

Pinpasfraude: naar de civiele rechter

mr. J.W. Wagenaar
advocaat te Utrecht*

Fraude met de pinpas komt steeds vaker voor, en kan moeilijk worden voorkomen. Daarom zouden de banken zich anders moeten opstellen bij de verdeling van de risico's, meent Joost Wagenaar. De Geschillencommissie Bankzaken oordeelt niet altijd consistent en soms unfair. Daarom kan een slachtoffer van pinpasfraude zijn geschil met de bank beter aan de civiele rechter voorleggen.

Bij de steeds vaker voorkomende pinpasfraude gaat het om diefstal waarbij iemands bankpas en pincode worden gebruikt om contant geld op te nemen van de rekening van de pashouder, of om betalingen mee te verrichten in een winkel. De pinpasfraude is steeds verder geperfectioneerd, onder meer door middel van de zogenaamde 'tientjes-truc' of door het kopiëren van gegevens van een magneetkaart.

De tientjes-truc werkt als volgt. Een pashouder betaalt met zijn pinpas via een geldautomaat. Nadat de pashouder zijn pincode heeft ingetoetst, wijst een – vaak goedgeklede – man de pashouder erop dat hij een tientje heeft laten vallen. Als de pashouder zich bukt om het tientje op te rapen, wordt vliegensvlug door een handlanger de bankpas die uit de automaat komt verwisseld voor een andere pas, die uiterlijk identiek is aan de oorspronkelijke pas. Omdat de handlanger de pincode heeft afgekeken, zijn de daders in staat om met de buitgemaakte pas betalingen te verrichten. De pashouder heeft niets door omdat deze nog steeds over een bankpas beschikt.

De gegevens van de pashouder die zich op de magneetstrip bevinden, blijken eenvoudig te kopiëren; en dit misbruik is volgens de Nederlandse Vereniging van Banken niet te voorkomen.¹

BANKVOORWAARDEN

De NVB heeft in overleg met de Consumentenbond 'Voorwaarden gebruik Geld- en Betaalautomaten' (VgGB) vastgesteld.² Daarin is de aansprakelijkheid van een pashouder beperkt tot f 350 per bankpas (dit schijnt thans € 150 te zijn). De aansprake-



Illustraties: Andre Klijns

lijkheid van de pashouder wordt vóór de melding van de vermissing verhoogd in drie gevallen, te weten (1) gedurende de periode gelegen tussen drie dagen na het aanmaken van een rekeningafschrift en de melding, (2) indien de bank kan aantonen dat de pashouder niet onmiddellijk na het constateren van

de vermissing daarvan melding heeft gemaakt en (3) tot het moment van de melding indien de bank kan aantonen dat de pashouder de pincode niet geheim heeft gehouden. Daarnaast is de pashouder onbeperkt aansprakelijk in geval van opzet, grove schuld of grove nalatigheid. In dit laatste geval hoeft

niet door de bank te worden aangetoond dat de pashouder zijn geheimhoudingsverplichting met betrekking tot de pincode heeft geschonden (art. 6 VgGB).

Op grond van de VgGB bestaat voor de pashouder de mogelijkheid een geschil met de bank voor te leggen aan de Geschillencommissie Bankzaken (GCB) die een bindend advies uitbrengt. Voordeel daarvan is dat een procedure bij de GCB relatief snel is, en het niet verplicht is een advocaat in te schakelen. Uiteraard is het ook mogelijk in plaats daarvan een procedure voor de civiele rechter te entameren.

ONTSLUIEREN VOLGENS GCB

De pashouder is aansprakelijk tot het moment van de melding indien de bank kan bewijzen dat de pashouder zijn pincode heeft 'ontsluierd'. De bewijslast hiervoor ligt blijkens de VgGB uitdrukkelijk bij de bank. De GCB heeft hierover veel uitspraken gedaan. In deze uitspraken van de GCB is echter nauwelijks een lijn te bespeuren. Zo zijn er uitspraken bekend waarin de GCB overweegt dat de pashouder niet onzorgvuldig heeft gehandeld ten aanzien van de pincode in een situatie waarbij het onbevoegden wellicht is gelukt om de code af te kijken. Ook impliceert het feit dat de code bij de onbevoegde opname direct juist is ingetoetst volgens de GCB nog geen schending van de geheimhoudingsplicht.³ Er zijn ook uitspraken gedaan die daar lijnrecht tegenover staan.⁴

Overigens hoeft de bank volgens de VgGB niet te bewijzen dat het aan de pashouder te wijten is dat de pincode is ontsluierd, indien wordt aangenomen dat er opzet, grove schuld of grove nalatigheid aan de zijde van de pashouder is. Strikt genomen bestaat de aansprakelijkheid van de pashouder in dat

Het GCB overweegt soms dat de pashouder niet onzorgvuldig heeft gehandeld als het onbevoegden wellicht is gelukt de code af te kijken

geval zelfs *na* de melding van de vermissing van een bankpas nog. Het is mij niet bekend of deze regel in de praktijk zo stringent is toegepast.

De GCB heeft in diverse uitspraken echter wel de pashouder grove schuld verweten, en de pashouder daarom aansprakelijk geacht, zelfs als bepaald *onaannemelijk* was dat de pashouder de pincode zou hebben ontsluierd. Omdat de banken blijkbaar erkennen dat de gegevens van de magneetstrip eenvoudig zijn te kopiëren,⁵ is dat niet onder alle omstandigheden redelijk. Het systeem is immers kennelijk niet zo veilig als aanvankelijk werd voorgespiegeld. Als het de pashouder te verwijten is dat de pas uit zijn bezit is geraakt, maar op geen enkele manier te verklaren is hoe de daders achter de pincode zijn gekomen, zou eventuele fraude niet per definitie voor zijn rekening moeten komen. Een discussie over het ontsluieren van de pincode zou ook in die gevallen gevoerd moeten kunnen worden, als aannemelijk is dat het ontsluieren van de pincode te wijten is aan de gebrekkigheid van het systeem.

ONTSLUIEREN VOLGENS CIVIELE RECHTER

In een uitspraak van de Utrechtse sector kanton van 28 augustus 2002 is uitgemaakt dat een pashouder zijn geheimhoudingsverplichting van de pincode niet schendt als een derde kennis heeft kunnen nemen van de pincode door over de rug van de pashouder mee te kijken.⁶ In casu stelde de Rabobank zich overigens op het standpunt dat de onverlaat die de pasfraude pleegde, de pinco-

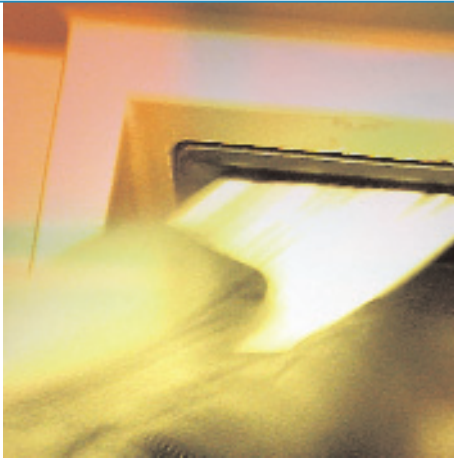
de uitsluitend heeft kunnen kennen door mee te kijken tijdens het intoetsen van de pincode. Omdat de banken inmiddels erkennen dat de gegevens van de bankpas eenvoudig zijn te kopiëren, zelfs zonder dat de bankpas blijvend uit de macht van de pashouder is, vraag ik mij af of banken het verweer nog zullen voeren dat de pincode wel afgekeken *moet* zijn. En hoe zal de GCB in de toekomst met deze problematiek omgaan?

TIENTJESTRUC VOLGENS GCB

De GCB stelt zich inzake de tientjestruc streng op voor consumenten. In diverse uitspraken oordeelde de GCB steevast dat het feit dat de pashouder slachtoffer wordt van 'gewiekste criminele praktijken' of 'van een slinkse werkwijze van de daders' niet met zich brengt dat het risico daarvan bij de bank zou komen te liggen.⁷ De GCB hanteert daarbij steeds de motivering dat op de consument de zware eigen verantwoordelijkheid ligt op zijn bankpas nimmer uit het oog te verliezen gedurende de hele betalingstransactie. Ook als de consument slechts een moment de bankpas uit het oog heeft verloren leidt dit tot aansprakelijkheid van de pashouder. De GCB verwijst hierbij naar art. 3 lid 1 VgGB, dat bepaalt dat de consument zorgvuldig met zijn bankpas dient om te gaan. De GCB laat echter na om te motiveren op welke grondslag zij meent dat de aansprakelijkheid van de consument groter is dan enkel het eigen risico. Vermoedelijk gaat de GCB ervan uit dat er sprake is van grove schuld of grove nalatigheid, nu de GCB in haar uitspraken niet overweegt dat de bank heeft bewezen dat de pashouder zijn geheimhoudingsplicht zou hebben overtreden. De bewijslast hiervoor berust immers bij de bank.

Naar mijn mening gaan de uitspraken van de GCB met betrekking tot de tientjestruc te ver. De toets die kennelijk door de

Als de pashouder verwijtbaar zijn pas is kwijtgeraakt maar niet te verklaren is hoe de daders achter de pincode kwamen, zou de fraude niet per definitie voor zijn rekening moeten komen



GCB wordt uitgevoerd is immers of de pashouder *grove* schuld of *grove* nalatigheid te verwijten is. De truc waarvan de pashouders in de bedoelde gevallen slachtoffer worden is echter een zeer geslepen, goed voorbereide en goed ingestudeerde 'goocheltruc'. De pashouder/consumant kan geen *grove* schuld of *grove* nalatigheid worden verweten als hij hier in trapt. De overweging van de GCB dat het gaat om gewiekste criminele praktijken, geeft al aan dat er geen sprake kan zijn van *grove* schuld of *grove* nalatigheid. In geval van *grove* schuld of *grove* nalatigheid moet immers elk elementair verantwoordelijkheidsgevoel zijn verlaten; de nalatigheid moet aan opzet grenzen. Daarvan is in het geval van de tientjestruc geen sprake.

TIENTJESTRUC VOLGENS CIVIELE RECHTER

Op 19 februari 2003 heeft de Rechtbank Middelburg in een niet-gepubliceerde uitspraak geoordeeld over de tientjestruc. Naar het oordeel van de Middelburgse rechtbank was de pashouder het slachtoffer geworden van een misdadige praktijk die erop gericht was om zowel bankpas als pincode te verkrijgen. De rechtbank oordeelde dat onder de geschetste omstandigheden niet kan worden aangenomen dat er sprake is van *grove* onachtzaamheid of *grove* schuld van de pashouder. Ook het verweer van de bank dat de pashouder haar geheimhoudingsverplichting zou hebben geschonden, werd door de rechtbank verworpen. Het geheimhoudingsartikel in de bankvoorwaarden ziet naar het oordeel van de rechtbank niet op het zogenaamde 'afkijkrisico'. Het afkijkrisico is daarom pas verwijtbaar als er sprake is van opzet, *grove* schuld of *grove* nalatigheid. Naar het oordeel van de rechtbank was hiervan geen sprake.

Met betrekking tot het verliezen van oogcontact oordeelde de rechtbank dat er geen sprake was van 'gemakzucht, haast, achteloosheid of een daarmee te vergelijken gemoedsgesteldheid', maar dat de pashouder 'ten gevolge van het onverhoeds en bewust daartoe door een derde afgeleid worden ["de tientjestruc"], (...) in een – heel wel begrijpelijke – reflex even het oogcontact verloor met de automaat waarin haar bankpas zich bevond.'

Dit acht ik een juiste uitspraak; waarvan de bank overigens in hoger beroep is gegaan.

WAARSCHUWINGSPLICHT VAN BANK

In een van de door de GCB beoordeelde gevallen had de pashouder aangevoerd dat de bank haar rekeninghouders erop attent had moeten maken dat de tientjestruc voorkwam.⁸ De GCB was echter van oordeel dat er geen plicht voor de bank bestond om haar rekeninghouders op bij haar bekende vormen van fraude te wijzen. Die overweging is merkwaardig, nu in art. 3 lid 1 VgGB is opgenomen: 'De bank zal cliënt zo goed mogelijk informeren omtrent de te nemen voorzorgen.'

Uiteraard was de tientjestruc al snel bij de veiligheidsafdelingen van de banken bekend, terwijl het grote publiek daarvan niet op de hoogte was. Ik acht het oordeel van de GCB daarom onjuist. Naast het feit dat de bank in het algemeen een zorgplicht heeft, is in de VgGB de zorgplicht van de bank immers uitdrukkelijk geformuleerd. Het is opmerkelijk dat de GCB daar zo makkelijk overheen stapt, temeer gezien de – zeer zware – eisen die de GCB stelt aan de zorgplicht van de pashouder.

Op 21 oktober 2002 heeft de GCB echter, bij de beoordeling van een geval van de tientjestruc, nogmaals de vraag gesteld of het niet op de weg van de bank had gelegen om haar cliënten te waarschuwen voor veelgepleegde trucs als de tientjestruc. De GCB



heeft in haar uitspraak overwogen dat een dergelijke waarschuwingsplicht ontstaat zodra zich een vast patroon heeft ontwikkeld. Naar het oordeel van de GCB had dit vaste patroon zich ten tijde van de behandeling van het geschil in augustus 2002 inmiddels ontwikkeld. De GCB heeft daarom in die uitspraak geschreven er vanuit te gaan dat banken een dergelijke waarschuwing – hetzij via de eigen kanalen, hetzij via de pers – zullen doen uitgaan. De GCB heeft daarbij overwogen dat, indien de bank dit nalaat, de GCB in eventuele voorkomende gevallen zal nagaan welke gevolgen aan een dergelijke nalatigheid moeten worden verbonden.

Mij is bekend dat de Postbank in de folder 'PostbankNieuws' in augustus 2003 een dergelijke waarschuwing heeft opgenomen. Probleem met deze wijze van informeren is echter dat deze gelijk op reclamemateriaal. De GCB heeft in diverse uitspraken overwogen dat banken er niet mee kunnen volstaan belangrijke mededelingen via dergelijke folders aan hun cliënten kenbaar te maken. Op de GCB-uitspraken hierover kom ik nog terug. Het is in dat licht maar de vraag of de mededeling van de Postbank, indien deze beoordeeld zou worden door de GCB, deze toets zou doorstaan.

Verder is het mij opgevallen dat één bank tijdens het wachten bij een geldautomaat een tekst op het scherm laat verschijnen waarin wordt gewaarschuwd voor 'afkijkers'. Het schijnt dat Interpay in april 2003 een persbericht heeft doen uitgaan over veilig pinnen. In hoeverre dit in de pers is overge-

Volgens de GCB is de pashouder aansprakelijk als hij bij de betalingstransactie slechts een moment de bankpas uit het oog heeft verloren

Als een pashouder in de slimme tientjestruc trapt, dient hem geen grove schuld of grove nalatigheid verweten te worden

nomen is mij echter niet bekend. Evenmin is het mij bekend of andere banken een mededeling als bedoeld in de uitspraak van de GCB hebben gedaan.

VERHOOGING KREDIETLIMIETEN

Diverse banken hebben met ingang van 1 januari 2002, de datum waarop de euro werd ingevoerd, de daglimieten die gelden voor de verschillende vormen van transacties eenzijdig verhoogd. De limieten die eerst in gulden golden, gelden vanaf 1 januari 2002 in euro's. Men kan sindsdien dus 2,20 keer zoveel geld met de pinpas per dag opnemen.

De GCB heeft in diverse uitspraken uitgesproken dat de eenzijdige verhoging van de kredietlimieten niet alleen extra mogelijkheden met zich brengt voor de pashouder, maar ook een duidelijke risicoverhoging. Op deze risicoverhoging is door de banken niet gewezen. De meeste banken hebben slechts in een foldertje dat wordt gevoegd bij de dagafschriften melding gemaakt van het feit dat de verhogingen hadden plaatsgevonden. De GCB heeft hierover in diverse uitspraken⁹ bepaald dat banken er niet mee kunnen volstaan een verhoging van de kredietlimieten door middel van een qua uiterlijk en toonzetting op reclamemateriaal gelijkende bijsluiter aan cliënten mede te delen. De GCB is van oordeel dat het bekend is dat reclame-

materiaal bij dagafschriften veelal ongelezen door cliënten terzijde wordt gelegd. Het is zinvol in voorkomende gevallen hier uitdrukkelijk een beroep op te doen jegens de bank.

DATAMINING

De vraag is of op banken een zorgplicht rust indien het betaalgedrag van de pashouder ogenschijnlijk wijzigt. Sommige banken en creditcardmaatschappijen schijnen door middel van speciaal daarvoor ontwikkelde software het betaalgedrag te controleren. Dit wordt aangeduid met de term 'datamining'. Transacties die niet binnen het bij de bank bekende betaalpatroon vallen, worden door die software ontdekt. Het gaat daarbij om transacties op ongebruikelijke locaties of de aanschaf van spullen die niet in het bestedingspatroon van de pashouder vallen. Het is voor banken dus kennelijk mogelijk om daarop controle uit te oefenen. Ik acht het verdedigbaar dat een bank die er voor kiest dergelijke software niet te installeren, daarop is aan te spreken in gevallen waarin evident is dat het betalingspatroon van het ene op het andere moment drastisch is veranderd. Uiteraard moet het daarbij wel gaan om dermate ernstige gevallen dat de bedoelde software in staat is de onregelmatigheid te ontdekken.

NOTEN

* Advocaat bij CMS Derks Star Busmann.

1 Dit bleek onlangs uit een artikel in *Trouw*, van zaterdag 4 oktober 2003: 'Fraude met pinpassen blijkt niet te stoppen'. De enige manier om deze fraude tegen te gaan is om alle bankpassen te vervangen door bankpassen die werken met chips in plaats van met een magneetstrip. Het kan alleen nog jaren duren voordat die operatie is voltooid, aldus *Trouw*.

2 Eigenaardig genoeg zijn op geen van de websites van de grote Nederlandse banken de door hen gehanteerde voorwaarden te vinden. De door verschillende banken gehanteerde voorwaarden die ik in enige zaken tegenkwam, weken met betrekking tot de hierna te bespreken bepalingen niet wezenlijk af van de door de NVB vastgestelde voorwaarden. Daarom ga ik hier verder uit van de NVB-voorwaarden.

3 Zie onder andere GCB 23 januari 1996, nr. B95.044, 20 december 1996, nr. B96138, 10 maart 1997, nr. B96187, 19 juli 1999, nr. B990029, 20 december 1999, nr. B990057, 11 januari 2001, nr. B00020. De uitspraken van de GCB worden gepubliceerd in het Uitsprakenblad.

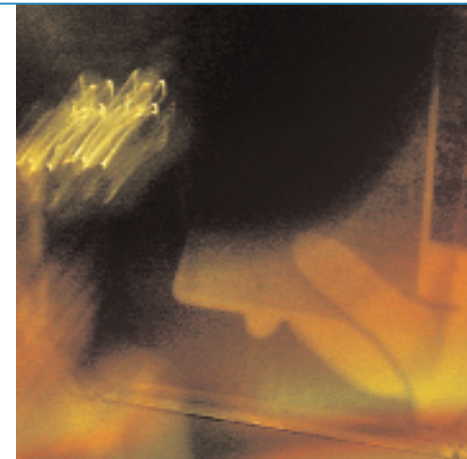
4 GCB 17 mei 1995, nummer B95001, 21 juni 1995, nr. B95.012, 6 december 1996, nr. B96125, 5 oktober 1994, nr. B9421, 26 februari 1997, nr. 96186, 15 januari 2001, nr. D01/0182, 4 maart 2003, nr. D01/0449.

5 Zie het in noot 1 genoemde artikel in *Trouw*.

6 Prg. 2002, 5951, Spijker en Van Mierlo/Rabobank.

7 Onder meer GCB 29 januari 2001 nr. D01/0381, 29 januari 2002, D01/0463, 4 maart 2002, nr. D01/0308, 5 april 2002, nr. D01/0387, 29 april 2002, nr. D01/0366, 13 mei 2002 nr. D01/0501.

8 GCB 5 april 2002, nr. D01/0387.



CONSUMENTONVRIENDELIJK

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat een slachtoffer van pinpasfraude zijn geschil met de bank beter aan de civiele rechter kan voorleggen dan aan de GCB. De bekende uitspraken van de civiele rechter zijn tot op heden gunstiger voor de pashouder, terwijl er in de jurisprudentie van de GCB een gebrek aan lijn valt te constateren. Bovendien stapt de GCB wel erg makkelijk heen over de zorgplicht van banken (zoals informeren over nieuwe fraudevormen), terwijl van pashouders, consumenten, een welhaast bovenmenselijke zorg wordt verwacht. Hierdoor wekt de GCB een bankvriendelijke, en daarmee consumentonvriendelijke schijn. ●

9 GCB 25 september 2000, nr. B000161, 27 november 2000, nr. B000220, 21 december 2000, nr. B2000.00277 en 21 februari 2002 nr. D01/0479. In deze laatste uitspraak ging het overigens over het hiervoor genoemde *PostbankNieuws*.