake van een objectief gerechtvaardigde reden als a) de veiligheid van het betaalinstrument in het gedrang komt, b) niet-toegestaan of frauduleus gebruik van het betaalinstrument wordt vermoed of c) er een aanzienlijk risico bestaat dat de consument niet in staat is om betaalverplichtingen te

⁷⁰ Een raamovereenkomst is op basis van artikel 7:514 sub o BW: 'overeenkomst die de uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en die verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten'.

⁷¹ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 892, nr. 3, p. 29.

⁷² Bierens 2012, p. 76 en artikel 7:522 lid 1 BW.

⁷³ Artikel 7:522 lid 2 BW.

⁷⁴ Cortenraad 2012, p. 2, in hoofdstuk 5 wordt nader ingegaan op deze bijzondere zorgplicht.

⁷⁵ Een betaalinstrument is op grond van artikel 7:514 sub g BW: 'Gepersonaliseerd instrument of gepersonaliseerde instrumenten of het geheel van procedures, overeengekomen tussen betaaldienstgebruiker en betaaldienstverlener, waarvan de betaaldienstgebruiker gebruik maakt om een betaalopdracht te initiëren'.

vervullen. Op de bank rust daarbij de plicht om de consument voorafgaand aan de blokkade, of indien niet mogelijk, onverwijld daarna van de blokkade op de hoogte te brengen.⁷⁶

De consument, die gemachtigd is tot gebruik van een betaalinstrument, dient deze overeenkomstig de veiligheidsvoorwaarden die op de uitgifte en het gebruik van het betaalinstrument rusten, te gebruiken. Bovendien is de consument verplicht om de bank in kennis te stellen over verlies, diefstal, onrechtmatig gebruik of niet-toegestaan gebruik van het betaalinstrument. Bij uitgifte van het instrument is de consument enerzijds verplicht redelijke maatregelen over de uitgifte en het gebruik van het betaalmiddel te nemen, om daarmee de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken te waarborgen.⁷⁷ Anderzijds rust op de bank de plicht om zorg te betrachten zodat de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken van een betaalinstrument niet voor andere partijen toegankelijk zijn. Een bank moet er tevens voor zorgen dat er passende middelen beschikbaar zijn om kennis te geven over verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik en moet een blokkering opheffen als daartoe geen reden meer is.⁷⁸ Daarnaast moet een bank binnen 18 maanden na kennisgeving aan de consument middelen ter bewijs van kennisgeving door de consument verstrekken en erop toezien dat een betaalinstrument nog in gebruik kan worden genomen na kennisgeving overeenkomstig artikel 7:524 lid 1 sub b BW.⁷⁹

3.2.3. Onderzoeks- en informatieplicht

Op een bank rust een *onderzoeksplicht*, ook bekend onder de naam 'ken uw cliënt-regel'. Het verplicht financiële instellingen om inlichtingen voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst in te winnen, zodat aan de hand daarvan kan worden bepaald of de inhoud van de overeenkomst overeenstemt met de belangen van de consument. Van belang zijn enkel de gegevens die bepalen of de overeenkomst strookt met de belangen van de consument.⁸⁰ In het civiele recht is het van belang dat bij risicovolle producten en diensten die op een brede markt worden aangeboden, banken op de hoogte zijn van de wensen en mogelijkheden van consumenten.⁸¹ Naast de onderzoekplicht bestaat er ook een zekere *informatieplicht*. Hierbij heeft de wetgever de *gemiddelde consument* als maatstaf genomen. De informatieplicht vormt de hoeksteen van de consumentenbescherming en bepaalt hoe invulling wordt gegeven aan de eigen verantwoordelijkheid van de consument.⁸² Deze speelt in de pre-contractuele fase een belangrijke rol, omdat in dat stadium door goede informatieverstrekking civielrechtelijk leed kan worden voorkomen. Tevens draagt dit bij aan de onderzoeksplicht, want hoe beter de inhoud van de informatie is, des te gemakkelijker

⁷⁶ Artikel 7:523 lid 2 en 3 BW, consumenten informeren op een in de raamovereenkomst overeengekomen wijze.

⁷⁷ Artikel 7:524 lid 1 sub b en 7:524 sub b jo 7:524 lid 2 BW, zie voor meer informatie hoofdstuk 4.

⁷⁸ Artikel 7:525 lid 1 sub a en c BW en artikel 7:523 lid 4 BW.

⁷⁹ Artikel 7:525 lid 1 sub d en e jo artikel 524 lid 1 sub b BW.

⁸⁰ Cortenraad 2012, p. 7.

⁸¹ Van Baalen 2006, p. 77.

⁸² Horsten 2007, p. 190, zie voor meer informatie hoofdstuk 6.

een consument kan oordelen over de geschiktheid van een product of dienst en des te meer het belang van de onderzoeksplicht afneemt.⁸³ Rechtbank Utrecht heeft in 2006 geoordeeld dat belangrijke informatie niet zodanig mag worden verspreid over documenten, dat de aan het product gekoppelde kenmerken niet toegankelijk zijn.⁸⁴ Voor alle type informatievervalsing geldt de hoofdregel, dat daarin het volgende moet staan: a) de werkwijze, b) kenmerkende eigenschappen van de dienst, c) specifieke risico's en d) uiteenzetting van de kosten. Het niet naleven van deze regels kan een beroep op dwaling (artikel 6:228 BW) of op vergoeding wegens misleidende mededeling (artikel 6:194 BW) tot gevolg hebben. Echter, het BW kent een eigen schuld-correctie op deze schadevergoedingsplicht.⁸⁵

3.2.4. Aansprakelijkheid van consument en bank

Uit het arrest Van de Klundert/Rabobank is gebleken dat een consument over het algemeen een bank aansprakelijk kan stellen op grond van a) wanprestatie of b) onrechtmatige daad indien de bank haar zorgplicht schendt.⁸⁶ Consumenten kunnen een bank tevens aansprakelijk stellen voor niet-toegestane of foutieve betalingstransactie op grond van artikel 7:543, 7:544 en 7:545 BW.⁸⁷ De door de bank gemaakte fout wordt hersteld in het geval de consument direct én binnen dertien maanden na de datum waarop de betaalrekening van de consument is gedebiteerd, kennis geeft van deze transactie.⁸⁸ Bovendien rust op de bank de bewijslast indien een bank beweert dat zij niet heeft ingestemd met een uitgevoerde betalingstransactie of een betalingstransactie niet correct is uitgevoerd. Een bank moet dan aantonen dat de transactie niet is geauthentiseerd, goed is geregistreerd en is geboekt, en dat er geen sprake is van een technische storing of een ander falen.⁸⁹

Op de consument rust een eigen risico ten bedrage van € 150,- in situaties waarin de niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument. Bovendien geldt dit eigen risico voor het nalaten van de veiligheid van gepersonaliseerde veiligheidskenmerken uit onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument. Deze eigen risicogrens geldt echter niet voor consumenten die frauduleus handelen, of die opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit artikel 7:524 BW niet naleven. Het gehele verlies komt in dat geval voor eigen rekening van de consument.⁹⁰

⁸³ Van Baalen 2006, p. 75.

⁸⁴ Rb. Utrecht 29 november 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ3654 r.o. 4.37 (Sprintplan).

⁸⁵ Van Baalen 2006, p. 75-76 en artikel 6:101 BW, hierop wordt in hoofdstuk 6 verder ingegaan.

⁸⁶ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank), a) artikel 6:74 BW en b) artikel 6:162 BW.

⁸⁷ Deze aansprakelijkheidsgronden komen op het volgende neer: In het geval dat de betaalopdracht door de consument wordt geïnitieerd, dan is de bank jegens de consument aansprakelijk voor de juiste uitvoering, voor de juiste verzending van de betaalopdracht en voor de kosten en de interesten waarvoor de consument aansprakelijk wordt gesteld wegens het niet-uitvoeren of het gebrekkig uitvoeren van de betalingstransactie.

⁸⁸ Artikel 7:526 BW.

⁸⁹ Artikel 7:527 lid 1 BW.

⁹⁰ Artikel 7:529 lid 1 en 2 BW.

3.2.5. Handhaving

In principe legt het civiele recht het primaat tot het aanhangig maken van een geschil in beginsel bij de partijen zelf.⁹¹ Het betreft dus een handhaving *ex post*. Een consument heeft de mogelijkheid om naar het KiFiD te gaan of om naar de rechter te stappen.⁹² Het KiFiD is onder andere opgericht door de Nederlandse Vereniging van Banken (hierna: NVB) en de Consumentenbond met als doel het beslechten van geschillen tussen consumenten en financiële dienstverleners. Op grond van artikel 4:17 Wft zijn financiële ondernemingen verplicht zich bij het KiFiD aan te sluiten en klachten te behandelen. Momenteel is KiFiD het enige instituut dat door het Ministerie van financiën is erkend.⁹³

Het KiFiD behandelt klachten van zowel natuurlijke personen, als rechtspersonen.⁹⁴ Om een procedure bij het KiFiD aanhangig te maken is vereist dat een consument eerst bij de desbetreffende bank een interne klachtenprocedure doorloopt.⁹⁵ Als de procedure niet het gewenste effect heeft, dan kan de consument binnen drie maanden naar de Ombudsman Financiële Dienstverlening. Deze probeert tot een schikking dan wel een bindende uitspraak te komen, of een aanbeveling te doen. Als de consument het niet eens is met de uitspraak, of als de bank de aanbeveling niet naleeft, dan is de volgende stap de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.⁹⁶ Tevens is het mogelijk om naar de rechter te stappen. De rechter gaat dan bekijken of de bank heeft voldaan aan de bewijslast. Deze bewijslast houdt in dat de bank moet bewijzen dat de consument onzorgvuldig is geweest.⁹⁷

Het is in Nederland ook mogelijk om collectief te procederen⁹⁸. Daarbij wordt niet ingegaan op de individuele omstandigheden van de consument, maar op de gemeenschappelijke belangen. Over bankfraude wordt nog niet collectief geprocedeerd, maar ik ben van mening dat dat in de toekomst wel mogelijk zou moeten zijn. Financiële instellingen krijgen namelijk al geregeld te maken met consumenten die zich bundelen in belangenorganisaties en collectief procederen. Voorbeelden hiervan zijn de Dexia-zaak of de Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon-zaak.⁹⁹ In Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon-zaak heeft de Hoge Raad aanvaard dat bij zorgplichtgerelateerde vorderingen over financiële producten met overeenkomstige voorwaarden en verkoopprocessen, er voldoende gelijksoortig belang is om een collectieve actie toe te laten.¹⁰⁰

⁹¹ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 27.

⁹² DAS 2011, p 161-162.

⁹³ Cherednychenko 2010, p. 11.

⁹⁴ Neering 2013, p. 417.

⁹⁵ DAS 2011, p 161-162.

⁹⁶ Neering 2013, p. 417-418 en artikel 25 lid 6 Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (KiFiD).

⁹⁷ DAS 2011, p 161-162.

⁹⁸ Artikel 3:305a BW.

⁹⁹ Cherednychenko 2010, p. 11 en HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon) en HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683 (De Trekk/Dexia).

¹⁰⁰ HR 5 juni 2009, *JOR* 2009, 200, m.nt. C.W.M. Lieverse (Stichting Gedupeerden

3.3. Publiekrecht

3.3.1. Inleiding

Privaatrechtelijke verhoudingen worden steeds meer aan publiekrechtelijk toezicht onderworpen en beheerst door het bestuursrecht. Ook worden privaatrechtelijke gedragsnormen voor financiële ondernemingen, steeds meer in bestuursrechtelijke regelgeving gegoten.¹⁰¹ De wetgever heeft hier bewust voor gekozen, omdat ten eerste het privaatrecht op zichzelf niet altijd voldoende duidelijk is en ten tweede de effectiviteit van het privaatrecht tekort schiet.¹⁰² Bovendien kan de doelmatigheid van het toezicht worden bevorderd op het moment dat normen zowel privaatrechtelijk als publiekrechtelijk worden gehandhaafd. Daardoor wordt het mogelijk om via twee wegen een schending van een zorgplicht aan te kaarten en de bank aansprakelijk te stellen.¹⁰³ Deze gedragsnormen komen terug in hoofdstuk 4 Wft, het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: Bgfo), de Nadere Regeling Gedragstoezicht financiële ondernemingen (hierna: NRGfo) en in de richtlijn van de Autoriteit Financiële Markten (hierna: AFM).¹⁰⁴

3.3.2. Implementatie van de Europese Richtlijn markten voor financiële instrumenten

Vanuit de PSD is de regelgeving gedeeltelijk in de Wft geïmplementeerd.¹⁰⁵ Bovendien is in 2007 de Richtlijn *Markets in Financial Instruments Directive* (hierna: MiFID) in het Nederlandse recht geïmplementeerd.¹⁰⁶ Daaruit zijn in de Wft en het Bgfo artikelen rondom zorgplichten opgenomen, waaronder de onderzoeks- en informatieplicht. Tevens werd er maximale harmonisatie bewerkstelligd,¹⁰⁷ waardoor het alleen in uitzonderlijke gevallen mogelijk is om van de richtlijn af te wijken. Het moet dan objectief gerechtvaardigd en evenredig zijn om naast de Richtlijn MiFID eigen eisen te handhaven en op te leggen. Tevens moet het de bedoeling zijn om de belegger te beschermen of risico's voor marktintegriteit tegen te gaan.¹⁰⁸ De MiFID¹⁰⁹ heeft tot doel het stimuleren van de grensoverschrijdende dienstverlening en het zorgen voor een gedeeltelijke harmonisatie van voorschriften voor vergunninghoudende banken en beleggingsondernemingen.¹¹⁰

3.3.3. Nieuwe algemene zorgplicht in de Wet op het financieel toezicht

Voorheen bestond de gedachte dat de Wft aan consumenten niet voldoende bescherming bood tegen de onzorgvuldige financiële dienstverlening, omdat daarin geen algemene

Spaarconstructie/Aegon).

¹⁰¹ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

¹⁰² Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 77.

¹⁰³ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 29.

¹⁰⁴ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

¹⁰⁵ Richtlijn 2007/64/EG en *Stb.* 2009, 436.

¹⁰⁶ Richtlijn 2004/39/EG.

¹⁰⁷ Cherednychenko 2007, p. 87 en artikel 4:19, 4:20, 4:23 en 4:24 Wft.

¹⁰⁸ Artikel 4 van de Uitvoeringsrichtlijn MiFID 2006/73/EG.

¹⁰⁹ *Markets in Financial Instruments Directive*, 2004/39/EG.

¹¹⁰ Van Helden 2007, p. 135.

zorgplicht was opgenomen.¹¹¹ Naast het opnemen van de privaatrechtelijke algemene zorgplicht in artikel 7:401 BW, weliswaar gericht op de zorgplicht bij overeenkomst van opdracht, is er daarom voor gekozen om tevens een publiekrechtelijke algemene zorgplicht in de Wft op te nemen.¹¹² Sinds 1 januari 2014 kent artikel 4:24a Wft de algemene zorgplicht van banken jegens consumenten en is dit artikel gericht op het beschermen van consumenten en het waarborgen van het publieke vertrouwen in de financiële markt.¹¹³

Door het nieuwe artikel 4:24a Wft in het publiekrecht op te nemen, beoogt de wetgever een uitgangspunt in de wet vast te leggen. Dit uitgangspunt houdt in dat op een zorgvuldige wijze moet worden omgegaan met de belangen van de consument.¹¹⁴ Hierover bepaalt de wet dat in het belang van de consument moet worden gehandeld en dat daarbij tevens de advisering een rol speelt.¹¹⁵ Op deze wijze kan worden gewaarborgd dat banken altijd nagaan of het handelen of nalaten een afbreuk doet aan de 'gerechtvaardigde belangen' van consumenten. Dit is van belang omdat er een informatieasymmetrie bestaat tussen bijvoorbeeld een consument en een bank. Bovendien hoopt de wetgever dat het expliciet maken van dit uitgangspunt in het publiekrecht gaat bijdragen aan de gewenste cultuuromslag in de financiële sector.¹¹⁶ Deze wettelijke zorgplicht biedt de AFM de mogelijkheid om op te treden indien zich misverstanden op de financiële markt voordoen. Echter, over het algemeen treedt de AFM op, op grond van bestaande specifieke voorschriften. Ontbreken deze regels, dan kent de algemene zorgplicht een 'vangnetfunctie'.¹¹⁷ Doordat de algemene zorgplicht als 'vangnet' dient, kent het geen derogerende werking voor de bijzondere zorgplichten. Een wettelijke algemene zorgplicht biedt een handvat voor de AFM om in te grijpen in het geval dat onzorgvuldig wordt omgegaan met de belangen van consumenten. De AFM handhaaft terughoudend en handhaaft vooral indien onvoorziene en evidente misstanden schadelijk kunnen zijn voor consumenten.¹¹⁸ Bij het ontbreken van een wettelijke zorgplicht kan het handelen of nalaten van een bank nadelige gevolgen hebben voor de consument. Het wordt daardoor moeilijker om tijdig in te grijpen, terwijl er vergaande financiële gevolgen ontstaan voor consumenten en voor het vertrouwen in de financiële markt.¹¹⁹

3.3.4. Overige publiekrechtelijke zorgplichtbepalingen en de vergunningsplicht

Het nieuwe artikel 4:24a Wft is niet van toepassing op beleggingsdiensten, waardoor in de Wft nog een aparte zorgplicht voor beleggingsdiensten en nevendiensten is opgenomen in

¹¹¹ Van Opbergen 2013, p. 31.

¹¹² Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 16 en artikel 4:24a Wft.

¹¹³ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

¹¹⁴ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 28.

¹¹⁵ Artikel 4:24a Wft.

¹¹⁶ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 28.

¹¹⁷ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 27-28.

¹¹⁸ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 30 en artikel 4:24a lid 3 Wft. Derogerende werking houdt in dat er voorrang wordt verleend aan de bijzondere zorgplichten.

¹¹⁹ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 27.

artikel 4:90 Wft. Het betreft een soort ‘algemene zorgplicht’. Zij dienen op eerlijke, billijke en professionele wijze in de belangen van consumenten te voorzien.¹²⁰ Naast de nieuwe zorgplicht uit artikel 4:24a Wft kent artikel 4:25 Wft¹²¹ nog een grondslag die, blijkens de parlementaire geschiedenis, is gericht op de zorgvuldige behandeling van consumenten door financiële instellingen.¹²²

De Wft kent zorgplichtbepalingen, maar kent daarnaast het verbod om zonder een door de Nederlandsche Bank (hierna DNB) verleende vergunning ‘het bedrijf van een bank uit te oefenen’.¹²³ Het doel hiervan is het inperken van het risico op ontwrichting van de financiële infrastructuur. De AFM heeft hierin de taak om aan de hand van een preventieve toets op de gedragsaspecten, een vergunningsaanvraag te beoordelen. Daarbij vraagt DNB advies aan de AFM, omdat de AFM zich bezighoudt met deze gedragsaspecten.¹²⁴ Tevens speelt de AFM een rol bij het verlenen van een vergunning voor beleggingsdiensten of -activiteiten. Zonder een door de AFM verleende vergunning is het verboden om deze diensten en activiteiten te verrichten.¹²⁵

3.3.5. Onderzoeks-, informatie-, waarschuwings- en onthoudingsplicht

Ook het publiekrecht kent een *informatieplicht* voor banken. De pre-contractuele informatieplicht reikt dermate ver, dat alle informatie moet worden verschaft die een consument nodig heeft om tot een beoordeling van een financieel dienst of product te komen.¹²⁶ Afhankelijk van de inhoud van een voorgenomen overeenkomst wordt bepaald welke informatie een bank aan een consument moet verschaffen. Voor alle type informatieverschaffing geldt in ieder geval dat deze informatie op grond van artikel 4:19 lid 2 Wft ‘correct, duidelijk en niet misleidend’ is en een zakelijk doel dient.¹²⁷ De informatie aan niet-professionelen moet het volgende bevatten: a) naam van de instantie, b) is accuraat en wijst niet alleen op de voordelen, maar geeft tevens een correctie en duidelijke indicatie van de mogelijke risico’s, c) is toereikend en te begrijpen voor een gemiddelde consument en d) verwoord belangrijk zaken, vermeldingen en waarschuwen en zwakt deze niet af.¹²⁸ Bij gestandaardiseerde informatie moet worden uitgegaan van wat een gemiddelde consument begrijpt van de informatie. Informatie moet tevens tijdig worden verschaft zodat een consument nog de mogelijkheid heeft om na aanleiding van de verschaft informatie actie te

¹²⁰ Artikel 4:90 Wft.

¹²¹ Nadere regels met betrekking tot de in acht te nemen zorgvuldigheid zijn terug te vinden in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft.

¹²² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 515.

¹²³ Artikel 2:11 lid 1 Wft.

¹²⁴ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 9 en artikel 1:48 Wft.

¹²⁵ Artikel 2:96 Wft.

¹²⁶ Artikel 4:20 Wft.

¹²⁷ Cortenraad 2012, p. 7-8.

¹²⁸ Artikel 51a Bgfo.

ondernemen.¹²⁹ Bovendien rust op de bank de plicht tijdens de contractuele en pre-contractuele fase de consument in kennis te stellen over de wezenlijke wijzigingen in de verstrekte informatie.¹³⁰ Naast de informatieplicht is er een zekere *onderzoeksplicht*.¹³¹ Het verschil met de privaatrechtelijke benadering is, dat het publiekrecht in de Wft een onderscheid maakt tussen diensten met en zonder advisering.¹³² Er moet in het geval van advisering onderzoek worden verricht naar de financiële positie, kennis, ervaring, doelstellingen en risicobereidheid van de potentiële consument. Indien niet wordt geadviseerd, dan is slechts de kennis en ervaring van de potentiële consument van belang.¹³³ Deze opvatting komt niet helemaal overeen met de rechtspraak. In het geval van gestandaardiseerde producten met grote risico's, moet wel onderzoek naar de draagkracht en de doelstellingen van beleggers worden gedaan.¹³⁴ De literatuur betwist of bij gestandaardiseerde informatie een onderzoeksplicht moet gelden. Van Baalen is van mening dat het aan de consument is om te bepalen of een product of dienst bij zijn doelstellingen past. Voor enkele gevallen van *execution only* geldt zelfs geen onderzoeksplicht meer.¹³⁵ Mocht een advisering uitblijven of niet gewenst zijn dan moet dit kenbaar worden gemaakt aan de wederpartij.¹³⁶ Een bank heeft bovendien een *waarschuwingplicht*. Deze plicht vloeit voort uit artikel 4:24 lid 2 Wft en houdt in dat een bank een consument moet waarschuwen voor financiële risico's die de consument naar verwachting niet of nauwelijks voorziet voorafgaand aan de overeenkomst. Waarschuwen is noodzakelijk indien zonder deze waarschuwing het risico of gevaar niet inzichtelijk is voor de consument.¹³⁷ De waarschuwingplicht geldt in beginsel echter niet bij *execution only*.¹³⁸ Mocht bij het aangaan van de contractuele relatie, na het onderzoek naar de achtergrond en de wensen van de consument blijken dat de keuze van de consument onverenigbaar is met de uitkomst van het onderzoek, dan moet dit kenbaar worden gemaakt aan de consument. De consument kan hierdoor een weloverwogen keuze maken.¹³⁹ Bij algemeen bekende financiële risico's spreken de eventuele gevolgen voor zich, waardoor wordt verwacht dat consumenten zich zonder waarschuwing bewust zijn van de gevolgen. Het is dan niet noodzakelijk om de consument te beschermen.¹⁴⁰ Er is tevens een zekere *onthoudingsplicht*,¹⁴¹ aldus

¹²⁹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321 en 508-511, HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 en 184 (De Treek/Dexia), zie voor meer informatie hoofdstuk 6.

¹³⁰ Artikel 4:20 lid 3 sub a Wft.

¹³¹ Nader uitgewerkt in artikel 80a e.v. Bgfo.

¹³² Zie ook artikel 4:23 en 4:24 Wft.

¹³³ Van Baalen 2006, p. 77.

¹³⁴ Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX2464.

¹³⁵ Artikel 4:24 lid 4 Wft, *execution only* houdt in dat zonder financieel advies een product wordt afgesloten.

¹³⁶ Van Baalen 2006, p. 78 en artikel 4:23 lid 2 Wft.

¹³⁷ Cortenraad 2012, p. 8.

¹³⁸ Van Baalen 2006, p. 239.

¹³⁹ Van Baalen 2006, p. 78-79.

¹⁴⁰ Cortenraad 2012, p. 9.

¹⁴¹ Artikel 4:34 lid 2 Wft kent een specifieke onthoudingsplicht voor het verstrekken van krediet. Artikel 85 Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wet op het financieel toezicht (hierna: Bgfo Wft) kent een

Cortenraad.¹⁴² Deze plicht houdt in dat een consument met het oog op zijn belangen, beschermd moet worden tegen het verrichten van bepaalde handelingen. Deze plicht is alleen toegestaan, indien beoogde bescherming van de consument niet op een andere of minder ingrijpende wijze mogelijk is.¹⁴³

3.3.6. Handhaving

Binnen het publiekrecht wordt het primaat voor het aanhangig maken van een bepaald geschil niet bij partijen zelf weggelegd, maar maakt het publiekrecht het mogelijk om een toezichthouder te laten handhaven.¹⁴⁴

In Nederland rust op de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de taak om zich bezig te houden met het toezicht op de naleving van artikel 5:88 Wft, meer specifiek de toegang tot betalingssystemen. Vereist is dat deze regels, waarmee bescherming wordt geboden tegen de financiële operationele stabiliteit van het betalingssysteem, objectief, niet-discriminerend, evenredig en noodzakelijk zijn.¹⁴⁵ Daarnaast kent Nederland een toezichtmodel voor financiële markten, genaamd het *Twin Peaks-model*. Daarin onderscheiden zich twee toezichthouders, namelijk DNB en de AFM.¹⁴⁶ De rol van DNB bestaat daarbij uit het uitoefenen van prudentieel toezicht.¹⁴⁷ Deze vorm van toezicht richt zich op de stabiliteit van de financiële infrastructuur. Bovendien beslist DNB of bepaalde financiële ondernemingen toegang krijgen tot de financiële markten.¹⁴⁸ In principe ziet DNB toe op systeemaspecten¹⁴⁹ en verleent het vergunningen.¹⁵⁰ De AFM oefent gedragstoezicht uit en beslist tevens of bepaalde financiële ondernemingen toegang moeten krijgen tot financiële markten. Gedragstoezicht richt zich op ordelijke en transparante financiële marktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van consumenten.¹⁵¹ De algemene zorgplicht uit artikel 4:24a Wft biedt de AFM een handvat om in te grijpen in het geval dat een financiële instelling op onzorgvuldige wijze omgaat met de belangen van consumenten. Deze zorgplicht kent echter een open karakter. Dit betekent dat daardoor nadere invulling moet worden gegeven aan de hand van concrete gevallen en omstandigheden waarbij de zorgvuldigheid onvoldoende in acht is genomen. De algemene

veralgemeniseerde onthoudingsplicht ten aanzien van transacties in effecten of andere financiële instrumenten en artikel 84 Bgfo Wft betreft de onthoudingsplicht voor beleggingstransacties.

¹⁴² Cortenraad 2012, p. 9.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 27.

¹⁴⁵ Artikel 1:25a Wft en Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 15.

¹⁴⁶ Hazeu 2011, p. 139.

¹⁴⁷ Bij prudentieel toezicht wordt toezicht gehouden op het waarborgen van de stabiliteit van het financiële stelsel, door toe te zien of de regels rondom de solidariteit van afzonderlijke financiële instellingen worden gewaarborgd, <www.encyclo.nl/begrip/prudentieel%20toezicht>.

¹⁴⁸ Artikel 1:24 lid 1 en 2 Wft.

¹⁴⁹ Voorbeelden: Standaarden voor beperking van juridische, krediet- en liquiditeitsrisico's en operationele risico's.

¹⁵⁰ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 9.

¹⁵¹ Artikel 1:25 lid 1 en 2 Wft.

zorgplicht, werkt *ex ante*. Dat betekent dat de wet de AFM de mogelijkheid geeft om in te grijpen voordat de schade bij de consument zich daadwerkelijk verwezenlijkt.¹⁵² De AFM heeft diverse instrumenten¹⁵³ waarmee de normen uit de Wft gehandhaafd kunnen worden.¹⁵⁴ De AFM kan aanwijzingen geven over het volgen van de gedragsrichtlijn.¹⁵⁵ Bovendien heeft de AFM de mogelijkheid om een last onder dwangsom op te leggen ter opheffing van een met de Wft of het Besluit Gedragstoezicht Wft strijdige toestand.¹⁵⁶ De toezichthouder kan ook een vergunning wijzigen of intrekken¹⁵⁷ of een bestuurlijke boete opleggen bij een overtreding van de regelgeving.¹⁵⁸ Gelet op het legaliteitsbeginsel is het van belang dat open normen uit de Wft voldoende bepaalbaar zijn alvorens wordt overgaan tot bestuursrechtelijke handhaving. Dit geldt in het bijzonder voor de last onder dwangsom en voor de boete.¹⁵⁹ Zoals behandeld in het bovenstaande, bevat artikel 4:25 Wft tevens een zorgvuldigheidsnorm. Echter, bij deze zorgvuldigheidsnorm is het pas mogelijk om handhavend op te treden indien er nadere regels rondom de zorgvuldigheid uit het Bgfo en Wft zijn geschonden.¹⁶⁰

Op publiekrechtelijk niveau zijn de handhaving en effectueringsmogelijkheden groter dan op privaatrechtelijk niveau, omdat daarmee op een dwangmatige manier tot handhaving van de zorgplicht kan worden overgegaan. Het is zelfs mogelijk om banken die de informatieplicht niet naleven te beboeten of de toegang tot de markt te belemmeren.¹⁶¹

3.4. Verhouding tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke zorgplicht

Er bestaat tussen de publiekrechtelijke regelgeving en privaatrechtelijke regelgeving een groot verschil. De Wft is een vorm van publiekrechtelijke regelgeving en heeft in tegenstelling tot het privaatrecht tot doel het toezichthouden (artikel 1:25a lid 1 Wft). Het biedt een basis voor de toezichthoudende organen, waaronder de AFM en DNB. Zij hebben het doel zorg te dragen voor een goede en stabiele werking van de financiële markt (artikel 1:24 Wft en artikel 1:25 Wft). Bovendien kan de privaatrechtelijke zorgplicht verder reiken dan het

¹⁵² Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 30.

¹⁵³ De AFM heeft in 2009 52keer en in 2010 53keer een boete opgelegd aan banken, gericht op het verlenen van verkeerde adviezen. In 2010 legde de AFM 42keer en in 2009 59keer een last onder dwangsom op. In 2010 trok AFM zelfs 29 vergunningen in, 'AFM beboet 53 financiële dienstverleners', *Kassa* – Geraadpleegd op 2 mei 2014, <www.kassa.vara.nl/actueel/algemeen-artikel/nieuws/afm-beboet-53-financiele-dienstverleners/>.

Het kabinet wil fraude tegengaan door a) de mogelijkheden voor onder andere identiteitsfraude te beperken, b) fraudebestendigheid van beleid en regelgeving te vergroten en c) te zorgen dat meer gezamenlijk wordt opgetreden door overheidsdiensten in het geval van fraude, *Kamerstukken II* 2013/14, 17 050, nr. 450, p. 12.

¹⁵⁴ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

¹⁵⁵ Artikel 1:75 Bw.

¹⁵⁶ Artikel 1:79 Wft.

¹⁵⁷ Artikel 1:104 Wft.

¹⁵⁸ Artikel 1:80 e.v. Wft.

¹⁵⁹ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

¹⁶⁰ Van Opbergen 2013, p. 20.

¹⁶¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 317.

publiekrecht.¹⁶² Jansen onderbouwt dit met artikel 1:23 Wft, waarin wordt vermeld dat het in strijd met de door de wet gestelde regelgeving verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling, niet de rechtsgeldigheid van deze handeling aantast.¹⁶³ Dit artikel moet worden gezien als een restbepaling en haalt onduidelijkheden weg als het gaat om de strijd tussen het privaatrecht en het publiekrecht.¹⁶⁴ Het privaatrecht bepaalt immers hierover dat in beginsel niet wordt overgegaan tot het vernietigen of nietig verklaren van de privaatrechtelijke rechtshandeling.¹⁶⁵

Toch moet de privaatrechtelijke zorgplicht voor banken ook steeds meer samen worden gezien met de publiekrechtelijke zorgplicht.¹⁶⁶ Bij de privaatrechtelijke beoordeling van de zorgplicht zijn zelfs de publiekrechtelijke gedragsregels een belangrijkere rol gaan spelen. Dit is hoofdzakelijk te verklaren door het open karakter van het verbintenissenrecht. Via open normen zoals wanprestatie, onrechtmatige daad, precontractuele goeder trouw en redelijkheid en billijkheid, werken publiekrechtelijke gedragsregels door in het privaatrecht. Dit betekent overigens niet dat het schenden van het publiekrecht een schending van het privaatrecht tot gevolg heeft. Anderzijds kent het privaatrecht zelfstandige normen die niet uit het publiekrecht zijn af te leiden. De belangrijke precontractuele zorgplicht voor een bank, de bijzondere zorgplicht, wordt afgeleid uit dat wat krachtens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt.¹⁶⁷ Toch is het van belang dat het privaatrecht nog een zekere autonome positie blijft behouden in de relatie tot de publiekrechtelijke zorgplicht, aldus Cherednychenko.¹⁶⁸ Beide zorgplichten streven een ander doel na. Waar de publiekrechtelijke gedragsregels veel meer zijn gericht op het bieden van bescherming aan de zwakkere partij op de financiële markt, het scheppen van een goede marktwerking en dus het behartigen van het publieke belang, zijn de privaatrechtelijke gedragsregels meer gericht op de individuele belangen.¹⁶⁹ In het geval van bankfraude zal vanuit het privaatrecht een individueel belang er bijvoorbeeld op neerkomen dat de consument de geleden schade vergoed wil krijgen. Terwijl het publiekrecht zich voornamelijk richt op het algemene belang.¹⁷⁰

¹⁶² HR 5 juni 2009 (concl. pl. P-G C.L. de Vries Lentsch-Kostense), ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (De Treek/Dexia) en Van Baalen 2006, p. 102.

¹⁶³ Jansen 2010, 625.

¹⁶⁴ Rinkes 2007, p. 229.

¹⁶⁵ Artikel 3:40 lid 2 BW.

¹⁶⁶ Cherednychenko 2010, p. 1.

¹⁶⁷ Van Baalen 2006, p. 75 en artikel 6:162 lid 2 BW.

¹⁶⁸ Cherednychenko 2010, p. 10.

¹⁶⁹ Scheltema & Scheltema 2009, p. 84.

¹⁷⁰ Van Boom 2007, p. 988.

Hoofdstuk 4. Zelfregulering en algemene voorwaarden van banken

4.1. Inleiding

In Nederland zijn door de NVB, in samenwerking met de Consumentenbond, ABV opgesteld. Deze ABV zijn van toepassing op de bestaande en toekomstige rechtsverhoudingen tussen banken en consumenten.¹⁷¹ De meest recente ABV zijn in 2009 opgesteld.¹⁷² Daarnaast kent Nederland sinds 1 januari 2014 nieuwe veiligheidsregels, waaraan een consument zich binnen het elektronisch betalingsverkeer moet houden.¹⁷³ Deze veiligheidsregels hebben het doel om het elektronisch bankieren en betalen veiliger te maken en om daardoor bankfraude te voorkomen.¹⁷⁴ Bovendien speelt de Code Banken een rol voor alle banken die beschikken over een bankvergunning, welke wordt verleend op grond van de Wft.¹⁷⁵

4.2. Nieuwe veiligheidsregels anno 1 januari 2014

4.2.1. Achtergrond

Voorheen hanteerde iedere bank in Nederland eigen regels rondom de bankaansprakelijkheid. Deze regels stelden banken op in het licht van de Richtlijn betaaldiensten.¹⁷⁶ Echter, door het gebruikte coulancebeleid vergoedde de ene bank de schade als gevolg van bankfraude wel, terwijl een andere bank geen verhaalsmogelijkheid bood.¹⁷⁷ Door de vele verschillende regels die banken hanteerden, werd er nauwelijks duidelijkheid aan de particulier geboden, aldus De Jong.¹⁷⁸ Daardoor ontstond er meer behoefte aan eenduidige en transparante vergoedingsnormen.¹⁷⁹ Dit zorgde ervoor dat de NVB in samenwerking met de Consumentenbond nieuwe uniforme regels heeft opgesteld die van toepassing zijn op particuliere consumenten van de Nederlandse banken. Deze veiligheidsregels richten zich op gedupeerden van bijvoorbeeld bankfraude, die de geleden schade geheel krijgen vergoed op voorwaarde dat zij alle nieuwe veiligheidsregels in acht hebben genomen.¹⁸⁰ Deze uniforme regels laten banken dus in principe op gelijke wijze omgaan met de veiligheid en bescherming van consumenten.¹⁸¹

¹⁷¹ 'Algemene Bankvoorwaarden 2009', NVB – Geraadpleegd op 2 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/000619_algemene-bank-voorwaarden.pdf>.

¹⁷² De NVB heeft bevestigd dat ABV 2009 de meest recente voorwaarden zijn.

¹⁷³ 'Uniforme veiligheidsregels particulieren', NVB – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

¹⁷⁴ 'Regels voor veilig internetbankieren bij alle banken gelijk', NVB – Gepubliceerd op 23 november 2013, <www.nvb.nl/nieuws/2013/2365/regels-voor-veilig-internetbankieren-bij-alle-banken-gelijk.html>.

¹⁷⁵ Preambule Code Banken.

¹⁷⁶ Rapportage Maatschappelijk Overleg Betalingsverkeer 2012, p. 24.

¹⁷⁷ Aanhangsel Handelingen II 2012/13, nr. 672, p. 3.

¹⁷⁸ 'Eigen risico voor klanten banken bij cybercrime', *De volkskrant* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.nu.nl/economie/3518137/bank-moet-schade-phishing-vergoeden.html%3E>.

¹⁷⁹ 'Bank moet schade phishing vergoeden', *Nu.nl* – Geraadpleegd 17 januari 2014, <www.nu.nl/economie/3518137/bank-moet-schade-phishing-vergoeden.html>.

¹⁸⁰ 'Regels voor veilig internetbankieren bij alle banken gelijk', NVB – Gepubliceerd op 23 november 2013, <www.nvb.nl/nieuws/2013/2365/regels-voor-veilig-internetbankieren-bij-alle-banken-gelijk.html>.

¹⁸¹ 'Gelijke regels voor internetbankieren', *Nu.nl* – Geraadpleegd op 23 november 2013, <www.nu.nl/geldzaken/3636618/gelijke-regels-internetbankieren.html>.

4.2.2. Nieuwe veiligheidsregels

Er zijn vijf veiligheidsregels¹⁸² waaraan een consument zich binnen het elektronisch betalingsverkeer moet houden:

1. *'Houdt uw beveiligingscodes geheim'*. Consumenten mogen beveiligingscodes niet afgeven en moeten deze gebruiken overeenkomstig de voorgeschreven wijze. Het opschrijven of opslaan van de code is niet toegestaan. Consumenten moeten ook voorkomen dat bij het ingeven van de code wordt meegekeken en mogen codes nooit per telefoon, e-mail of op andere wijze dan door de bank voorgeschreven, verstrekken.
2. *'Zorg ervoor dat uw bankpas nooit door een ander gebruikt wordt'*. Consumenten mogen zich niet laten afleiden bij het gebruik van de pas, moeten erop attent zijn dat de bankpas na gebruik wordt teruggegeven en moeten de bankpas goed opbergen.
3. *'Zorg voor een goede beveiliging van de apparatuur die u gebruikt voor uw bankzaken'*. De software op apparatuur, die wordt gebruikt voor bankzaken, moet zijn voorzien van de meest actuele (beveiligings-)updates, het moet legale software zijn, het moet worden beveiligd met een toegangscode, geen andere personen mogen de toepassing waarmee bankzaken worden gedaan gebruiken en de consument moet zich uitloggen na gebruik.
4. *'Controleer uw bankrekening'*. De elektronische of papieren rekeninginformatie moet worden gecontroleerd om te voorkomen of voortijdig in de gaten te krijgen dat zonder toestemming financiële handelingen zijn verricht. Elektronische informatie moet iedere twee weken worden gecontroleerd en papieren informatie moet uiterlijk twee weken na ontvangst worden gecontroleerd.
5. *'Meld incidenten direct aan de bank en volg aanwijzingen van de bank op'*. Dit geldt voor situaties waarin de bankpas verdwijnt of kwijt is, beveiligingscodes vermoedelijk in handen van een ander terecht zijn gekomen, er vreemde transacties hebben plaatsgevonden zonder toestemming van de desbetreffende consument of de consument het mobiele apparaat met betaaltoepassing niet meer heeft.

Als een consument zich aan deze regels houdt, verminderd de kans op fraude aanzienlijk. In het geval een consument wél de dupe wordt van bankfraude, dan mag een bank op grond van artikel 7:529 lid 1 BW in bepaalde gevallen een eigen risico van maximaal € 150,- in rekening brengen aan de consument. Door zich als consument aan de veiligheidsregels te houden, voorkomt de consument dat de gehele geleden schade voor eigen rekening komt.¹⁸³

¹⁸² 'Uniforme veiligheidsregels particulariseren', NVB – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

¹⁸³ Ibid.

4.3. Algemene Bankvoorwaarden en Code Banken

4.3.1. Algemene Bankvoorwaarden

Het Nederlandse bankwezen maakt gebruik van ABV 2009 en mag daarvan in overeenkomsten of in bijzondere voorwaarden afwijken.¹⁸⁴ In deze ABV is een bepaling opgenomen die expliciet ziet op de zorgplicht van banken en consumenten. Hieruit volgt de plicht voor banken om zorgvuldigheid te betrachten bij het verlenen van diensten en daarbij rekening te houden met belangen van consumenten.¹⁸⁵ Op de consument rust de plicht om jegens de bank zorgvuldig te handelen en daarbij rekening te houden met belangen van banken. Daarnaast mogen zij de bank niet belemmeren in het nakomen van wettelijke en contractuele verplichtingen en in de uitvoer van haar dienstverlening. Bovendien mogen consumenten niet op oneigenlijke of onrechtmatige wijze, dus in strijd met de wet- en regelgeving, gebruikmaken van diensten of producten van de bank en mag het gebruik geen strafbaar feit veroorzaken of schadelijke gevolgen hebben voor de bank of voor de reputatie of integriteit van het financiële stelsel.¹⁸⁶ De ABV kennen daarnaast een soort 'informatieplicht' in die zin dat de consument verplicht is om de bank informatie te verschaffen over activiteiten, doeleinden en redenen van het afnemen van diensten of producten. Tevens wil een bank weten wat de herkomst van de gelden van de consument is¹⁸⁷ en is een consument verplicht aan de bank medewerking te verlenen en de gevraagde informatie te verstrekken en te verifiëren.¹⁸⁸ Het door de bank, in opdracht van consument, verzenden van gelden of financiële instrumenten komt voor risico van de bank. Echter, het verzenden van andere zaken of waardepapieren komt voor risico van de consument.¹⁸⁹ De consument is ook verplicht om zorgvuldig en veilig gebruik te maken van internet, e-mail, post of andere communicatiemiddelen.¹⁹⁰ Van belang is dat een consument door de bank ter beschikking gestelde middelen zorgvuldig bewaart en behandelt. Tevens moeten persoonlijke pin- en toegangscode's geheim worden gehouden en moet daarmee zorgvuldig worden omgegaan. De consument moet zich dus houden aan de door de bank voorgeschreven veiligheidsregels. Indien de consument vermoedt dat middelen in verkeerde handen zijn gekomen, moet hij dat direct melden bij de desbetreffende bank.¹⁹¹ Zo wordt het risico op misbruik van gevonden of gestolen zaken ingeperkt.¹⁹²

¹⁸⁴ Artikel 1 ABV 2009.

¹⁸⁵ Artikel 2 lid 1 ABV 2009, afwijken van deze regel is niet toegestaan, waardoor deze regel een harde regel betreft.

¹⁸⁶ Artikel 2 lid 2 ABV 2009.

¹⁸⁷ Artikel 3 ABV 2009.

¹⁸⁸ Bijvoorbeeld identiteit, burgerservicenummer, geboortedatum, burgerlijk staat, handelingsbekwaamheid en – bevoegdheid, huwelijks- of partnerschapsgoederenregime, rechtsvorm, woon- en/of vestigingsplaats. Wijzigingen moeten direct worden gemeld aan de bank, artikel 7 ABV 2009.

¹⁸⁹ Artikel 6 ABV 2009.

¹⁹⁰ Artikel 16 ABV 2009.

¹⁹¹ Artikel 21 lid 1 en 2 ABV 2009.

¹⁹² 'Toelichting op de Algemene Bankvoorwaarden 2009', NVB – Geraadpleegd 2 april 2014,

4.3.2. Code Banken

Code Banken stelt banken verplicht om de daarin vermelde regels op te volgen. Deze code is in reactie op een op 7 april 2009 gepubliceerd rapport, 'Naar herstel van vertrouwen' van de Adviescommissie Toekomst Banken, door de NVB opgesteld. Het verplicht banken verantwoording af te laten leggen over de zorgvuldige behandeling van consumenten en zorg te dragen voor een evenwichtige afweging van belangen van belanghebbenden.¹⁹³ Op deze Code Banken is het *pas toe of leg uit-beginsel* van toepassing.¹⁹⁴ Er is een monitoringscommissie ingesteld door NVB, die de naleving van deze code controleert.¹⁹⁵

In de Code Banken staat de consument centraal en is een algemene zorgplicht opgenomen voor de Raad van Bestuur (hierna: RvB) jegens de consument. De RvB dient te zorgen voor een evenwichtige afweging van belangen van alle betrokkenen, gebaseerd op de continuïteit en de maatschappelijke omgeving van de bank. De consument moet te allen tijde zorgvuldig worden behandeld. De RvB draagt tevens zorg voor het verankeren van de zorgplicht jegens de consument in de cultuur van de bank.¹⁹⁶

4.3.3. Vernieuwende Code Banken

Vanaf 1 januari 2015 treedt de vernieuwende Code Banken in werking en wordt daarmee bijgedragen aan het vertrouwen van de samenleving in de banken.¹⁹⁷ Er wordt een maatschappelijk statuut ontwikkeld waarvan de uitgangspunten moeten worden nageleefd om tot een stabiele, dienstbare en betrouwbare bancaire sector te komen. Blijkens dit statuut rust op bankmedewerkers de plicht tot een zorgvuldige behandeling van consumenten en een zorgvuldige afweging van belangen van de consumenten, de samenleving, de desbetreffende bank en haar medewerkers, kapitaalverschaffers en eventuele andere stakeholders van de bank. Dit geldt in het bijzonder voor de zorgplicht en de dienstverlening van banken en dient tot uiting te komen in de cultuur, governance, bedrijfsvoering en in de relatie met de consument. Er wordt ook een moreel-ethische verklaring ingevoerd, de bankierseed. Daarmee duiden Nederlandse banken aan dat alle spelers binnen de bancaire sector verplicht zijn om zich te gedragen overeenkomstig de gedragsregels en wordt een integere en zorgvuldige uitoefening van het beroep bewerkstelligd. Zij beloven belangen zorgvuldig af te wegen en zorgvuldig te werken.¹⁹⁸

<www.nvb.nl/media/document/000618_abv-2009-toelichting-def-2.pdf>.

¹⁹³ 'Code Banken', NVB – Geraadpleegd op 29 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/000592_code-banken-nl.pdf>.

¹⁹⁴ Artikel 1 Code Banken (naleving code) Dat betekent dat banken in beginsel de Code Banken hanteren en dat afwijken van de Code Banken mogelijk is, mits zij de noodzakelijkheid daarvan motiveren.

¹⁹⁵ Preambule Code Banken.

¹⁹⁶ Artikel 3 Code Banken (RvB) en artikel 3.2 Code Banken (taak en werkwijze).

¹⁹⁷ 'Toekomstgericht Bankieren', NVB – Geraadpleegd op 29 april 2014,

<www.nvb.nl/media/document/001318_toekomstgericht-bankieren-consultatiedoc-regelnummering-final.pdf>.

¹⁹⁸ Ibid.

Hoofdstuk 5. Bijzondere zorgplicht

5.1. Wat houdt de bijzondere zorgplicht in?

In Nederland kennen wij naast de algemene zorgplicht, de *bijzondere zorgplicht*. Sinds het Baris/Riezenkamp-arrest staat vast dat partijen die in onderling overleg treden, tot elkaar staan in een verhouding die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. In deze verhouding moeten partijen hun gedrag laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹⁹⁹ Deze regel is allesbepalend geweest in het contractenrecht en vindt een basis in deze algemene en bijzondere zorgplicht. De *algemene zorgplicht* uit het contractenrecht ziet op twee partijen, dus op de interne dimensie van een verbintenis, terwijl de *bijzondere zorgplicht* ziet op de relatie tussen professionele en niet-professionele partijen.²⁰⁰ In de rechtspraak en in de doctrine is aanvaard dat op professionele dienstverleners een bijzondere zorgplicht rust. Zo is in het MeesPierson/Ten Bos c.s.-arrest bepaald dat de bank een bijzondere zorgplicht heeft vanwege haar maatschappelijke positie.²⁰¹ Deze zorgplicht overstijgt de algemene zorgplicht en schenkt nog meer aandacht aan het belang van de consument.²⁰² De bijzondere zorgplicht vindt de oorsprong in de optiehandel en is door de Hoge Raad voor het eerst aangehaald in het arrest Rabobank/Everaars.²⁰³ Het betreft een open privaatrechtelijke norm, gebaseerd op de redelijkheid en billijkheid in de contractuele fase en op de maatschappelijke zorgvuldigheid in de pre-contractuele fase.²⁰⁴ Waar eerst het privaatrecht invloed uitoefende op de inhoud van publiekrechtelijk gedragsregels voor banken, krijgen de publiekrechtelijke normen steeds meer een normerende invloed bij het invullen van privaatrechtelijke normen. De bijzondere zorgplicht ontkomt daardoor niet aan de invloed van concrete publiekrechtelijk voorschriften, die de reikwijdte en inhoud van de specifieke privaatrechtelijke zorgplichten bepaalt.²⁰⁵

De *bijzondere zorgplicht* dient als middel om de ongelijkheid tussen partijen te compenseren²⁰⁶ en biedt daardoor bescherming aan de individuele belangen van de zwakkere partij.²⁰⁷ De bijzondere positie van een bank in de maatschappij en de professionaliteit waarover een bank beschikt vormen immers rechtvaardigingsgronden voor het aannemen van deze zorgplicht van een bank jegens de consument.²⁰⁸ De professionaliteit van de bank duidt op de informatieasymmetrie, doordat een bank over meer kennis en informatie beschikt dan de consument. Hoe complexer een financieel product is,

¹⁹⁹ HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp). Deze privaatrechtelijke zorgplicht voegt een element van wederkerigheid toe aan het privaatrecht en geeft daaraan een sociaal karakter, zie Timmerman 2008, p. 39.

²⁰⁰ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

²⁰¹ Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 77 en HR 9 januari 1998, NJ 1999, 285, r.o. 3.6.2 (MeesPierson/Ten Bos c.s.).

²⁰² Cherednychenko 2010, p. 1.

²⁰³ HR 23 mei 1997, NJ 1998, 192 (Rabobank/Everaars).

²⁰⁴ Van Rossum & Hellegers 2013, p. 73-74 en artikel 6:248 en artikel 6:162 BW.

²⁰⁵ Cherednychenko 2010, p. 7.

²⁰⁶ Pijls 2011, p. 1.

²⁰⁷ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

²⁰⁸ Van Rossum & Hellegers 2013, p. 73.

hoe groter de asymmetrie tussen een financiële instelling en de consument wordt.²⁰⁹ In de jurisprudentie van de Hoge Raad is dan ook geoordeeld dat onder normale omstandigheden de zorgplicht van een financiële instelling jegens de consument verder gaat dan de zorgplicht tussen gelijkwaardige contractspartijen.²¹⁰ Doordat de bijzondere zorgplicht een open norm is, heeft de rechter de mogelijkheid om daaraan in concrete situaties, aan de hand van specifieke zorgverplichtingen, invulling te geven. De omvang van de bijzondere zorgplicht wordt dus bepaald aan de hand van de omstandigheden van een specifiek geval.²¹¹

Op banken rust in beginsel een waarschuwings- en inlichtingenplicht, daarnaast hebben zij de plicht om te overleggen over beschermende maatregelen en mocht de consument zich hier niet aan willen houden, de plicht om af te zien van een overeenkomst.²¹² Deze plichten vormen het toetsingskader om te bepalen of de bijzondere zorgplicht is geschonden.²¹³ Aan de hand van de omstandigheden van het geval en de precieze aard van de overeenkomst wordt invulling daaraan gegeven.²¹⁴

Het staat vast dat de bijzondere zorgplicht in het leven is geroepen om consumenten te beschermen tegen risicovolle financiële situaties.²¹⁵ In de jurisprudentie over effectenlease heeft de Hoge Raad al concrete invulling gegeven aan het open karakter van de bijzondere zorgplicht.²¹⁶ Echter, buiten deze specifieke situatie staat niet vast waar de gewone contractuele zorgvuldigheid ophoudt en waar de bijzondere zorgplicht begint.²¹⁷

5.2. Bijzondere zorgplicht in uitspraken over bankfraude

In dit hoofdstuk wordt ingegaan op uitspraken van het KiFiD over *phishing* en *skimming*. Daarnaast is er nauwelijks uitspraak gedaan over de eigen verantwoordelijkheid van de consument in het geval van *geldezel*, waardoor daar kort aandacht aan wordt besteed. *Trojan* komt echter niet terug in uitspraken van het KiFiD, waardoor deze vorm van bankfraude in dit hoofdstuk terzijde wordt gelaten. In dit hoofdstuk worden dus uitspraken over *skimming*, *phishing* en *geldezel* behandeld. Tevens wordt aandacht besteed aan de effectenlease. Aan de hand daarvan vindt later in dit onderzoek, in hoofdstuk 7, een toepassing daarvan plaats op de zorgplicht van banken en de eigen verantwoordelijkheid van consumenten in het geval van *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel*.

²⁰⁹ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 27.

²¹⁰ HR 23 mei 1997, NJ 1998,192 (Rabobank/Everaars), HR 26 juni 1998, NJ 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank) en HR 23 december 2005, NJ 2006, 289 (Safe Heaven).

²¹¹ Cherednychenko 2010, p. 5, voorbeelden zijn de risico's van een verleende financiële dienst of aangeboden financieel product, mate van deskundigheid en ervaring van de consument, de inkomende en vermogenspositie en de verplichtingen van de bank volgens financiële toezichtwetgeving en zelfregulering van banken.

²¹² HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 684 r.o. 4.7.2 (Levob/Bolle), HR 5 juni 2009, NJ 2012, 182 en 183, r.o. 4.8.1 en 4.12.2 (De Treek/Dexia) en HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 685, r.o. 4.5.1 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

²¹³ Cortenraad 2012, p. 7, zie hoofdstuk 3.

²¹⁴ Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 87.

²¹⁵ Cherednychenko 2010, p. 4.

²¹⁶ Van Rossum & Hellegers 2013, p. 74.

²¹⁷ Cherednychenko 2010, p. 4.

5.2.1. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij skimming

Over het algemeen is *skimming* te herkennen aan het vreemde opnamepatroon van consumenten. Bij *skimming* is het immers gebruikelijk dat het hele beschikbare saldo binnen korte termijn van een rekening wordt opgenomen. Mocht daar geen sprake van zijn, dan mag een bank er vanuit gaan dat opdrachten tot opname van geld bevoegd zijn gegeven.²¹⁸

Het KIFiD stelt strenge eisen aan de zorgvuldigheid van een consument. Een consument moet zorgvuldig omgaan met de pincode, door deze geheim te houden. Bovendien moet de consument zorgvuldigheid betrachten bij het gebruik van de betaalkpas. Zodra er sprake is van *skimming*, dan rust op de bank de plicht om te bewijzen dat er sprake is van grove nalatigheid aan de zijde van de consument ten aanzien van de pinpas en de pincode. Op de consument rust dan de bewijslast dat, indien het betaalmiddel niet uit handen van de consument is geweest maar daarmee wel is gefraudeerd, er misbruik is gemaakt gedurende deze periode. Daarbij moet de consument voldoende gemotiveerd de stelling van een bank betwisten en aannemelijk maken dat hij de dupe is geworden van *skimming*. Ook moet de consument inzicht geven in de manier waarop de pinpas en pincode in handen van een fraudeur kunnen zijn gekomen.²¹⁹

Op de consument rust een plicht om iedere twee weken de bankrekening te controleren, zodat onregelmatigheden zo snel mogelijk worden ontdekt en het voor een bank mogelijk is om maatregelen te nemen. Een consument is verplicht om vreemde transacties na een constatering binnen bekwame tijd bij de desbetreffende bank te melden, omdat hij anders het risico loopt dat de schade geheel of gedeeltelijk voor eigen risico komt en er geen mogelijkheid bestaat om zich te beroepen op een gebrek in de prestatie van de bank.²²⁰

Rechtbank Arnhem²²¹ heeft geoordeeld dat van een consument mag worden verwacht dat hij met bekwame spoed onderzoekt of een prestatie aan de verbintenis beantwoordt en dat een consument dit, indien daar geen sprake van is, direct meldt aan de bank. Het feit dat bijvoorbeeld een virus de consument belemmert in zijn controleplicht, doet daar niets aan af en maakt dat de gevolgen voor eigen verantwoordelijkheid van de consument komen.²²²

Over het algemeen zou bij het nalaten van de controleplicht grove nalatigheid moeten worden aangenomen op basis van het schenden van de veiligheidsregels en zou de consument geheel aansprakelijk moeten worden gesteld, blijkens de wet.²²³ Echter, in de praktijk blijkt dat grove nalatigheid bij schending van de controleplicht niet zomaar wordt aangenomen. Tevens blijkt dat het niet altijd mogelijk is om alle schade na een melding te

²¹⁸ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-92 d.d. 22 maart 2012.

²¹⁹ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-243 d.d. 29 juli 2013.

²²⁰ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-92 d.d. 22 maart 2012 en Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, Prg 2010, 58.

²²¹ Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, Prg 2010, 58 en artikel 6:89 BW.

²²² Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-92 d.d. 22 maart 2012.

²²³ Artikel 7:529 lid 2 jo 7:524 BW.

vergoeden, maar dat de schade wel kan worden beperkt door de rekening van de consument direct te blokkeren nadat een consument binnen twee weken een melding maakt van een vreemde transactie. Voor de mate waarin de consument op dat moment al schade heeft geleden, kan hij eventueel gedeeltelijk aansprakelijk worden gesteld. In het geval dat een consument maar één keer per twee maanden een controle uitvoert, maakt dat in ieder geval een deel van de schade voor rekening van de consument moet blijven.²²⁴

Het opzettelijk of grof nalatig een of meer veiligheidsregels nalaten, stelt de consument volledig aansprakelijk voor de schade als gevolg van bankfraude.²²⁵ Bij een (vermoedelijke) bekendheid van de pincode bij een derde of bij een (vermoedelijk) verlies, diefstal, misbruik of vervalsing van de bankpas, is de consument verplicht dit onverwijld te melden bij de bank, de pinpas te laten blokkeren en de aanwijzingen van de bank op te volgen. Gedurende het moment tussen een onbevoegde opname tot aan het tijdstip waarop de melding wordt gedaan bij de bank, geldt een verhoogde aansprakelijkheid indien de consument grove onzorgvuldigheid en nalatigheid bij het gebruik van de pinpas of pincode heeft getoond. Deze verhoogde aansprakelijkheid houdt in dat de consument aansprakelijk is voor de geleden schade tot het moment waarop melding van de fraude bij de bank wordt gedaan.²²⁶ Bij grove nalatigheid gaat het erom dat een consument bijvoorbeeld niet zorgvuldig met de bankpas en pincode is omgegaan. Op de consument rust de plicht om de betaalpas zodanig op te bergen dat anderen deze niet kunnen zien of onopgemerkt kunnen pakken.²²⁷ Daarbij moet rekening worden gehouden met het feit dat het algemeen bekend is dat zakkenrollers consumenten via tactische wijze afleiden, zodat een consument niets merkt van de diefstal van de betaalpas.²²⁸

5.2.2. Zorgplichten van de bank bij skimming

In de zaak van het KiFiD in 2013²²⁹ was het de vraag of er sprake was van *skimming*. Daarin werd uiteindelijk geen *skimming* aangenomen, maar is wel een grens aan de zorgplicht van banken gesteld voor situaties waarin sprake is van afwijkende en vreemde transacties. Het KiFiD heeft daarin bepaald dat de zorgplicht van een bank niet dermate ver reikt, dat op de bank een signaleringsplicht rust indien zich afwijkende transacties van het banksaldo van consumenten voordoet. Een consument kan zich dus niet verschuilen achter het feit dat een bank daarvoor verantwoordelijk is. Echter, in het geval er sprake is van een vermoeden van

²²⁴ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-381 d.d. 17 december 2013.

²²⁵ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-26 d.d. 14 januari 2014.

²²⁶ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-208 d.d. 14 december 2010.

²²⁷ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-079 d.d. 17 februari 2014.

²²⁸ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-208 d.d. 14 december 2010.

²²⁹ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-243 d.d. 29 juli 2013.

skimming, rust op de bank wel de zorgplicht om onderzoek te verrichten naar diefstal van de betaalpas en de daaraan gekoppelde gevolgen.²³⁰

5.2.3. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij phishing

De eigen verantwoordelijkheid van de consument komt er volgens het KiFiD²³¹ in wezen op neer dat van een consument mag worden verwacht dat deze persoon bij het gebruik van het betalingsverkeer voldoende zorgvuldigheid betracht als het gaat om het hanteren van betaalinstrumenten en veiligheidscodes. Bij de beoordeling of de consument voldoende zorgvuldigheid in acht heeft genomen spelen de omstandigheden van het geval een rol, waarbij de gemiddelde consument als maatstaf wordt genomen.²³² Hierbij moet tevens rekening worden gehouden met het in hoog tempo ontstaan van nieuwe vormen van fraude en het geraffineerde gedrag van fraudeurs. Het is dus van belang, en dit weegt ook zeker mee in de beoordeling, dat een consument is voorgelicht over de vormen van criminaliteit. Daarbij moet worden bepaald welke informatie een consument nodig heeft. Bepalend hiervoor is, waarin een consument kan voorzien en wat een consument niet kan voorzien bij het achterwege laten van informatie.²³³ Daarbij staat voorop dat indien een bank aantoont dat consumenten voldoende zijn gewaarschuwd over *phishing*, maar een consument de inhoud van de gegeven waarschuwingen niet tot zich neemt, de schade als gevolg daarvan voor eigen risico van de consument komt.²³⁴ Bovendien komt het eigen risico ten laste van de consument als er sprake is van grove nalatigheid, opzet of frauduleus handelen aan de zijde van de consument. Daar is over het algemeen sprake van als de verplichtingen voor veilig gebruik van betaalinstrumenten niet zijn nagekomen.²³⁵

5.2.4. Zorgplicht van de bank bij phishing

Bepalend voor de zorgvuldigheid van de consument is onder andere in hoeverre de consument is voorgelicht over de vormen van bankfraude. Op de bank rust dus de plicht tot het verschaffen van informatie.²³⁶ Bovendien bestaat de zorgplicht van de bank uit een waarschuwingsplicht. Banken waarschuwen onder andere via pop-up-meldingen die tijdens het internetbankieren in beeld verschijnen. Daarin wordt de consument gewezen op frauduleuze e-mails en de manier waarop fraudeurs consumenten benaderen.²³⁷ Bovendien waarschuwen banken in onderlinge samenwerking consumenten via campagnes op bijna alle radio- en televisiekanalen. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft geoordeeld dat de

²³⁰ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-208 d.d. 14 december 2010.

²³¹ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013 en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

²³² Wat hieronder wordt verstaan, komt in hoofdstuk 6 aan bod.

²³³ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

²³⁴ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-355 d.d. 9 december 2013.

²³⁵ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013, Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-41 d.d. 22 januari 2014 een artikel 7:529 BW.

²³⁶ Ibid en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

²³⁷ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

waarschuwing voldoende specifiek was en dat bij deze manier van waarschuwen de bank haar zorgplicht niet heeft geschonden. Daarbij achtte het Gerechtshof het niet van belang dat een campagne de consument niet heeft bereikt, omdat de consument buiten de doelgroep valt of de betreffende zenders niet beluistert.²³⁸ Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is tot hetzelfde oordeel gekomen in een situatie waarin consumenten via een berichtenschermbij het internetbankieren werden gewaarschuwd en waarin voorbeelden van frauduleuze e-mails op de website stonden geplaatst.²³⁹ Bovendien heeft het KiFiD geoordeeld dat op het moment dat een bank kan aantonen dat de consument voldoende is gewaarschuwd of is geïnformeerd, maar hij daar niets mee doet, de schade voor eigen risico van de consument komt.²⁴⁰ Net zoals bij *skimming*, geldt ook bij *phishing* dat de zorgplicht van de bank niet inhoudt dat op de bank een signaleringsplicht rust.²⁴¹

5.2.5. Eigen verantwoordelijkheid van de consument bij geldezel

Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin een consument solliciteerde bij een wereldwijde pakket-service. De consument heeft daarbij zijn online bankrekeningnummer verschaft en via een telefonische instructie meegewerkt aan een doorstoring, omdat de consument in de veronderstelling was dat dit hoorde bij een betrouwbaarheidstest. Het KiFiD heeft daarover geoordeeld dat op dat moment op de consument de plicht rust om te verifiëren of de vaste contactpersoon daadwerkelijk aan het concern van aspirant-werkgever is verbonden. Het feit dat de consument het bedrag heeft opgenomen en heeft overgemaakt naar de fraudeur en hierover niet meer beschikt, betekent niet dat de bank daarvoor aansprakelijk is.²⁴²

Een consument moet zich realiseren dat het contant opnemen van gelden en het doorboeken daarvan, een bijzonder opmerkelijke opdracht is en dat een consument zich daarbij moet realiseren dat het niet aannemelijk is dat bijvoorbeeld een buitenlands bedrijf haar betalingsverkeer via een particulier laat verlopen. Bovendien is daarbij van belang dat een consument bekend is met het verschijnsel *geldezel*.²⁴³

5.3. Bijzondere zorgplicht in de effectenlease

In de vaste rechtspraak is in drie soortgelijke zaken een duidelijke lijn te herkennen als het gaat om de bijzondere zorgplicht van banken binnen de effectenlease. Bovendien is het toepassingsbereik daarvan in de effectenlease uitgebreid.²⁴⁴

In Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de volgende omstandigheden van het geval bepalend zijn voor de reikwijdte van de bijzondere

²³⁸ Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2749, r.o. 8.3.2.

²³⁹ Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:399.

²⁴⁰ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-355 d.d. 9 december 2013.

²⁴¹ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-355 d.d. 9 december 2013.

²⁴² Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-165 d.d. 15 april 2014.

²⁴³ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-202 d.d. 19 mei 2014.

²⁴⁴ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-297 d.d. 27 oktober 2011.

zorgplicht: a) de mate van deskundigheid en ervaring van de bank en de consument, b) de ingewikkeldheid van het beleggingsproduct en de daaraan gekoppeld risico's en c) de regelgeving rondom de nakoming van de bijzondere zorgplicht door de effectenuitgever en de daaraan gekoppelde gedragsregel.²⁴⁵ Echter, op de 'gemiddelde consument' rust de plicht dat hij voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst, de moeite neemt om de effectenlease-overeenkomst door te nemen en te begrijpen.²⁴⁶

In een soortgelijke zaak, genaamd De Treek/Dexia-zaak²⁴⁷ stond centraal dat op de aanbieders van effectenlease-producten, naast de contractuele fase, ook in de pre-contractuele fase een bijzondere zorgplicht rust. Deze zorgplicht komt voort uit het feit dat een financiële instelling, in tegenstelling tot een consument, over een maatschappelijke functie en over deskundigheid beschikt (r.o. 5.1-5.7). Van belang is dat een uitgevende instantie voorafgaand aan het sluiten van een effectenlease-overeenkomst zich de belangen van de consument aantrekt en indringend waarschuwt voor de aan het product verbonden risico's (r.o. 4.10.3). Ook heeft een dergelijke instantie de plicht om te onderzoeken hoe het inkomen en het vermogen van de consument ervoor staat. Daar kan namelijk mee worden beoordeeld of de consument in staat is om te voldoen aan de betalingsverplichting die voortvloeit uit de overeenkomst. Als blijkt dat een consument niet voldoende bestedingsruimte heeft, waardoor het onverstandig is om de overeenkomst aan te gaan, dan heeft de uitgevende instantie de taak om negatief te adviseren. Zij adviseert dan om van de overeenkomst af te zien (r.o. 4.11.4). Echter, aan deze zorgplicht is een grens gesteld. Indien namelijk de consument de uitdrukkelijke wil uit om de overeenkomst aan te gaan, dan is de bank niet verplicht om deze opdracht te weigeren (r.o. 4.12.2).

In principe komt de bijzondere zorgplicht binnen de effectenlease er dus op neer dat er indringend moet worden gewaarschuwd voor risico's van restschuld, dat er een inkomens- en vermogenstoets plaatsvindt en dat er afhankelijk daarvan op de bank een adviseringsplicht rust.²⁴⁸ De waarschuwingsplicht heeft tot gevolg dat de consument moet worden gewaarschuwd tegen lichtvaardigheid van onnodige risico's of risico's die de consument redelijkerwijze niet kan dragen (r.o. 5.2.1). De effectenlease kent geen gehele onthoudingsplicht, omdat de Hoge Raad gehoor wil geven aan de contractsvrijheid van consumenten (r.o. 4.12.2). De effectenlease kent wel een eigen schuld-regel,²⁴⁹ waardoor fouten van consumenten uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht in beginsel minder zwaar wegen dan fouten van een bank die tekortschiet in haar zorgplicht (r.o. 5.6.2).

²⁴⁵ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685, r.o. 4.6.2 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

²⁴⁶ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684, r.o. 4.7.12 (Levob/Bolle), zie hoofdstuk 6 voor nadere informatie.

²⁴⁷ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia), soortgelijke zaken betreffen HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 685 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

²⁴⁸ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 683 (De Treek/Dexia).

²⁴⁹ Artikel 6:101 BW.

Hoofdstuk 6. Eigen verantwoordelijkheid

6.1. Paternalisme en fraternalisme

In het contractenrecht staat de contractsvrijheid voorop. Echter, binnen het huidige contractenrecht ligt het accent steeds meer op de consumentenbescherming in plaats van op de contractsvrijheid. Er gaat zelfs meer aandacht uit naar de zorgplicht, dan naar de eigen verantwoordelijkheid.²⁵⁰ Voor de bijzondere zorgplicht geldt dat de onderzoeks-, informatie- en waarschuwingsplicht in beginsel niet met zich meebrengen dat een bank een bepaalde handeling of het aangaan van een overeenkomst mag weigeren.²⁵¹ Het is enkel toegestaan om te weigeren, indien een bijzonder geval deze zorgplicht rechtvaardigt.²⁵²

Iedere consument heeft tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid waarmee wordt voorkomen dat door onkunde of onoplettendheid schade ontstaat.²⁵³ Het contractenrecht kent twee vormen van contractueel altruïsme. Ten eerste het paternalisme,²⁵⁴ waarbij de autonomie van consumenten terzijde staat en de contractsvrijheid geen rol speelt. Daarnaast het fraternalisme,²⁵⁵ waarbij de autonomie van de consument juist zo optimaal mogelijk wordt benut.²⁵⁶ De meeste zorgplichten zijn fraternalistisch van aard. Daarvoor is het van belang dat alles wordt verstrekt wat een consument nodig heeft om tot een geïnformeerd besluit te komen. Nieuwenhuis is geen voorstander van het paternalisme en trekt een vergelijking met de relatie vader-kind. Een bank is geen alwetende vader die zijn kinderen ter verantwoording moet roepen indien zij tekortschieten in de plicht om hun onervaren kinderen tegen zichzelf te beschermen.²⁵⁷ Hartlief stelt dat de bijzondere zorgplicht te ver gaat indien wordt verwacht dat banken de consument op vergaande wijze tegen zichzelf moeten beschermen, terwijl risico's niet altijd te vermijden zijn.²⁵⁸ Over de onthoudingsplicht van banken is Du Perron van mening dat deze plicht te ver gaat als het gaat om beleggersbescherming.²⁵⁹ Van den Brink stelt echter dat het niet meer dan logisch is dat de bank opdrachten van consumenten niet mag uitvoeren als dit schade tot gevolg heeft. Een consument heeft immers concrete afspraken met de bank gemaakt betreffende de daaraan gekoppelde risico's.²⁶⁰

²⁵⁰ Hartlief 2003, p. 929 en 937.

²⁵¹ HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 en 183 (De Treek/Dexia).

²⁵² Cherednychenko 2010, p. 13.

²⁵³ Jansen 2010, p. 623.

²⁵⁴ 'Het paternalisme' komt neer op het hiërarchische familiepatroon waarbij de vader aan het hoofd van de familie staat en de beslissingen voor andere familieleden maakt, <www.encyclo.nl/begrip/paternalisme>.

²⁵⁵ 'Fraterniteit' betekent in historische zin, de broederschap. De gemeenschap die wordt gevormd door mannelijke bewoners van een klooster, <www.encyclo.nl/begrip/Fraterniteit>. Fraternalisme komt tevens terug in de eerlijke handelspraktijk, waarin het van belang is dat aan consumenten al het nodige wordt verteld om tot een besluit te komen (artikel 6:193a BW), Nieuwenhuis 2009, p. 4-5.

²⁵⁶ Deze autonomie duidt op de contractsvrijheid van partijen. Binnen de financiële dienstverlening staat dit beginsel voorop, zie: Cherednychenko 2010, p. 7.

²⁵⁷ Nieuwenhuis 2009, p. 2-4 en artikel 6:193a BW.

²⁵⁸ Hartlief 2003, p. 937.

²⁵⁹ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. Du Perron (Kouwenberg-van Zuylen/Rabobank), zie hoofdstuk 3.

²⁶⁰ Van den Brink 2003, p. 159-160.

6.2. Bijzondere zorgplicht versus eigen verantwoordelijkheid

6.2.1. Gemiddelde consument

Bij het bepalen van de eigen verantwoordelijkheid van de consument, wordt bij het verstrekken van gestandaardiseerde informatie de gemiddelde consument als uitgangspunt genomen. Deze gestandaardiseerde informatie dient adequaat te zijn.²⁶¹ Gekeken naar de gemiddelde consument als doelgroep, ben ik van mening dat het verstandig is om de informatie te richten tot één bepaalde doelgroep, omdat daarmee tevens een stukje eigen verantwoordelijkheid bij de consument wordt gelegd en gemakkelijker de grens kan worden getrokken tussen handelingen die onder de eigen verantwoordelijkheid van de consument vallen en behoren tot de zorgplicht van de bank.

Van een gemiddelde consument mag worden verwacht dat hij zich verdiept in de verstrekte informatie en een weloverwogen oordeel vormt. Het is in ieder geval belangrijk om helder te krijgen wat wordt verstaan onder een gemiddelde consument. *Op het moment dat daaronder een goedgezond consument wordt verstaan, die zich nauwelijks de tijd gunt om zich in de verstrekte informatie te verdiepen, betekent dit dat de bank voor de consument de afweging moet maken welke aangeboden producten en diensten tot een goede beslissing leiden.* Dit heeft tot gevolg dat de verantwoordelijkheid richting de bank verschuift. Om deze reden wordt er in de praktijk en in dit onderzoek uitgegaan van de bereidheid van een consument om zich te verdiepen in de aangeboden informatie, zodat de consument daarmee zelf tot inzicht komt wat de kenmerken en risico's van producten of diensten zijn en hij zich niet geheel achter de zorgplicht van de bank verschuilt. Er wordt daarbij uitgegaan van de consument met een zeker kennisniveau en die in staat is om de eigen financiële positie in kaart te brengen.²⁶² In het geval een consument niet voldoet aan de capaciteiten van een gemiddelde consument, dan gaat het te ver om een bank daarvoor verantwoordelijk te houden. Van een consument mag immers een actieve houding worden verwacht, indien de informatie niet te doorgronden is. Hij dient dan hulp te zoeken binnen het professionele of informele circuit. Indien een consument tevens advies inwint dan neemt de omvang van de eigen verantwoordelijkheid van de consument af, terwijl de zorgplicht van de bank vanwege haar deskundigheid juist toeneemt. De consument is echter wel verantwoordelijk voor de beslissing die hij uiteindelijk neemt naar aanleiding van het advies.²⁶³ Als wordt gekeken naar wat het voorgaande betekent voor bankfraude, dan kan het volgende worden geconcludeerd. Op het moment dat een consument een betaalrekening bij een bank opent, dan dienen de bank en de consument tot een wilsovereenstemming te komen. Dit betekent dat een consument akkoord gaat met de door de bank verstrekte algemene voorwaarden²⁶⁴ die zijn

²⁶¹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321 en 509-511.

²⁶² Ibid. Het kennisniveau wordt afgestemd op de doelgroep, in dit onderzoek de *gemiddelde consument*.

²⁶³ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322.

²⁶⁴ Zie bijvoorbeeld: Algemene voorwaarden betaalrekeningen en betaaldiensten van de Rabobank 2014.

gekoppeld aan de betaalrekening. Deze voorwaarden omvatten gestandaardiseerde informatie waarin onder andere informatie wordt verschaft over de vormen van bankfraude. Bij het verstrekken van deze informatie voorafgaand aan het openen van de betaalrekening en gedurende de contractuele relatie mag daardoor tevens worden uitgegaan van de gemiddelde consument en de daaraan gekoppelde op de consument rustende verplichtingen om de informatie tot zich te nemen.²⁶⁵

6.2.2. Privaatrechtelijke eigen schuld ex artikel 6:101 Burgerlijk Wetboek

Het leerstuk van de eigen schuld is een voorbeeld van de wijze waarin het publiekrecht kan doorwerken in het privaatrecht.²⁶⁶ Op alle consumenten rust tot op zekere hoogte een eigen verantwoordelijkheid, waarmee wordt voorkomen dat consumenten door onkunde of onoplettendheid schade lijden.²⁶⁷ De vraag is hoe de combinatie van de eigen schuld van de consument en de bijzondere zorgplicht van de bank een uitwerking krijgen in de praktijk. Bepalend voor de mate van eigen schuld van de consument is, in hoeverre een bank zich heeft gehouden aan zijn zorgplicht, door het verschaffen van informatie en waarschuwingen.²⁶⁸ Artikel 6:101 BW kent een causaliteitsafweging en een billijkheidscorrectie voor de eigen schuld, waarin de ernst van de fouten een rol spelen bij het vaststellen van de verdeling van de schade.²⁶⁹ Van belang is in ieder geval dat de schade een gevolg is van een omstandigheid die toerekenbaar is aan de consument. Indien zowel de consument als de bank tekortschieten in hun zorgplicht, dan vindt er een andere verdeling plaats. De vergoedingsplicht kan worden verminderd naar evenredigheid met de mate waarin de consument en de bank hebben bijgedragen aan de schade, de zogenaamde causale verdeling. Dit gebeurt indien de billijkheid dit vereist vanwege uiteenlopende ernst van gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval, de zogenaamde billijkheidscorrectie.²⁷⁰ Hiervoor is het van belang dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat fouten van de consument uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht minder zwaar wegen dan de fouten van een bank door het tekortschieten in de zorgplicht.²⁷¹ Wanneer de eigen schuld bestaat uit omstandigheden die niet worden veroorzaakt door lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht, dan kan de schade gedeeltelijk of zelfs geheel voor rekening van de consument komen.²⁷² Een voorbeeld hiervan is een uitspraak van Gerechtshof Amsterdam. In deze zaak werd geoordeeld dat ondanks de schending van de waarschuwingsplicht van de bank, toch 100 procent eigen schuld werd aangenomen, omdat de consument beschikte over informatie

²⁶⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321.

²⁶⁶ Scheltema & Scheltema 2009, p. 79, het publiek wordt ingebed in het privaatrecht, maar kent geen automatische doorwerking.

²⁶⁷ Jansen 2010, p. 623.

²⁶⁸ Neering 2013, p. 416.

²⁶⁹ Nieuwenhuis 2009, p. 7.

²⁷⁰ Hartlief e.a. 2012, p. 286 en artikel 6:101 lid 1 BW.

²⁷¹ HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822, r.o. 4.3.7 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

²⁷² Neering 2013, p. 415-416.

over de aard en de strekking van de overeenkomst, waardoor het risico hem bekend had moeten zijn.²⁷³ Echter, het feit dat fouten van een bank zwaarder wegen, dan fouten van de consument, brengt niet met zich mee dat een bank in beginsel minimaal 50 procent van de schade van de consument moet vergoeden.²⁷⁴ Van belang is immers het gewicht van de fout van de consument. Zoals blijkt uit de jurisprudentie lijkt dit gewicht af te hangen van de billijkheidscorrectie in plaats van van de causaliteitsafweging.²⁷⁵ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat in een dergelijke situatie de eigen schuld volgens de verdelingsmaatstaf uit artikel 6:101 BW met zich meebrengt dat de belegger, in dit onderzoek de consument, ook bij een verwijt aan de kant van de consument, toch meer dan 50 procent van de schade krijgt vergoed.²⁷⁶ Hartlief constateert dat dit niet uit uitspraken van de Hoge Raad is af te leiden, maar bevestigt tevens dat de eigen schuld meestal onder de 50 procent blijft en constateert dat in de praktijk blijkt dat alleen in uitzonderlijke situaties meer dan 50 procent eigen schuld wordt aangenomen.²⁷⁷

Wanneer een consument tegen een negatief advies van een financiële instelling, toch besluit een risicovolle belegging voort te zetten, dan moet de geleden schade voor eigen rekening komen op het moment dat het misloopt. Het feit dat op de bank een bijzondere zorgplicht rust, betekent niet dat de consument wordt gevrijwaard van de nadelige gevolgen.²⁷⁸

6.2.3. Publiekrechtelijke eigen verantwoordelijkheid

Eerder in dit onderzoek kwam ter sprake dat de informatiescheefheid tussen de bank en de consument de zorgplicht van de bank laat toenemen.²⁷⁹ Bovendien is in het publiekrecht een nieuwe zorgplicht voor de bank verankerd. Echter, dit betekent niet dat de wetgever meent dat de nieuwe algemene zorgplicht in de Wft de consument ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid.²⁸⁰ De eigen verantwoordelijkheid van de consument kent geen publiekrechtelijk grondslag en houdt in dat van een consument mag worden verwacht dat hij enige moeite neemt om na te gaan of een specifiek(e) product of dienst verstandig is om af te nemen. Echter, het overtreden van de toezichtregels die bescherming bieden aan de consument, brengt niet met zich mee dat een consument noodzakelijk aansprakelijk moet worden gesteld. De eigen verantwoordelijkheid van de consument reikt tot daar waar van een consument mag worden verwacht dat hij over de mogelijkheid beschikt om het eigen handelen in te schatten. De publiekrechtelijke regels strekken op dit terrein verder dan het privaatrecht en houden daarbij rekening met het feit dat veel consumenten minder zorgvuldig

²⁷³ Hof Amsterdam 10 november 2009, *NJF* 2010, 2.

²⁷⁴ HR 23 mei 1997, *NJ* 1998,192, r.o. 3.3 (Rabobank/Everaars).

²⁷⁵ HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 m.nt. C.E. Du Perron (Kouwenberg-van Zuylen/Rabobank).

²⁷⁶ Van Boom 2003, p. 555-564.

²⁷⁷ Hartlief 2003, p. 936.

²⁷⁸ Hof Amsterdam 10 februari 2005, *JOR* 2005, 73.

²⁷⁹ Pijls 2011, p. 1.

²⁸⁰ Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvA), p. 6 en *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 28-29.

handelen dan van een 'goed geïnformeerde voorzichtig handelende consument' mag worden verwacht. Bij de verdeling van de verantwoordelijkheden van de bank en de consument heeft de wetgever in ieder geval voor ogen gehad, de consument tegen zichzelf in bescherming te nemen.²⁸¹ Ondanks deze beschermende positie blijft er ruimte voor de eigen verantwoordelijkheid van de consument. Het zou immers te ver gaan om de bank verantwoordelijk te houden voor de non-actieve houding van een consument.²⁸² In het publiekrecht, meer specifiek in de Wft, staat transparantie voorop. Daarbij spelen adequate informatieverstrekking en zorgvuldige advisering een belangrijk rol. Volgens de wetgever, zijn deze plichten bepalend voor het vaststellen van de eigen verantwoordelijkheid van de consument. De wetgever meent dat dit de basisvoorwaarde voor een consument is om daarmee invulling te geven aan de eigen verantwoordelijkheid.²⁸³

6.2.4. Moral hazard

Uit dit onderzoek blijkt dat de consument consumentenbescherming ondervindt in een relationele verhouding tussen een professionele en niet-professionele partij.²⁸⁴ Echter, de vraag is of die beperkte verantwoordelijkheid van de consument *moral hazard* tot gevolg heeft en of het ontbreken van de bancaire zorgplicht de consument zou prikkelen om voorzichtiger te handelen. Uit onderzoek is gebleken dat, in het geval dat er sprake is van paternalisme en dus van weinig autonomie voor de consument, de *moral hazard* toeneemt en de motivatie om voorzichtigheid te betrachten bij het maken van keuzes afneemt.²⁸⁵ Opbergen meent dat, op het moment dat een consument het gevoel krijgt dat hij wordt beschermd tegen onzorgvuldigheid, dit tot gevolg heeft dat de consument minder kritisch is en meer gaan vertrouwen op de financiële dienstverlening.²⁸⁶ Van belang is daarom dat de AFM het risico op *moral hazard* beperkt, door haar optreden dermate te beperken dat het geen onzorgvuldigheid bij de consument aanspoort. Het feit dat van een consument wordt verwacht dat hij de moeite neemt om informatie tot zich te nemen en om voorzichtigheid te betrachten bij het maken van keuzes bij het afnemen van financiële diensten en producten, reduceert deze *moral hazard*. De consument wordt daardoor immers meer verantwoordelijk gehouden voor de nadelige gevolgen die intreden door zijn onvoorzichtigheid.²⁸⁷

²⁸¹ Scheltema & Scheltema 2009, p. 79-80.

²⁸² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322.

²⁸³ Rinkes 2007, p. 224.

²⁸⁴ Cherednychenko 2013, p. 1122-1128.

²⁸⁵ Klick & Mitchell 2006, p. 1626, dit is gebleken uit een psychologisch onderzoek.

²⁸⁶ Opbergen 2013, p. 30.

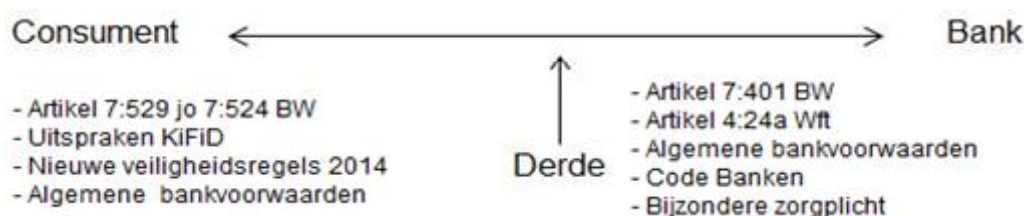
²⁸⁷ *Ibid.*

Hoofdstuk 7. Zorgplicht van banken en eigen verantwoordelijkheid van consumenten

7.1. Inleiding

In dit hoofdstuk vindt op basis van het geldende recht, de zelfregulering, de jurisprudentie en uitspraken van het KiFiD, een analyse plaats over de betekenis daarvan voor de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid in het geval van *skimming*, *phishing*, *trojan* en *geldezel*. Er wordt behandeld in hoeverre de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid voor bankfraude overeenkomen en er wordt geanalyseerd hoe daaraan invulling moet worden gegeven als wordt gekeken naar iedere afzonderlijke vorm. De zelfregulering speelt een belangrijk rol, doordat binnen het betalingsverkeer open normen hoofdzakelijk worden ingevuld door de zelfregulering.²⁸⁸

Figuur 4 Weergave van de verhoudingen met de daarop van toepassing zijnde regelgeving



7.2. Zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid bij skimming, phishing, trojan en geldezel

7.2.1. De zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid in het geval van bankfraude

7.2.1.1. Zorgplicht van de bank

In de huidige maatschappij wordt het openen van een betaalrekening steeds meer een voorwaarde om volwaardig deel te kunnen nemen aan het maatschappelijke verkeer.²⁸⁹ Daardoor ben ik van mening dat dit moet doorwerken in de eigen verantwoordelijkheid van de consument en in de zorgplicht van de bank. Dat zou betekenen dat op de bank bij voorbaat al een hogere zorgplicht rust dan op de consument.

In het privaatrecht staat voorop dat de bank deskundiger is dan de consument. Vanwege deze informatieasymmetrie rust op de bank een zwaardere zorgplicht, namelijk de *bijzondere zorgplicht*. Daaraan wordt vanuit het publiekrecht invulling gegeven.²⁹⁰ Blijkens de jurisprudentie rust deze zorgplicht zowel in de pre-contractuele als in de contractuele fase op de bank.²⁹¹ Om te bepalen in hoeverre naast deze zorgplicht, op de consument een eigen verantwoordelijkheid rust, moet worden gekeken naar de waarschuwings- en informatieplicht van de bank.²⁹² Uit cijfers van NVB en Betaalvereniging Nederland is immers gebleken dat het waarschuwen van de consument effectief is en dat de schade in de afgelopen jaren

²⁸⁸ Rinkes 2007, p. 232.

²⁸⁹ Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 318.

²⁹⁰ Pijls 2011, p. 1.

²⁹¹ HR 5 juni 2009, RvdW 2009, 683, r.o. 5.1-5.7 (De Treek/Dexia).

²⁹² Neering 2013, p. 416, deze plichten worden per vorm van bankfraude ingevuld in navolgende paragrafen.

mede daardoor aanzienlijk is gedaald. Daaruit blijkt dat het bewustzijn van consumenten een belangrijke rol speelt.²⁹³ De waarschuwingsplicht kent alleen een publiekrechtelijke grondslag, namelijk in artikel 4:24 lid 2 Wft. Deze plicht richt zich op het individuele geval.²⁹⁴ Afhankelijk van de kennis, ervaring en belangen van een consument wordt aan- of afgeraden om een financieel product of dienst af te nemen. Echter, de *waarschuwingsplicht bij bankfraude* is een ander type, doordat deze plicht zich richt op alle consumenten in de algemene zin van het woord. Alle consumenten die deelnemen aan het betalingsverkeer moeten mijns inziens bewuster worden gemaakt, door hen te attenderen op de risico's op bankfraude, de vormen van bankfraude en de werkwijzen van fraudeurs. Van belang bij deze algemene waarschuwingsplicht is dat een bank op een wijze waarschuwt die consumenten kan bereiken. Voorbeelden van effectief waarschuwen zijn: a) via radio- en televisiekanalen of b) via pop-up-meldingen die verschijnen tijdens het internetbankieren.²⁹⁵ Van belang is niet dat een waarschuwing alle consumenten heeft bereikt, maar of de waarschuwing alle consumenten zou *kunnen* bereiken. Het feit dat een waarschuwing de consument niet heeft bereikt, omdat hij geen kennis daarvan heeft genomen, komt voor eigen risico van de consument.²⁹⁶

Van belang voor het toepassingskader van de bijzondere zorgplicht is de informatieplicht.²⁹⁷ Deze *informatieplicht* speelt in de pre-contractuele fase, omdat daarin nog op basis van de verstrekte informatie tot een wilsovereenstemming moet worden gekomen om een betaalrekening te openen.²⁹⁸ Het publiekrecht zegt hierover dat die informatie moet worden verschaft, die nodig is om tot een oordeel te komen.²⁹⁹ Het publiekrecht maakt een onderscheid³⁰⁰ tussen gestandaardiseerde informatie en advisering. Het publiekrecht gaat uit van een '*goed geïnformeerde voorzichtig handelende consument*', hieronder wordt de gemiddelde consument verstaan. Maar gaat zelfs nog een stapje verder door rekening te houden met het feit dat veel consumenten minder zorgvuldig handelen dan van een gemiddelde consument mag worden verwacht.³⁰¹ Bij het openen van een betaalrekening worden ABV en algemene voorwaarden verstrekt.³⁰² Bij het verstrekken van deze

²⁹³ 'Fraude betalingsverkeer opnieuw flink gedaald', *NVB* – Gepubliceerd op 11 maart 2014, <www.nvb.nl/nieuws/2014/2636/fraude-betalingsverkeer-opnieuw-flink-gedaald.html>.

²⁹⁴ Een voorbeeld daarvan is de effectenlease.

²⁹⁵ Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:399, Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2749 en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

²⁹⁶ Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2749, r.o. 8.3.2 en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-355 d.d. 9 december 2013.

²⁹⁷ Cortenraad 2012. P. 7.

²⁹⁸ Van Baalen 2006, p. 75.

²⁹⁹ Artikel 4:20 lid 1 Wft.

³⁰⁰ Artikel 4:23 en 4:24 Wft.

³⁰¹ Pijls 2011, p. 11, Scheltema & Scheltema 2009, p. 79-80 en Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT), p. 26.

³⁰² Zie bijvoorbeeld: Algemene voorwaarden betaalrekeningen en betaaldiensten van de Rabobank 2014 of Voorwaarden en overige regelingen voor particulieren rekeninghouders van ING.

gestandaardiseerde informatie, wordt uitgegaan van hetgeen mag worden verwacht van een *gemiddelde consument*.³⁰³ Ook het privaatrecht hanteert de gemiddelde consument als algemene maatstaf.³⁰⁴ Het publiekrecht verplicht de bank om deze algemene voorwaarden correct en duidelijk te verschaffen.³⁰⁵ Het privaatrecht richt zich op het onverplicht verstrekken van informatie, maar kent een vergelijkbare maatstaf. Het richt zich daarbij voornamelijk op de gevolgen van het verstrekken van misleidende informatie.³⁰⁶ De informatieplicht brengt tevens met zich mee, dat een bank selecteert welke informatie aan een consument moet worden verschaft.³⁰⁷ Deze informatieplicht reikt dermate ver, dat een consument zodanig moet worden voorgelicht, dat niet achteraf kan worden gezegd dat de consument bankfraude en de gevolgen daarvan niet had kunnen voorzien.³⁰⁸

In het Sprintplan-arrest is bepaald dat aangeboden informatie niet te veel verspreid over documenten moet worden aangeboden.³⁰⁹ Gekeken naar de informatie die banken verschaffen bij het openen van een betaalrekening, valt het volgende op. De algemene voorwaarden van ING, geven aan op welke manier veilig en zorgvuldig moet worden gehandeld binnen het betalingsverkeer, maar verschaffen geen informatie over de afzonderlijke vormen van bankfraude. Er wordt enkel verwezen naar de website.³¹⁰ Als wordt gekeken naar algemene voorwaarden van Rabobank.³¹¹ Dan blijkt dat daarin wordt vermeld wat onder *geldezel* moet worden verstaan en worden consumenten daarvoor behoed. Ook wordt kort geïnformeerd over *phishing*, maar wordt de consument voor meer informatie verwezen naar de website.³¹² Ik ben van mening dat juist nu bankfraude veel voorkomt, een bank zich in de algemene voorwaarden op alle veelvoorkomende vormen moet richten, dus ook op *skimming* en *trojan*. Bovendien is het van belang dat een bank aan de consument duidelijke informatie verschaft. Geredeneerd vanuit het Sprintplan-arrest, ben ik van mening dat dus niet wordt voldaan aan de plicht om informatie op duidelijke wijze te verschaffen.³¹³

Er moet niet alleen voorafgaand maar ook gedurende de contractuele relatie informatie worden verschaft, omdat steeds weer nieuwe vormen van bankfraude ontstaan en fraudeurs geraffineerd te werk gaan.³¹⁴ Mijns inziens zouden banken consumenten via de post op de hoogte moeten houden over deze nieuwe ontwikkelingen en gevaren binnen het bankwezen. Op deze wijze krijgen consumenten de informatie in hun schoot geworpen en maakt de

³⁰³ Geredeneerd vanuit *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322 en 508-511.

³⁰⁴ Horsten 2007, p. 190.

³⁰⁵ Artikel 4:19 lid 2 Wft.

³⁰⁶ Tienstra & Van de Laar 2011, p. 236 en Artikel 6:228 en 6:194 BW.

³⁰⁷ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 322.

³⁰⁸ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013.

³⁰⁹ Rb. Utrecht 29 november 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ3654 r.o. 4.37 (Sprintplan).

³¹⁰ Voorwaarden en overige regelingen voor particulieren rekeninghouders van ING.

³¹¹ Algemene voorwaarden betaalrekeningen en betaaldiensten van de Rabobank 2014.

³¹² Zie bijlage II.

³¹³ Rb. Utrecht 29 november 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ3654 r.o. 4.37 (Sprintplan) en artikel 4:19 lid 2 Wft.

³¹⁴ 'Fors minder fraude bij internetbankieren', *Nu.nl* – Gepubliceerd op 2 april 2013, <www.nu.nl/internet/3386851/fors-minder-fraude-bij-internetbankieren.html> en artikel 4:20 lid 3 sub a BW.

consument zelf de keuze om deze informatie te lezen. Bovendien moeten banken consumenten gedurende de contractuele relatie via het internet informeren, omdat het daardoor mogelijk wordt om consumenten tijdens het internetbankieren te informeren, zonder dat consumenten veel moeite hoeven te nemen om deze informatie te vergaren.

Ik ben van mening dat het verschaffen van goede informatie en het veelvuldig en duidelijk waarschuwen van consumenten, een *verandering in de balans tussen de zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid* veroorzaakt. De bank komt daarmee vanwege haar deskundige positie niet onder haar aansprakelijkheid uit, maar kan er wél voor zorgen dat de eigen verantwoordelijkheid van de consument toeneemt, doordat de consument over meer kennis beschikt en een bank daardoor meer van een consument mag verwachten.

7.2.1.2. Eigen verantwoordelijkheid van de consument

Bij de eigen verantwoordelijkheid van de consument staat voorop dat de bijzondere zorgplicht van een bank niet met zich meebrengt dat de bank verantwoordelijk moet worden gehouden voor de gedraging van een de consument. Op de consument rust tevens een zekere eigen verantwoordelijkheid.³¹⁵ Op deze manier wordt *moral hazard* voorkomen. Op het moment dat de bank immers een te hoge zorgplicht krijgt en de consument daardoor weinig autonomie kent, voelt de consument geen prikkel meer om zorgvuldig te handelen,³¹⁶ waardoor dit naar mijn mening juist bankfraude in de hand werkt.

Gekeken naar de zelfregulering van banken, dan volgen uit de veiligheidsregels belangrijke verplichtingen waaraan een consument zich moet houden bij het gebruik van een betaalmiddel.³¹⁷ Vanuit het privaatrecht wordt de consument gewezen op de plicht om deze maatregelen, over veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken bij het verkrijgen van een betaalinstrument, te waarborgen.³¹⁸ Bovendien stelt het KiFiD bij het beoordelen van de eigen verantwoordelijkheid van de consument hoge eisen aan de zorgvuldigheid van de kaarthouder.³¹⁹ Indien de consument bewijst dat de veiligheidsregels in acht zijn genomen dan kan, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, de schade alsnog op de bank wordt verhaald.³²⁰ De controleplicht is naar mijn mening gekoppeld aan de meldplicht. Indien de consument iedere twee weken de bankrekening controleert, kan binnen korte tijd een vreemde transactie worden gesignaleerd, waardoor dit binnen deze termijn kan worden gemeld. Dat maakt het voor de bank mogelijk om de bankrekening direct te blokkeren en daardoor de schade te beperken. Bovendien wordt de kans vergroot om een

³¹⁵ *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322.

³¹⁶ Klick & Mitchell 2006, p. 1626, zie hoofdstuk 6 voor meer informatie over *moral hazard*.

³¹⁷ 'Uniforme veiligheidsregels particulariseren', *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

³¹⁸ Artikel 7:524 lid 1 sub a jo 7:524 lid 2 BW.

³¹⁹ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-243 d.d. 29 juli 2013.

³²⁰ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-92 d.d. 22 maart 2012.

groot gedeelte of alle schade vergoed te krijgen.³²¹ Bij het te laat melden komt immers de schade grotendeels of geheel voor eigen rekening.³²² De twee weken termijn van de meldplicht is naar mijn mening een redelijk termijn. Het verkorten van deze termijn heeft tot gevolg dat er meer verantwoordelijkheid bij de consument wordt gelegd, terwijl het verlengen van de termijn de kans om binnen korte termijn bankfraude te signaleren verkleind en daardoor de schade nauwelijks meer kan worden beperkt. Dit zou betekenen dat de verantwoordelijkheid richting de bank verschuift. Naast deze meldplicht rust op de consument de privaatrechtelijke plicht om de bank in kennis te stellen van verlies, diefstal, onrechtmatig gebruik of niet-toegestaan gebruik van de pinpas.³²³ In het geval dat een consument een betaalrekening opent, gaat de bank bij het vervullen van de informatieplicht, in het publiekrecht uit van de *gemiddelde consument*. Tevens valt uit de privaatrechtelijke eigen schuld deze maatstaf af te leiden. Geredeneerd vanuit de effectenlease, rust op de consument de plicht om de moeite te nemen de verstrekte algemene voorwaarden bij het openen van een betaalrekening door te nemen en te begrijpen.³²⁴ Bij het niet begrijpen van deze informatie, rust op de consument de verantwoordelijkheid om hulp van bekenden of deskundigen in te schakelen. Naar mijn mening is de verantwoordelijkheid zelfs groter in dit onderzoek dan bij andere financiële producten of diensten, omdat de bank bij het openen van een betaalrekening geen advies verschaft, maar gestandaardiseerde algemene voorwaarden verschaft.³²⁵ Een bank bepaalt welke informatie wordt verschaft en moet zich daarbij laten leiden door hetgeen een consument zonder de informatie niet had kunnen voorzien.³²⁶ De consument is dus verantwoordelijk voor de schade die ontstaat door een gevaar, dat de consument zonder de verstrekte informatie had moeten en kunnen voorzien.

7.2.2. Skimming

7.2.2.1. Zorgplicht van de bank

Bij *skimming* schrijven fraudeurs geld van rekeningen van consumenten af, zonder daarbij uit naam van de bank te handelen. Dat betekent niet dat de bank geen zorgplicht heeft. De zorgplicht van de bank reikt echter niet zover dat op de bank de plicht tot signalering van vreemde transacties rust.³²⁷ Indien een bank *skimming* vermoedt, dan kent volgens een uitspraak van het KiFiD de bank wél de zorgplicht om onderzoek te doen naar diefstal van de betaalpas en de daaraan gekoppelde gevolgen.³²⁸ Bovendien rust op de bank een

³²¹ Zie Voorwaarde 4 (controleplicht) en 5 (meldplicht) Nieuwe veiligheidsregels, Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, *Prg* 2010, 58 en Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-26 d.d. 14 januari 2014.

³²² *Ibid* en artikel 6:89 BW.

³²³ Artikel 7:524 lid 1 BW.

³²⁴ HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684, r.o. 4.7.12 (Levob/Bolle), Scheltema & Scheltema 2009, p. 79-80 en Neering 2013, p. 416.

³²⁵ Voortbordurend op hetgeen staat vermeld in *Kamerstukken II* 2005/06, 29 708, nr. 19, p. 321-322.

³²⁶ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013.

³²⁷ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-243 d.d. 29 juli 2013.

³²⁸ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-208 d.d. 14 december 2010.

waarschuwingsplicht. Bij *skimming* houdt deze plicht in dat een bank consumenten erop attendeert dat niet iedere geld-, betaal- en verkoopautomaat betrouwbaar is, dus dat consumenten oplettendheid moeten betrachten bij het gebruik van een willekeurige automaat. Bovendien is de bank verplicht tot informatieverstrekking die dermate ver strekt, dat een bank informeert over de plaatsen waar geld-, betaal- en verkoopautomaten het minst betrouwbaar zijn en waar dus de kans op *skimming* het grootst is. Daarbij gaat het om parkeer- en geldautomaten, en om onbemande benzinestations. Bovendien moeten banken consumenten informeren over de onbetrouwbaarheid van automaten waarin de pinpas geheel verdwijnt. Daarbij bestaat immers het gevaar op *card trapping*.³²⁹

Het privaatrecht biedt tevens een mogelijkheid om een uitgavenlimiet met de bank overeen te komen voor betalingen met betaalinstrumenten.³³⁰ Mijns inziens zouden banken consumenten hierop moet attenderen, omdat dit juist voor *skimming* en *card trapping* voordelen biedt. Daarbij worden immers pinpassen gekopieerd of komen in handen van fraudeurs. Het doel van dit uitgavenlimiet bij fraude komt erop neer dat, op het moment dat fraudeurs bij het pinnen het overeengekomen limiet bereiken, de bank de privaatrechtelijke bevoegdheid heeft om op basis van artikel 7:523 lid 2 BW het betaalinstrument te blokkeren als daartoe een objectief gerechtvaardigde reden bestaat. De wet noemt hiervoor onder andere het frauduleus gebruik van een betaalinstrument, waardoor gedupeerden van *skimming* of *card trapping* tot op zekere hoogte door dit uitgavenlimiet worden beschermd.

7.2.2.2. Eigen verantwoordelijkheid van de consument

Bij *skimming* wordt de pinpas gekopieerd, waardoor fraudeurs op een niet-toegestane wijze gebruik maken van het betaalmiddel. Bij *card trapping* wordt de pinpas gestolen en wordt de pinpas tevens op een niet-toegestane wijze gebruikt. Daardoor rust bij zowel *skimming* als *card trapping* de privaatrechtelijke plicht op de consument om dit te melden bij de bank.³³¹

Bij *skimming* draait het om het in handen krijgen van de pincode en de pinpas, daardoor rust op de consument overeenkomstig de veiligheidsregels de plicht om de beveiligingscodes geheim te houden. Daarbij moet de consument zoveel mogelijk voorkomen dat via een mini-camera of over de schouder van de consument wordt meegekeken tijdens de invoer van de pincode.³³² Bovendien is het van belang dat een betaalpas niet door een ander wordt gebruikt en dat de consument oplet of de pinpas na het gebruik wordt teruggegeven.³³³ Bij *card trapping* wordt de pinpas niet teruggegeven, waardoor wordt geadviseerd om bij de automaat te blijven en hulp van de politie of de bank in te schakelen. Op het moment dat de pinpas niet wordt teruggegeven en de consument wegloopt, komt de immers de fraudeur in

³²⁹ 'Skimming', *politie.nl* – Geraadpleegd op 14 mei 2014, <www.politie.nl/onderwerpen/skimming.html>.

³³⁰ Artikel 7:523 lid 1 BW.

³³¹ Artikel 7:524 lid 1 BW.

³³² Zie: Voorwaarde 1 Nieuwe veiligheidsregels.

³³³ Zie: Voorwaarde 2 Nieuwe veiligheidsregels.

actie door de betaalpas uit de automaat te halen en om vervolgens geld van de bankrekening af te schrijven. Bij *card trapping* ligt de keuze om hulp in te schakelen dus bij de consument.³³⁴ Op het moment dat een consument direct een melding maakt³³⁵ en in de buurt van de automaat blijft, kan nog worden beargumenteerd dat er geen sprake is van grove nalatigheid. Daardoor kan het voorkomen dat de bank de schade geheel of naar evenredigheid met de schuld van de consument vergoedt overeenkomstig de privaatrechtelijke eigen schuld.³³⁶ Bovendien bepaalt de consument zelf, ondanks waarschuwingen en voorlichtingen van de bank, op welke plaats hij geld-, betaal- en verkoopautomaten gebruikt en of hij kiest voor een automaat waar de pinpas in de invoermond verdwijnt. Op het moment dat de 'invoermond' anders oogt dan aangegeven op het betaalscherm, dan bestaat het gevaar dat er een klemmetje of magneetstriplezer in de 'invoermond' is geplaatst.³³⁷ Om voortijdig vreemde transacties te signaleren en de eigen verantwoordelijkheid te minimaliseren, moet de bankrekening iedere twee weken door de consument worden gecontroleerd.³³⁸ Dit is vooral van belang voor *skimming*, omdat daarbij onopgemerkt wordt gefraudeerd. Het privaatrecht biedt ook de mogelijkheid om een uitgavenlimiet overeen te komen, waardoor de bank bij een vermoeden van fraude de rekening blokkeert en de consument maar tot dat plafond risico loopt.³³⁹ Alle banken in Nederland blokkeren bovendien betaalmiddelen van consumenten voor transacties buiten Europa.³⁴⁰ Op het moment dat een consument buiten Europa gebruik wil maken van de pinpas, beschikt hij over de mogelijkheid om de pinpas tijdelijk te deblokkeren.³⁴¹ Voorts, is mijns inziens de consument ervoor verantwoordelijk dat de pinpas is uitgeschakeld voor transacties buiten Europa op het moment dat de pas daar niet voor wordt gebruikt. Hoe langer een betaalmiddel immers onbeschermd is, des te langer een consument risico loopt op bankfraude.

7.2.3. Phishing

7.2.3.1. Zorgplicht van de bank

Het verschil met *skimming* is dat bij *phishing* uit naam van de bank wordt gefraudeerd. In vergelijking met andere vormen van bankfraude richt *phishing* zich dus specifiek op een

³³⁴ 'Card trapping', *Telegraaf* – Geraadpleegd op 11 maart 2014,

<www.telegraaf.nl/uitwinkelen/21723722/___Card_trapping_nieuwe_skimmen_.html>.

³³⁵ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-26 d.d. 14 januari 2014.

³³⁶ Hartlief e.a. 2012, p. 286 en artikel 6:101 BW.

³³⁷ 'Skimming', *politie.nl* – Geraadpleegd op 14 mei 2014, <www.politie.nl/onderwerpen/skimming.html>.

³³⁸ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-26 d.d. 14 januari 2014.

³³⁹ Artikel 7:523 lid 2 BW.

³⁴⁰ 'Fors minder fraude bij internetbankieren', *Nu.nl* – Gepubliceerd op 2 april 2013,

<www.nu.nl/internet/3386851/fors-minder-fraude-bij-internetbankieren.html> en 'Banken: skimfraude gekelderd door geoblocking', *Banken.nl* – Gepubliceerd op 5 juli 2013, <<http://www.banken.nl/nieuws/1071/banken-fraude-met-skimmen-gekelderd-door-geoblocking>>, uit onderzoek blijkt dat de schade als gevolg van *skimming* en *card trapping* daardoor met 80% is afgenomen.

³⁴¹ 'Grote banken blokkeren pinpassen buiten Europa', *Telegraaf* – Gepubliceerd op 26 maart 2014, <www.telegraaf.nl/overgeld/consument/21422014/_Grote_banken_blokken_pinpassen_buiten_Europa_.htm>.

bank. Uit naam van de bank worden e-mails verstuurd en telefoongesprekken gevoerd. Daarbij rust op banken de plicht om consumenten te waarschuwen voor de wijzen waarop fraudeurs consumenten benaderen³⁴² en hen erop te attenderen dat consumenten geen gegevens moeten afstaan, omdat de bank daar nooit via e-mail of telefoon om vraagt. Omdat bij *phishing* namens de bank wordt gehandeld, ben ik van mening dat meer van haar mag worden verwacht. Als namens de bank een e-mail wordt verstuurd of een telefoongesprek wordt gevoerd, dan wordt ingespeeld op het vertrouwen van consumenten in hun desbetreffende bank, waardoor consumenten op basis van die vertrouwenspositie ingaan op de door fraudeurs gestelde vragen. Als bovendien wordt gekeken naar het gevolg van *phishing* dan blijkt dat consumenten het vertrouwen in hun bank verliezen nadat zij eenmaal met *phishing* in aanraking zijn gekomen. Voor banken is het dus vanuit dit oogpunt van belang om te voorkomen dat afbreuk wordt gedaan aan de 'goede naam' van de bank.³⁴³ Naast de waarschuwingsplicht rust op de bank ook een informatieplicht. Daarmee moet worden geïnformeerd welke handelswijze fraudeurs bij *phishing* hanteren en op welke wijze een consument met *phishing* in aanraking kan komen, zodat zij voortijdig herkennen wanneer zij daarmee te maken hebben. Bovendien rust vanuit het privaatrecht op de bank de wettelijke plicht om zorgvuldigheid te betrachten als het gaat om gepersonaliseerde veiligheidskenmerken. Deze moet de bank geheimhouden, omdat alle gegevens van consumenten fraudeurs op weg helpen bij het bereiken van hun doel.³⁴⁴

7.2.3.2. Eigen verantwoordelijkheid van de consument

Bij *phishing* krijgt een fraudeur door toedoen van de consument en door uit naam van de bank te handelen en daarmee een vertrouwenspositie te creëren, de mogelijkheid om te frauderen. Van belang daarvoor is dat een consument zich houdt aan de ABV, door zorgvuldig gebruik te maken van internet, fax, post of andere communicatiemiddelen.³⁴⁵ Fraudeurs maken bij *phishing* immers gebruik van diverse communicatiemiddelen om bancaire gegevens van consumenten in te winnen.³⁴⁶ Bovendien moet een consument vanuit de veiligheidsregels binnen het betalingsverkeer voldoende zorgvuldigheid betrachten als het gaat om beveiligingscodes. Daarbij wordt een consument verplicht om de pincode of andere bankgegevens geheim te houden en deze nooit via telefoon, e-mail of op een andere wijze dan door de bank voorgeschreven, te verstrekken.³⁴⁷ Ook de ABV kent de plicht om de pin-

³⁴² Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

³⁴³ Vier op de tien internetgebruikers blijkt het vertrouwen in banken kwijt te raken, nadat zij eenmaal een phishingmail hebben ontvangen, 'Phishing schaadt aanzien van banken', *Nu.nl* – Gepubliceerd op 26 november 2007, <www.nu.nl/internet/1331617/phishing-schaadt-aanzien-van-banken.html>.

³⁴⁴ Artikel 7:524 lid 1 sub b BW.

³⁴⁵ Artikel 16 ABV 2009.

³⁴⁶ Jakobsson & Myers, 2007, p. 5.

³⁴⁷ Zie: Voorwaarde 1 Nieuwe veiligheidsregels.

en toegangscode geheim te houden en om daarmee zorgvuldig om te gaan.³⁴⁸ Het privaatrecht wijst de consument erop vreemde transacties direct te melden bij de bank.³⁴⁹ Bovendien moet een consument, indien hij zich na een e-mail of telefoongesprek realiseert dat hij de gevraagde gegevens niet had moeten verstrekken, dit direct melden bij de bank. Op dat moment beschikt de bank nog over de mogelijkheid om voortijdig de rekening te blokkeren. Indien er al schade is ontstaan, dan kan daardoor in ieder geval de kans worden verkleind dat de schade geheel voor rekening van de consument komt. Op het moment dat er geen melding wordt gemaakt, schendt de consument de veiligheidsregels en loopt hij als gevolg daarvan een groter risico om voor de gehele schade aansprakelijk te worden gesteld op grond van grove nalatigheid.³⁵⁰ Bovendien rust op de consument de plicht om zorg te betrachten bij het doorklikken op een in de e-mail genoemde website. Een consument moet daarbij op advies van Rabobank controleren of de gegeven hyperlink overeenstemt met de originele website van de bank. De consument doet er verstandig aan, om zelfs geen gebruik te maken van de hyperlink, maar om zelf de verwijzlink in de webbrowser in te geven.³⁵¹ Van belang is dat een consument ook zorgvuldig omgaat met persoonlijke gegevens. Bij *phishing* zijn fraudeurs immers uit op dergelijke informatie om aan de hand daarvan identiteiten van consumenten te stelen en voorts over te gaan tot het frauderen. Van belang is om bijvoorbeeld zorg te betrachten bij het gebruik van *Social media*.³⁵²

7.2.4. Trojan

7.2.4.1. Zorgplicht van de bank

Bij *trojan* staat in ieder geval voorop dat de rol van de bank beperkt is.³⁵³ Banken kunnen de installatie van dit programma nauwelijks voorkomen.³⁵⁴ Er wordt niet, zoals bij *phishing*, uit naam van de bank gehandeld. Deze vorm van bankfraude doet zich onbewust voor, doordat een programma de computer in sluipt. Daarom is het van belang om een consument te waarschuwen voor het gevaar dat zij via hun computer kunnen lopen. Bovendien staan consumenten er niet bij stil dat via een programma persoonlijke en bancaire gegevens kunnen worden achterhaald en met deze gegevens in de hand, de mogelijkheid wordt verschaft om te frauderen. De bank is verplicht om in de verstrekte informatie daarom aan te geven, op welke manier kan worden voorkomen dat een programma de computer binnendringt. Daarbij rust op de bank de plicht om te vermelden wanneer een computer over het algemeen voldoet aan de meest actuele (beveiligings-)updates en wanneer een

³⁴⁸ Artikel 21 lid 1 en 2 ABV 2009.

³⁴⁹ Zie: Voorwaarde 5 Nieuwe veiligheidsregels en artikel 7:524 lid 1 BW.

³⁵⁰ Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013 en artikel 7:529 BW.

³⁵¹ 'Wat kunt u zelf doen?', *Rabobank* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.rabobank.nl/bedrijven/servicemenu/veilig_bankieren/wat_kunt_u_doen/>.

³⁵² Van der Hulst & Neve 2008, p. 60.

³⁵³ 'Trojan', *Banken.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/trojan>.

³⁵⁴ Ibid.

computer dus voldoende beveiligd is om *trojan* buiten de deur te houden. Bovendien moet een bank wijzen op de mogelijkheid om een Trusteer veiligheidsssoftware op de computer te downloaden, waarmee de kans op *trojan* wordt verkleind. Deze software biedt ING aan haar klanten aan.³⁵⁵ Dit betekent echter niet dat daarmee ING garant staat voor de schade die alsnog intreedt na installatie van deze software. Mijns inziens zouden alle banken bij het openen of het gebruiken van een betaalrekening deze veiligheidsssoftware moeten aanbieden en verplichten aan consumenten. Op het moment dat een consument hierover wordt geïnformeerd en dus beschikt over de mogelijkheid om de kans op *trojan* te verkleinen, maar deze kans niet pakt, verschuift afhankelijk van de omstandigheden van het geval de grens van de eigen verantwoordelijkheid richting de consument. Daardoor wordt de bank niet gevrijwaard van de aansprakelijkheid, maar komt het nalaten van deze plicht meer voor het risico van de consument.

7.2.4.2. Eigen verantwoordelijkheid van de consument

Bij *trojan* verstrekt een consument niet uit eigen toedoen de bancaire gegevens aan fraudeurs, maar verschaft een fraudeur zichzelf de gegevens van de consument door met een programma een computer binnen te sluipen.³⁵⁶ Om het aantal gedupeerde als gevolg van *trojan* te verminderen, is in de nieuwe veiligheidsregels onder andere een voorwaarde opgenomen die de consument verplicht om de apparatuur waarmee bankzaken worden geregeld goed te beveiligen. Een computer moet de meest actuele (beveiligings-)updates bevatten en consumenten moeten gebruik maken van legale software. Bovendien is het van belang dat een consument zich na het verrichten van bankzaken uitlogt van de betaalwebsite van de bank en dat de software wordt beveiligd met een toegangscode.³⁵⁷ In het geval dat een consument deze of andere veiligheidsregels schendt, dan geldt de regel dat de consument grof nalatig heeft gehandeld en daardoor de schade draagt.³⁵⁸ Indien consumenten vermoeden dat zij te maken hebben met *trojan*, maar er nog geen vreemde transacties zijn verricht, rust naar mijn mening vanuit het privaatrechtrecht een plicht op de consument om daar direct een melding van te maken. Op deze manier kunnen verdere criminele stappen worden voorkomen en kan het risico, dat een consument geheel aansprakelijk wordt gesteld voor de schade, worden geminimaliseerd.³⁵⁹ Momenteel biedt ING haar consumenten de mogelijkheid om gratis veiligheidsssoftware te downloaden. Het is

³⁵⁵ 'ING Trusteer Rapport', *ING* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.ing.nl/de-ing/veilig-bankieren/veilig-internetbankieren/ing-trusteer-rapport/index.aspx>. Trusteer veiligheidsssoftware beschermt tegen aanvallen van software. Het biedt bescherming naast een virusscan en beschermt tegen misbruik van inloggegevens.

³⁵⁶ 'Nederland getroffen door omvangrijke bankfraude', *Nu.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.nu.nl/internet/2844361/nederland-getroffen-omvangrijke-bankfraude.html>.

³⁵⁷ Zie: Voorwaarde 3 Nieuwe veiligheidsregels.

³⁵⁸ 'Uniforme veiligheidsregels particulariseren', *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>, Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013 en artikel 7:529 lid 2 BW.

³⁵⁹ Artikel 7:529 BW.

van belang om als consument deze Trusteer veiligheidsssoftware te downloaden, omdat daarmee de kans op *trojan* wordt verkleind.³⁶⁰ Op een consument rust de plicht om medewerking te verlenen aan dergelijke risicoverlagende maatregelen.

7.2.5. *Geldezel*

7.2.5.1. Zorgplicht van de bank

Bij deze vorm van bankfraude speelt de bank een beperkte rol. Bovendien is het verschil met andere fraudevormen dat hierbij een *geldezel* de rekening of zelfs een betaalmiddel en pincode ter beschikking stelt en uiteindelijk naast slachtoffer tevens dader is.³⁶¹

Een bank moet consumenten waarschuwen, door hen erop te attenderen dat het handelen als *geldezel* strafbaar is en door te wijzen op het doel dat fraudeurs daarmee voor ogen hebben. Bovendien dient een bank daarbij te vermelden dat de pakkans van een *geldezel* 100 procent is, zodat daarmee een afschrikwekkend effect kan worden bereikt.³⁶² Banken zouden dit middels een campagne onder de aandacht kunnen brengen. Een voorbeeld van een lopende campagne is de campagne door de NVB, in samenwerking met de politie, genaamd 'pas op je pas'. Daarmee worden jongeren bewust gemaakt van het belang van de betaalpas en de gevolgen van het afstaan van de pinpas.³⁶³ De informatieplicht van een bank speelt ook een belangrijke rol. In de informatie moet mijns inziens de werkwijze en het doel van fraudeurs worden vermeld. Fraudeurs vertellen een overtuigend verhaal en beloven aan de *geldezel* een beloning, waarmee *geldezels* worden overgehaald om medewerking te verlenen. Tevens dient naast het strafrechtelijke aspect, informatie te worden verstrekt over de verdere gevolgen voor een *geldezel*: a) de *geldezel* is verantwoordelijk voor de financiële gevolgen en schade van gedupeerden en b) de *geldezel* komt op de zwarte lijst van een bank en krijgt gedurende een lange periode geen mogelijkheid om een lening af te sluiten of een bankrekening te openen.³⁶⁴ Naar mijn mening moet een bank consumenten ook wijzen op de privaatrechtelijke mogelijkheid, om een uitgavenlimiet overeen te komen, omdat het bij *geldezel* gaat om het gebruik van andermans betaalmiddel of bankrekening. Aan de hand daarvan kunnen de financiële gevolgen van bankfraude worden geminimaliseerd, doordat de bank bij een vermoeden van fraude de bankrekening van de consument blokkeert.³⁶⁵

³⁶⁰ 'ING Trusteer Rapport', *ING* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.ing.nl/de-ing/veilig-bankieren/veilig-internetbankieren/ing-trusteer-rapport/index.aspx>.

³⁶¹ 'Ruim veertig geldezel opgespoord', *OM* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.om.nl/onderwerpen/cybercrime/@156687/ruim-veertig/>.

³⁶² *Ibid.*

³⁶³ 'Campagne tegen groeiend aantal geldezel', *NVB* – Geraadpleegd op 8 juni 2014, <www.nvb.nl/nieuws/2011/1041/campagne-tegen-groeiend-aantal-geldezels.html>.

³⁶⁴ 'Hoe werkt het?', *Pas op je pas* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.pasopjepas.nl/index.php?p=930608>.

³⁶⁵ Artikel 7:523 lid 1 en 2 BW.

7.2.5.2. Eigen verantwoordelijkheid van de consument

Bij *geldezel* speelt de consument een actieve rol, doordat een consument door eigen toedoen de betaalpas en pincode afstaat aan een fraudeur en meewerkt aan het ter beschikking stellen van de bankrekening. Voorop staat dat een consument zich houdt aan de voorgeschreven veiligheidsregels.³⁶⁶ Omdat een *geldezel* niet altijd inziet wat voor doel een fraudeur voor ogen heeft rust op de consument de plicht om, bij een constatering dat de pinpas op een niet-toegestane wijze wordt gebruikt, daar een melding van te maken bij de bank.³⁶⁷ Op de consument rust bovendien vanuit de ABV de plicht om bij het gebruik van financiële producten en diensten, geen strafbaar feit te veroorzaken.³⁶⁸ Echter, door als *geldezel* een betaalmiddel of de bankrekening ter beschikking te stellen, wordt een strafbaar feit gepleegd en handelt hij op grond van de ABV onzorgvuldig. Dit strafbaar feit kan worden voorkomen door als consument geen bancaire gegevens af te staan.³⁶⁹ Bovendien rust op de consument de plicht om het bij een bank te melden, indien hij wordt benaderd door een fraudeur om als *geldezel* op te treden of indien een consument eenmaal in zee is gegaan met een fraudeur.³⁷⁰ Naar mijn mening zou op de consument ook een plicht moeten rusten om een uitgavenlimiet bij de bank overeen te komen overeenkomstig het privaatrecht. Bij een vermoeden van fraude of onveilig gebruik van een betaalmiddel, beschikt de bank uit beschermingsoogpunt over de mogelijkheid om de bankrekening te blokkeren.³⁷¹ Bovendien storten fraudeurs enorme bedragen op de bankrekening van een *geldezel*, maar worden zij door het limiet belemmerd in het doorstorten. Op het moment dat een *geldezel* wordt gepakt en wordt verplicht om de schulden terug te betalen, beschikt de *geldezel* nog over een gedeelte van het geld, waardoor de financiële gevolgen beperkt blijven.

Over het algemeen blokkeren alle banken betaalrekeningen voor transacties buiten Europa, om daarmee de schade als gevolg van *skimming* te beperken.³⁷² Echter, ik ben van mening dat dit tevens van belang is voor *geldezel*, omdat ook daarbij vaak buitenlandse bankrekeningen worden gebruikt, en fraudeurs betaalmiddelen en pincodes krijgen verstrekt, waarmee zij naar het buitenland gaan.³⁷³ Ook hier geldt dat op de consument de plicht rust om na het activeren van het betaalmiddel, de blokkering te laten herleven.³⁷⁴

³⁶⁶ 'Uniforme veiligheidsregels particularien', *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

³⁶⁷ Artikel 7:524 lid 1 BW.

³⁶⁸ Artikel 2 lid 2 ABV 2009.

³⁶⁹ Zie: Voorwaarde 1 en 2 Nieuwe veiligheidsregels.

³⁷⁰ Zie: Voorwaarde 5 Nieuwe veiligheidsregels.

³⁷¹ Artikel 7:523 lid 1 en 2 BW.

³⁷² 'Fors minder fraude bij internetbankieren', *Nu.nl* – Gepubliceerd op 2 april 2013, <www.nu.nl/internet/3386851/fors-minder-fraude-bij-internetbankieren.html>.

³⁷³ 'Geldezels: Werkwijze crimineel', *Veilig bankieren* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.veiligbankieren.nl/nl/internetbankieren/geldezels/werkwijze-crimineel.html>.

³⁷⁴ 'Grote banken blokkeren pinpassen buiten Europa', *Telegraaf* – Gepubliceerd op 26 maart 2014, <www.telegraaf.nl/overgeld/consument/21422014/_Grote_banken_blokkeren_pinpassen_buiten_Europa_.htm>.

Conclusie

Voorop staat dat op een bank een zwaardere zorgplicht rust dan op de consument. De bank verkeert immers in een deskundigere positie, waardoor de consument de zwakkere partij is binnen de contractuele relatie. Echter, deze bijzondere zorgplicht brengt niet met zich mee dat consumenten worden gevrijwaard van de nadelige gevolgen. In de afgelopen jaren bieden banken immers minder coudance aan consumenten en verwachten zij meer van hen. Mijns inziens geldt voor de genoemde vormen van bankfraude, dat op de bank een waarschuwings- en informatieplicht rust. De standaardiseerde algemene voorwaarden die worden verstrekt bij het openen van een betaalrekening worden afgestemd op een doelgroep. De bank kan immers niet zomaar in iedere situatie verantwoordelijk worden gehouden voor de schade, daarom moet hierbij worden uitgegaan van de gemiddelde consument. De inhoud van de verstrekte informatie wordt bepaald door hetgeen van die doelgroep mag worden verwacht. Van de gemiddelde consument wordt verwacht dat hij de moeite neemt om de informatie door te nemen en deze informatie begrijpt. Aan de hand van de informatie en waarschuwingen kan de mate van eigen schuld van een consument worden bepaald. Echter, hoe daaraan invulling moet worden gegeven is per vorm van bankfraude afhankelijk van de rol van de bank en de consument.

Bij *skimming* speelt de bank nauwelijks een rol. De zorgplicht van een bank houdt niet in dat een bank verplicht is tot signalering van vreemde transacties. Op een bank rust echter wel een onderzoeksplicht bij een vermoeden van *skimming*. Bovendien heeft een bank een waarschuwingsplicht. De bank dient consumenten te waarschuwen voor de onbetrouwbaarheid van geld-, betaal- en verkoopautomaten. De informatieplicht bestaat uit het verschaffen van informatie over plaatsen waar het gebruik van automaten minder betrouwbaar is en over het risico op card trapping. Voor *skimming* en card trapping is het van belang om tevens een uitgavenlimiet overeen te komen, omdat daarmee een limiet wordt gesteld aan de risicopositie van een consument. Op consumenten rust de plicht zorg te betrachten bij het intoetsen van de pincode en direct hulp in te schakelen indien de pinpas niet wordt teruggegeven. Consumenten reduceren de kans op *skimming* door automaten op risicovolle plaatsen te vermijden, een uitgavenlimiet met de bank overeen te komen en de pinpas geblokkeerd te laten indien deze niet wordt gebruikt voor transacties buiten Europa. Het verschil met *phishing* is dat daarbij uit naam van de bank wordt gehandeld en dat daardoor naar mijn mening meer van een bank mag worden verwacht in vergelijking met de andere vormen van bankfraude. Banken moeten daarbij niet alleen de consument beschermen, maar ook de eigen vertrouwenspositie en goede naam veilig stellen door het vertrouwen van consumenten te winnen. De bank moet consumenten erop attenderen dat nooit telefonisch of via de e-mail vertrouwelijke gegevens worden gevraagd. Bovendien moet er informatie worden verschaft over de manieren waarop een consument met *phishing* te

maken kan krijgen en de wijze waarop fraudeurs gegevens proberen te ontfutselen. Bij phishing verstrekt de consument uit eigen toedoen de gevraagde gegevens, waardoor de consument de plicht nalaat om zorgvuldigheid te betrachten met bancaire gegevens en persoonlijke informatie. Bovendien moeten zij zorg betrachten bij hyperlinks in e-mails.

Trojan kan door banken nauwelijks worden voorkomen. Daarom rust op de bank in ieder geval de plicht om consumenten te waarschuwen voor de werkwijze van *trojan*. Bovendien moet het belang van actuele (beveiligings-)updates worden aangegeven en moet bijvoorbeeld ING consumenten wijzen op de veiligheidssoftware. Mijns inziens zouden alle banken consumenten moeten verplichten om dergelijke software te downloaden. Op consumenten rust de plicht om de computer zo actueel mogelijk te updaten en om alert te zijn op het uitloggen na het internetbankieren. Bovendien moeten consumenten de veiligheidssoftware downloaden, indien de aangesloten bank deze aanbiedt.

Het verschil met *geldezel* is dat daarbij door eigen toedoen de rekening ter beschikking wordt gesteld en de *geldezel* niet alleen slachtoffer maar ook dader is, doordat de *geldezel* in beginsel uit eigen gewin medewerking verleent. Daarbij staat voorop dat consumenten verantwoordelijk met betaalinstrumenten omgaan en niet de betaalpas en pincode aan fraudeurs afstaan. De bank is verplicht om consumenten te waarschuwen voor bijvoorbeeld de grote pakkans van een *geldezel* en voor het doel van fraudeurs. De bank moet tevens consumenten informeren over de gevolgen die zijn gekoppeld aan het verlenen van medewerking en over de tactische wijze waarop fraudeurs te werk gaan. Ook is het bij *geldezel* verstandig om als bank consumenten te attenderen op het overeenkomen van een uitgavenlimiet. Op de consument rust daarbij de eigen verantwoordelijkheid om daadwerkelijk een uitgavenlimiet overeen te komen met de bank en om de pas geblokkeerd te laten voor transacties buiten Europa.

Uit dit onderzoek blijkt dat de bijzondere zorgplicht en de eigen verantwoordelijkheid haaks staan op hetgeen in de wet is bepaald. Bij skimming, phishing, *trojan* en *geldezel* schendt een consument immers één of meerdere veiligheidsregels, waardoor op basis van de wet grof nalatigheid kan worden aangenomen en alle schade voor rekening van de consument komt (artikel 7:529 lid 2 jo 7:524 BW). Bovendien blijkt uit een uitspraak van het KiFiD dat de gehele schade ten laste van de consument wordt gebracht indien de bank haar zorgplicht wel heeft vervuld door te waarschuwen en te informeren, maar de consument daar geen kennis van heeft genomen en dus het zorgvuldig handelen nalaat. Echter, uit andere uitspraken van het KiFiD blijkt dat in de praktijk dat, bij het schenden van bijvoorbeeld de controleplicht, de consument uiteindelijk de schade maar gedeeltelijk voor eigen rekening hoeft te nemen. Uit dit onderzoek blijkt tevens, gekeken naar de eigen verantwoordelijkheid van banken en de zorgplicht van consumenten, dat er wel degelijk een onderscheid moet worden gemaakt tussen de diverse vormen van bankfraude.

Literatuur- en jurisprudentielijst

Literatuur

Van Baalen 2006

S.B. van Baalen, 'De bijzondere zorgplicht bij financiële contracten', *Contracteren* 2006, 4.

Van Baalen 2006

S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel*, diss. Groningen 2006.

Bierens 2012

B. Bierens, 'Girale betaling, automatische incasso en het recht van storno', *MvV* 2012, 3.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, 'Bancaire zorgplicht en eigen verantwoordelijkheid van de belegger', *NTBR* 2003, 10.

Van Boom 2007

W.H. van Boom, 'Effectuerend handhaven in het privaatrecht', *NJ* 2007, 16.

Van den Brink 2003

V. van den Brink, 'De bank en haar zorgplicht, een trilogie', *NbBW* 2003, 10.

Broeders e.a. 2011

D. Broeders, C.M.K.C. Cuijpers en C.J.E.J. Prins, *De staat van informatie*, Amsterdam/Den Haag: Amsterdam University Press 2011.

Cherednychenko 2007

O.O. Cherednychenko, 'Zorgplichten bij financiële contracten: is er nog een wezenlijke rol voor het contractenrecht weggelegd?', *Contracteren* 2007, 4.

Cherednychenko 2010

O.O. Cherednychenko, 'De bijzondere zorgplicht van de bank in het spanningsveld tussen het publiek- en privaatrecht', *NTBR* 2010, 11.

Cherednychenko 2013

O.O. Cherednychenko, 'Een nieuwe generieke zorgplicht in het financiële toezichtprivaatrecht: Op naar meer toenadering tussen het bestuursrecht en het contractenrecht?', *WPNR* 2013, 6998.

Cortenraad 2012

W.H.F.M. Cortenraad, 'Hoe bijzonder is de bijzondere zorgplicht?', *Ondernemingsrecht* 2012, 128.

DAS 2011

DAS, *Recht voor Dummies*, Pearson Benelux BV: Amsterdam 2011.

Van Dijk & Van der Woude 2009

H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van de informatie-, onderzoeks- en waarschuwingsverplichtingen en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009, 11.

Faber e.a. 2010

W. Faber e.a., *Phishing, Kinderporno en Advance-Fee internet Fraud: Hypothesen van cybercrime en haar daders*, Den Haag: WODC 2010.

Hartlief 2003

T. Hartlief, 'De gevaren van de optiehandel: hoe ver strekt de zorg van de bank?', *AA* 2003, 12.

Hartlief e.a. 2012

T. Hartlief, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012.

Hazeu 2011

C.A. Hazeu, 'De crisis, de bank en de wet', *TvOF* 2011, 43.

Van Helden 2007

R.W. van Helden, 'De MiFID en haar implementatie in de Nederlandse wetgeving', *V&O* 2007, 7/8.

Horsten 2007

P. Horsten, 'De gemakzuchtige of niet-begrijpende consument', *TvFR* 2007, 6.

Van der Hulst & Neve 2008

R. van der Hulst & R. Neve, *High-Tech Crime, Soorten criminaliteit en hun Daders. Een Literatuurinventarisatie*, Meppel: Boom 2008.

Jakobsson & Myers 2007

M. Jakobsson & S. Myers, *Phishing and Countermeasures: Understanding the Increasing Problem of Electronic Identity Theft*, Hoboken: Wiley, 2007.

Jansen 2010

K.J.O. Jansen, 'De eigen verantwoordelijkheid van de financiële consument', *WPNR* 2010, 6853.

Klick & Mitchell 2006

J. Klick & G. Mitchell, 'Government regulation of irrationality: Mora land cognitive hazards', *Minnesota Law Review* 2006, 90.

Koops 2012

B.J. Koops, 'De dynamiek van cybercrimewetgeving in Europa en Nederland', *Justitiële verkenningen* 2012, 38.

Van der Meulen 2012

N.S. van der Meulen, 'Eigen schuld, dikke bult? Aansprakelijkheid bij fraude met internetbankieren', *Informatiebeveiliging* 2012, 8.

Molenaar 2007

D.R. Molenaar, 'De digitale jungle: wie houdt toezicht?', *TvC* 2007, 2.

Neering 2013

V.M. Neering, 'Aansprakelijkheid bij execution only, advies en vermogensbeheer', in: D. Busch (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 373-422.

Nieuwenhuis 2009

H. Nieuwenhuis, 'Paternalisme, fraternalisme, egoïsme: een kleine catechismus van het contractenrecht', *NJB* 2009, 1711.

Van Opbergen 2013

N.A. van Opbergen, 'De wenselijkheid van een algemene zorgplicht in de Wft', *O&F* 2013, 2.

Pijls 2011

A.C.W. Pijls, 'De bijzondere zorgplicht van de financiële dienstverlener', in: L.M. van Bochove e.a., *Opgelegde bescherming in het bedrijfsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch Uitgevers 2011, p. 167-194.

Rinkes 2007

J.G.J. Rinkes, 'Juridische aspecten van de informatie- en zorgplichten van financiële ondernemingen onder het regime van de Wet op het financieel toezicht', *NTHR* 2007, 6.

Van Rossum & Hellegers 2013

M.M. van Rossum & D.P.C.M. Hellegers, 'De bank en haar zorgplicht bij beleggingen', *TvPP* 2013, 3.

Scheltema & Scheltema 2009

A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in het bestuursrecht en privaatrecht (preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009)*, Deventer: Kluwer 2009.

Schwabach 2006

A. Schwabach, *Internet and the law: Technology, Society, and Compromises*, California: ABC-CLIO, 2006.

Tienstra & Van de Laar

K.L. Tienstra & A.F.N. van de Laar, 'Precontractuele informatieverplichtingen voor financiële dienstverleners', *V&O* 2011, 12.

Timmerman 2008

L. Timmerman, 'Situationele gelijkheid in het (privaat)recht', in: D.J. Wolfson, L. Timmerman & L.M. de Rijk, *Gelijkheid in een pluriforme samenleving*. Amsterdam: KNAW Press 2008, p. 29-46.

Tjong Tjin Tai 2006

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006.

Wibier & Labeur 2010

R. Wibier & R. Labeur, 'Kroniek van het financiële recht', *NJB* 2010, 782.

Van Wilsem e.a. 2010

J. van Wilsem e.a., 'Is online zichtbaarheid riskant? Onterechte bankafschrijving en persoonlijke informatie op sociale netwerksites', *Proces* 2010, 89.

Van Wilsem 2012

J. van Wilsem, 'Slachtofferschap van identiteitsfraude; een studie naar aard, omvang, risicofactoren en nasleep', *Justitiële verkenningen* 2012, 38.

Jurisprudentie

HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

HR 23 mei 1997, *NJ* 1998,192 (Rabobank/Everaars).

HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (Van de Klundert/Rabobank).

HR 9 januari 1998, *NJ* 1999, 285 (MeesPierson/Ten Bos c.s.).

HR 11 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (Kouwenberg-van Zuylen/Rabobank).

HR 23 december 2005, *NJ* 2006, 289 (Safe Heaven).

HR 5 juni 2009, *RvdW* 2009, 684 (Levob/Bolle).

HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822 (Stichting Gedupeerden Spaarconstructie/Aegon).

HR 5 juni 2009, *NJ* 2012, 182 en 184 (De Treek/Dexia).

Hof Amsterdam 10 februari 2005, *JOR* 2005, 73.

Hof 's-Hertogenbosch 9 mei 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AX2464.

Hof Amsterdam 10 november 2009, *NJF* 2010, 2.

Hof 's-Hertogenbosch 6 november 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BY2749.

Hof 's-Hertogenbosch 18 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:399.

Rb. Utrecht 29 november 2006, ECLI:NL:RBUTR:2006:AZ3654 (Sprintplan).

Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, *Prg* 2010, 58.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2010-208 d.d. 14 december 2010.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2011-297 d.d. 27 oktober 2011.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2012-92 d.d. 22 maart 2012.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-240 d.d. 23 juli 2013.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-243 d.d. 29 juli 2013.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-343 d.d. 16 oktober 2013.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-355 d.d. 9 december 2013.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2013-381 d.d. 17 december 2013.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-26 d.d. 14 januari 2014.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-41 d.d. 22 januari 2014

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-079 d.d. 17 februari 2014.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-165 d.d. 15 april 2014.

Geschillencommissie Financiële Dienstverlening nr. 2014-202 d.d. 19 mei 2014.

Parlementaire stukken en overige regelgeving

Aanhangsel Handelingen II 2012/13, nr. 672.

Kamerstukken II 2005/06, 29 708, nr. 19.

Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3.

Kamerstukken II 2013/14, 17 050, nr. 450.

Markets in Financial Instruments Directive, 2004/39/EG.

Rapportage Maatschappelijk Overleg Betalingsverkeer 2012.

Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (KiFiD).

Richtlijn 2004/39/EG.

Richtlijn 2007/64/EG.

Staatsblad 2009, 436.

Uitvoeringsrichtlijn MiFID 2006/73/EG.

Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvA).

Wijzigingswet financiële markten 2014 (MvT).

Internetbronnen

‘Aantal meldingen internetfraude verdrievoudigd’, *Volkskrant* – Geraadpleegd op 21 mei 2014, <www.volkskrant.nl/vk/nl/2664/Nieuws/article/detail/3581119/2014/01/21/Aantal-meldingen-internetfraude-verdrievoudigd.dhtml>.

‘AFM beboet 53 financiële dienstverleners’, *Kassa* – Geraadpleegd op 2 mei 2014, <www.kassa.vara.nl/actueel/algemeen-artikel/nieuws/afm-beboet-53-financiele-dienstverleners/>.

‘Algemene Bankvoorwaarden 2009’, *NVB* – Geraadpleegd op 2 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/000619_algemene-bank-voorwaarden.pdf>.

‘Bank moet schade phishing vergoeden’, *Nu.nl* – Geraadpleegd 17 januari 2014, <www.nu.nl/economie/3518137/bank-moet-schade-phishing-vergoeden.html>.

‘Banken: skimfraude gekelderd door geoblocking’, *Banken.nl* – Gepubliceerd op 5 juli 2013, <<http://www.banken.nl/nieuws/1071/banken-fraude-met-skimmen-gekelderd-door-geoblocking>>.

'Banken vergoeden schade cybercrime niet meer', *We Secure IT* – Geraadpleegd op 5 juli 2014, <www.wesecureit.nl/blog/banken-vergoeden-schade-cybercrime-niet-meer>.

'Ben jij een geldezel', *Nos.nl* – Gepubliceerd op 22 juni 2011, <www.nos.nl/op3/artikel/250235-ben-jij-een-geldezel.html>.

'Campagne tegen groeiend aantal geldezel', *NVB* – Geraadpleegd op 8 juni 2014, <www.nvb.nl/nieuws/2011/1041/campagne-tegen-groeiend-aantal-geldezels.html>.

'Card trapping', *Telegraaf* – Geraadpleegd op 11 maart 2014, <www.telegraaf.nl/uitwinkelen/21723722/___Card_trapping___nieuwe_skimmen___htm>.

'Code Banken', *NVB* – Geraadpleegd op 29 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/000592_code-banken-nl.pdf>.

'Eigen risico voor klanten banken bij cybercrime', *De volkskrant* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.nu.nl/economie/3518137/bank-moet-schade-phishing-vergoeden.html%3E>.

'Focus op het betalingsverkeer', *De Nederlandse bank Eurosysteem* – Gepubliceerd in 2008, <www.dnb.nl/binaries/Focus1_tcm46-210338.pdf>.

'Fors minder fraude bij internetbankieren', *Nu.nl* – Gepubliceerd op 2 april 2013, <www.nu.nl/internet/3386851/fors-minder-fraude-bij-internetbankieren.html>.

'Fraude betalingsverkeer opnieuw flink gedaald', *NVB* – Gepubliceerd op 11 maart 2014, <www.nvb.nl/nieuws/2014/2636/fraude-betalingsverkeer-opnieuw-flink-gedaald.html>.

'Geldezels: Werkwijze crimineel', *Veilig bankieren* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.veiligbankieren.nl/nl/internetbankieren/geldezels/werkwijze-crimineel.html>.

'Geldezels', *Veilig bankieren* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.veiligbankieren.nl/nl/internetbankieren/geldezels.html>.

'Gelijke regels voor internetbankieren', *Nu.nl* – Geraadpleegd op 23 november 2013, <www.nu.nl/geldzaken/3636618/gelijke-regels-internetbankieren.html>.

‘Grote banken blokkeren pinpassen buiten Europa’, *Telegraaf* – Gepubliceerd op 26 maart 2014,

<www.telegraaf.nl/overgeld/consument/21422014/_Grote_banken_blokkeren_pinpassen_buiten_Europa_.html>.

‘Hoe voorkom ik dat criminelen mijn creditcard of bankpas skimmen?’, *Rijksoverheid* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/paspoort-en-identificatie/vraag-en-antwoord/wat-is-skimmen-en-hoe-kan-ik-voorkomen-dat-andere-mijn-betalgegevens-zien.html>.

‘Hoe werkt het?’, *Pas op je pas* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.pasopjepas.nl/index.php?p=930608>.

‘ING Trusteer Rapport’, *ING* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.ing.nl/de-ing/veilig-bankieren/veilig-internetbankieren/ing-trusteer-rapport/index.aspx>.

‘Nederland getroffen door omvangrijke bankfraude’, *Nu.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.nu.nl/internet/2844361/nederland-getroffen-omvangrijke-bankfraude.html>.

‘Phishing schaadt aanzien van banken’, *Nu.nl* – Gepubliceerd op 26 november 2007, <www.nu.nl/internet/1331617/phishing-schaadt-aanzien-van-banken.html>.

‘Phishing via de telefoon’, *ING* – Geraadpleegd op 8 februari 2014, <www.ing.nl/de-ing/veilig-bankieren/meest-voorkomende-bankfraude/phishing-via-de-telefoon/>.

‘Politie waarschuwt voor nieuwe vorm van skimmen’, *nu.nl* - Gepubliceerd op 11 juli 2013, <www.nu.nl/internet/3523565/politie-waarschuwt-nieuwe-vorm-van-skimmen.html>.

‘Regels voor veilig internetbankieren bij alle banken gelijk’, *NVB* – Gepubliceerd op 23 november 2013, <www.nvb.nl/nieuws/2013/2365/regels-voor-veilig-internetbankieren-bij-alle-banken-gelijk.html>.

‘Ruim veertig geldezel opgespoord’, *OM* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.om.nl/onderwerpen/cybercrime/@156687/ruim-veertig/>.

‘Skimmen’, *Rabobank* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.rabobank.nl/particulieren/lokalebanken/wnb/nieuws/items/skimmen>.

‘Skimming’, *politie.nl* – Geraadpleegd op 14 mei 2014,
<www.politie.nl/onderwerpen/skimming.html>.

‘SP en PvdA niet tevreden over nieuwe regels internetbankieren’, *security.nl* – Geraadpleegd op 5 juli 2014, <www.security.nl/posting/372159/>.

‘Telefonische phishing in beeld’, *Consumentenbond* – Geraadpleegd op 22 november 2013, <www.consumentenbond.nl/actueel/nieuws/nieuwsoverzicht-2012/Telefonische-phishing-in-beeld/>.

‘Toekomstgericht Bankieren’, *NVB* – Geraadpleegd op 29 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/001318_toekomstgericht-bankieren-consultatiedoc-regelnummering-final.pdf>.

‘Toelichting op de Algemene Bankvoorwaarden 2009’, *NVB* – Geraadpleegd 2 april 2014, <www.nvb.nl/media/document/000618_abv-2009-toelichting-def-2.pdf>.

‘Trojaans paard verspreidt zich via snelkoppeling’, *Fraudehelpdesk.nl* – Gepubliceerd op 31 augustus 2012, <www.fraudehelpdesk.nl/nieuwsbericht/trojaans_paard_verspreidt_zich_via_snelkoppeling>.

‘Trojan’, *Banken.nl* – Geraadpleegd op 27 januari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/trojan>.

‘Uniforme veiligheidsregels particulieren’, *NVB* – Geraadpleegd op 23 februari 2014, <www.nvb.nl/media/document/001029_uniforme-veiligheidsregels.pdf>.

‘Veilig bankieren’, *Banken.nl* – Geraadpleegd op 5 februari 2014, <www.banken.nl/bibliotheek/veilig-bankieren>.

‘Wat is internetfraude en waar kan ik dit melden?’, *Rijksoverheid* – Geraadpleegd op 24 oktober 2013, <www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/internet/vraag-en-antwoord/wat-is-internetfraude-en-waar-kan-ik-dit-melden.html>.

‘Wat kunt u zelf doen?’, *Rabobank* – Geraadpleegd op 15 mei 2014, <www.rabobank.nl/bedrijven/servicemenu/veilig_bankieren/wat_kunt_u_doen/>.

Bijlage I

Voorbeeld van een phishingmail



Bijlage II

Algemene voorwaarden betaalrekeningen en betaaldiensten van de Rabobank 2014

Welke aanwijzingen geven wij voor het herkennen van mogelijke fraudepogingen ?

In onze voorwaarden en in deze tips geven we u onder andere informatie over wat u moet doen om op een zo veilig mogelijke manier te bankieren. Helaas zijn criminelen zeer creatief. Op www.rabobank.nl/veiligheid vindt u voorbeelden van fraude. Varianten op deze voorbeelden, komen echter in allerlei vormen voor. Met name op het gebied van phishing via de e-mail of via de telefoon, zijn er talloze mogelijkheden waarin handig kan worden ingespeeld op uw specifieke situatie.

De criminelen zullen altijd proberen om iets nieuws te bedenken om een zo groot mogelijke kans van slagen bij hun fraudepogingen te hebben. Daarom is het zaak dat u onze tips niet alleen letterlijk opvat, maar ook alert bent op soortgelijke gevallen.

Natuurlijk geldt ook: wanneer u iets niet vertrouwt, ga er dan niet zomaar op in maar neem contact op met uw bank voor meer informatie.

Op www.rabobank.nl/veiligheid worden termen als phishing verder uitgelegd. Kijk op deze pagina's om meer hierover te weten te komen.

Word geen 'geldezel'

In de praktijk komt het voor dat mensen onze klanten benaderen om 'even geld voor hen te ontvangen'. Bijvoorbeeld onder het mom van een goed doel. Of onder het mom van 'even snel geld verdienen zonder al te veel werk'. De verhalen zijn meeslepend, overtuigend en aantrekkelijk en het lijkt prima om hieraan mee te doen.

Wanneer u hierop ingaat, gebeurt er echter iets heel anders dan u is verteld. Uw rekening wordt dan namelijk gebruikt om crimineel geld weg te sluisen.

Zoals in de voorwaarden gemeld, mag u uw rekening alleen privé voor uzelf gebruiken. U mag daarom niet aan zo'n verzoek meewerken.

In deze situaties is er ook nog eens sprake van meewerken aan een strafbaar feit en kunt u worden vervolgd. Bovendien worden dergelijke zaken geregistreerd in fraude-systemen van banken waardoor het lastig wordt om uw bankzaken te verrichten.