

Betaaldiensten

MR. M.H.P. CLAASSEN EN MR. J.L. SNIJDERS

Op 1 november 2009 is de wet ter implementatie van de richtlijn betaaldiensten, beter bekend als de Payment Services Directive (PSD) in werking getreden (Implementatiewet betaaldiensten).¹ De PSD beoogt de nationale wetgeving van de lidstaten te harmoniseren om tot een Europese betaalmarkt te komen. De Implementatiewet betaaldiensten vult de Wet financieel toezicht (Wft) en het Burgerlijk Wetboek (BW) aan met bepalingen over betaaldiensten en brengt daarmee een Europese betaalmarkt een stap dichterbij.

Hieronder zal met name de gewijzigde Nederlandse wetgeving worden besproken en niet zozeer de Europese richtlijn.² Allereerst zullen kort de achtergronden bij de PSD worden geschetst en het streven te komen tot één Europese markt voor betaaldiensten. Daarna zullen de belangrijkste definities van de Implementatiewet betaaldiensten de revue passeren: betaaldienst en betaaldienstverlener. Vervolgens komen het (financieel) toezicht op betaaldienstverleners (o.a. toepassingsbereik, vergunningplicht en informatieverplichtingen) en de nieuwe titel 7.7B BW aan bod.

Behalve wijziging van de Wft en het BW, wordt de Wet inzake de geldtransactiekantoren (Wgt) gewijzigd en wordt de Wet grensoverschrijdend betalingsverkeer ingetrokken. Het verrichten van betaaldiensten door geldtransactiekantoren wordt niet langer gereguleerd door de Wgt, maar door de Wft en het BW. Dit geldt alleen voor de betaaldiensten. Voor andere diensten zoals het wisselen van contant geld, blijft de Wgt het relevante kader.

Hoewel wellicht de indruk kan ontstaan dat met de implementatie van de PSD voor de eerste keer een wettelijk kader wordt gecreëerd voor grensoverschrijdende betaaldiensten, is dat niet helemaal waar. Grensoverschrijdend betalingsverkeer was al geregeld in de Wet grensoverschrijdende betaaldiensten.³ Deze wet strekte ter uitvoering van de Europese richtlijn betreffende grensoverschrijdende betaaldiensten. De richtlijn beoogde een versterking van

de positie van cliënten die binnen het gebied van de Europese Economische Ruimte grensoverschrijdende betalingen wilden verrichten. Met de inwerkingtreding van de Implementatiewet betaaldiensten, is de Wet grensoverschrijdend betaaldiensten ingetrokken.⁴

Achtergrond PSD⁵

Tussen de verschillende lidstaten bestaan grote verschillen in wetgeving ten aanzien van betaaldiensten. Deze verschillen bemoeilijken het bouwen van een Europese infrastructuur voor betaaldiensten, waardoor betalingen binnen Europa niet op een vergelijkbare wijze worden verricht. Dit werkt belemmerend voor burgers en bedrijven die in het buitenland goederen of diensten willen afnemen.

De PSD biedt een geharmoniseerd rechtskader voor alle aanbieders en gebruikers van betaaldiensten binnen de Europese Unie (EU) en heeft tot doel (i) de marktwerking binnen de EU te versterken, (ii) de informatie- en transparantievereisten te verduidelijken, en (iii) de rechten en plichten van zowel gebruikers als aanbieders van betaaldiensten te versterken en te verduidelijken.

Definities

In het kader van de implementatie van de PSD in de Wft, is art. 1:1 Wft uitgebreid met een aantal definities. De belangrijkste – en mede bepalend voor de reikwijdte van het toezichtregime – zijn de definities van betaaldienst en betaaldienstverlener. Deze definities zijn één op één overgenomen uit de PSD. In het BW waarin ook een deel van de PSD

1 Wet tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek en de Wet inzake geldtransactiekantoren en intrekking van de Wet op het grensoverschrijdend betalingsverkeer ter implementatie van richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europese Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (PbEU L 319), Stb. 2009, 436. Zie voor de kamerstukken 31 892.

2 Inhoudelijk maakt dat evenwel weinig verschil, nu de richtlijn vrijwel één-op-één is overgezet.

3 Stb. 1998, 686.

4 Art. VI Implementatiewet betaaldiensten.

5 Zie voor een uitgebreid overzicht van Europese regelgeving op het gebied van het Europese betalingsverkeer W.A.K. Rank, 'Conceptwetvoorstel Wet betaaldiensten: toezichtsrechtelijke aspecten', TFR, december 2008/12, p. 443.

is geïmplementeerd, wordt of verwezen naar de richtlijn of naar de Wft.

Op grond van de Wft is het verboden zonder vergunning het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen.⁶ Een betaaldienstverlener is ingevolge art. 1:1 Wft gedefinieerd als degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten. Onder een betaaldienst wordt verstaan een werkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de PSD. In deze bijlage zijn alle betaaldiensten uitgeschreven. De verwijzing naar de bijlage is een vorm van dynamische implementatie. Wijziging van de richtlijn hoeft door deze verwijzing niet te leiden tot wijziging van de Wft. De richtlijn kan overigens relatief eenvoudig worden gewijzigd via de zogenaamde comitologieprocedure.

Voorbeelden van betaaldiensten zijn onder andere het plaatsen van contanten op een betaalrekening, het opnemen van contanten van een betaalrekening, het uitvoeren van verschillende betalingstransacties, zoals overboekingen en automatische debitering.

Art. 1:5a lid 2 Wft zondert een aantal betaaldiensten echter uit van de toepassing van de Wft. Uitgezonderd zijn onder andere activiteiten waarbij slechts contant geld of papieren geldmiddelen, zoals cheques, zijn gemoeid en waarbij dus geen betaalrekeningen te pas komen. Ook uitgezonderd zijn geldwisseltransacties waarbij de geldmiddelen niet op een betaalrekening worden aangehouden.

Toepassingsbereik

Het regime ten aanzien van betaaldiensten is van toepassing op betaaldiensten die worden uitgevoerd in de lidstaten en de staten die partij zijn bij de overeenkomst betrekking hebbende op de Europese Economische Ruimte (EER).⁷ Alleen ten aanzien van art. 4:22 Wft (inzake informatieverplichtingen) geldt dat dit alleen van toepassing is, indien zowel de betaaldienstverlener van de betaler als de betaaldienstverlener van de betalingsbegunstigde of de enige bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstverlener in een lidstaat van de EU zijn gevestigd.⁸ Dit is het zogenaamde twee-benen-in-de-EU-principe.⁹

Vergunningplicht

De Implementatiewet betaaldiensten introduceert een vergunningplicht voor het aanbieden van betaaldiensten. Art. 2:3a Wft bepaalt daartoe dat het eenieder met zetel in Nederland verboden is zonder daartoe door De Nederlandse Bank (DNB) verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener. Een uitzondering is gemaakt voor financiële ondernemingen die een vergunning hebben voor het uitoefenen van het bedrijf van kredietin-

stelling voor zover het hen is toegestaan betaaldiensten te verlenen. Kredietinstellingen zijn banken en elektronische geldinstellingen.¹⁰

Net zoals voor de meeste andere vergunningen op grond van de Wft geldt dat een vergunning voor het verlenen van betaaldiensten een zogenaamd Europees paspoort betreft.

De Implementatiewet betaaldiensten introduceert een vergunningplicht voor het aanbieden van betaaldiensten.

Dat betekent dat een vergunninghoudende betaaldienstverlener met zetel in Nederland ook betaaldiensten kan verrichten in andere lidstaten. Dit betekent ook dat de betaaldienstverlener met zetel in een andere lidstaat deze diensten in Nederland mag verrichten. Dat kan al dan niet vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of door tussenkomst van een in Nederland werkzaam zijnde betaaldienstagent, dan wel het rechtstreeks verrichten van betaaldiensten naar Nederland.

Op grond van art. 2:106a Wft geldt wel een kennisgevingprocedure voor de betaaldienstverlener die haar diensten in een andere lidstaat wil aanbieden. Die kennisgevingprocedure komt er op neer dat bij de kennisgeving gegevens moeten worden overgelegd zoals bepaald in art. 42a Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft. DNB verstrekt die gegevens binnen een maand na ontvangst aan de toezichthoudende instantie van de andere lidstaat.

Anders dan ten aanzien van veel andere vergunningen op grond van de Wft, zoals die voor kredietinstellingen of verzekeraars, is het ten aanzien van betaaldienstverleners met zetel in een staat die geen lidstaat is uitdrukkelijk verboden (i) in Nederland het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen of (ii) vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen in een andere lidstaat.¹¹ Ook hiervoor gelden uitzonderingen voor kredietinstellingen voor zover het hen is toegestaan betaaldiensten te verlenen. Een betaaldienstverlener met zetel in een staat die geen lidstaat is, zal een rechtspersoon moeten oprichten in een Europese lidstaat en voor die rechtspersoon een vergunning moeten aanvragen, wil deze betaaldiensten binnen de Europese Unie kunnen verrichten.

Vrijstelling

Bij ministeriële regeling kan vrijstelling worden verleend van de vergunningplicht op grond van art. 2:3a Wft. Aan deze gehele of gedeeltelijke vrijstelling kunnen voorschriften worden verbonden. De vrijstelling is nader uitgewerkt

6 Art. 2:3a lid 1 Wft.

7 De Europese Economische Ruimte (EER) is een akkoord tussen de landen van de Europese Unie (EU) en Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

8 Art. 1:5a lid 1 Wft.

9 L.A. Roodenburg, 'Betalingverkeer: een juridisch vak apart', *TOP*, maart 2009, p. 52 e.v.

10 Elektronische geldinstellingen zijn financiële ondernemingen die tegen betaling elektronisch geld uitgeven, waarmee ook betalingen kunnen worden verricht aan anderen dan degene die het elektronisch geld heeft uitgegeven. Elektronisch geld is een geldswaarde die is opgeslagen op een elektronische drager of die op afstand is opgeslagen in een centrale rekeningadministratie (art. 1:1 Wft). Hierbij kan worden gedacht aan chipkaarten.

11 Art. 2:3e Wft.

in art. 1a Vrijstellingsregeling Wft.¹² Op grond hiervan zijn van de vergunningplicht vrijgesteld alle betaaldienstverleners voor zover zij in Nederland betaaldiensten verlenen. De vrijstelling geldt echter niet voor het verrichten van geldtransfers. Dit omdat geldtransfers zeer gevoelig zijn voor fraude, het witwassen van misdaadgeld en het financieren van terrorisme. Om voor een vrijstelling in aanmerking te komen mag het gemiddelde van het totale bedrag van de betalingstransacties, die in de voorafgaande twaalf maanden zijn verricht, niet hoger zijn dan € 3 miljoen per maand. Voorts moeten de beleidsbepalers een smetteloze staat van dienst hebben ten aanzien van het witwassen van geld, terrorismefinanciering, vermogensmisdrijven of enig ander als misdrijf aangemerkte overtreding in financiële toezichtwetgeving. Het is verder van belang dat DNB in kennis is gesteld van het voornemen om de bedoelde betaaldiensten te

Handelen in strijd met de informatieverplichting tast ingevolge art. 4:22 lid 4 Wft de geldigheid van de rechtshandeling wel aan.

verlenen. Tot slot moeten de ontvangen geldmiddelen zeker worden gesteld. Dit wordt bij de bespreking van het prudentieel toezicht nader toegelicht.

Overgangsrecht

Het overgangsrecht met betrekking tot de vergunningplicht is geregeld in art. VII Implementatiewet betaaldiensten. Rechtspersonen die geen kredietinstelling zijn in de zin van de Wft en die aantoonbaar vóór 25 december 2009 betaaldiensten verleenden, wordt een overgangstermijn gegund van de vergunningplicht tot 30 april 2011. Art. VII, lid 2, bepaalt – wellicht ten overvloede – dat het betaaldienstverlener uiteraard wel vrijstaat ook vóór 30 april 2011 een vergunning aan te vragen. Voor rechtspersonen die tevens kredietinstelling zijn, geldt het overgangsrecht niet. Zij zijn immers vrijgesteld van de vergunningplicht.

Criteria vergunning

Wat betreft de vergunningcriteria wordt aangesloten bij de structuur en systematiek van de Wft. Deel 2 van de Wft ziet op de markttoegang en bepaalt voor welke diensten een vergunning nodig is. Voorts stelt het de criteria waaraan moet zijn voldaan voor vergunningverlening. Deze verplichtingen zijn nader uitgewerkt in het Besluit markttoegang financiële ondernemingen Wft. De vergunning voor het uitoefenen van een bedrijf voor betaaldienstverlener is geregeld in afdeling 2.2.0 van voornoemd besluit.

Om voor een vergunning van DNB in aanmerking te komen dient de aanvrager aan te tonen dat zal worden voldaan aan de eisen van deskundigheid, betrouwbaarheid en integriteit. Voorts dient het dagelijks beleid te worden bepaald door tenminste twee natuurlijke perso-

nen. Daarnaast moet worden voldaan aan de eisen met betrekking tot de zeggenschapsstructuur en de inrichting van de bedrijfsvoering. Voorts moet worden voldaan aan de eisen met betrekking tot het minimum eigen vermogen. Specifiek ten aanzien van betaaldienstverleners geldt dat moet worden voldaan aan de eisen met betrekking tot het veiligstellen van ontvangen middelen uit betaaldiensten, voor zover van toepassing.

DNB beslist op een aanvraag binnen drie maanden na ontvangst van de aanvraag. Indien de aanvraag onvolledig is, dan beslist DNB binnen drie maanden na ontvangst van alle voor het nemen van de beslissing benodigde gegevens.¹³

Prudentieel toezicht

Betaaldienstverleners staan onder prudentieel toezicht van DNB. Dit toezicht bestaat onder andere uit regels met betrekking tot het aanvangskapitaal, het eigen vermogen, de beschermingsvereisten die gelden bij de uitvoering van betalingstransacties en boekhoudkundige regels. Hiervoor wordt grotendeels aangesloten bij de reeds bestaande bepalingen in de Wft.

Specifiek ten aanzien van betaaldiensten worden de art. 3:29a tot en met 3:29c Wft ingevoegd. Op grond van art. 3:29a Wft dient een betaalinstanting de geldmiddelen die worden of zijn ontvangen van betaaldienstgebruikers of andere betaalinstantingen zeker te stellen.¹⁴ Een betaalinstanting stelt ingevolge het Besluit prudentiële regels Wft geldmiddelen die zijn ontvangen van betaaldienstgebruikers of andere betaaldienstverleners voor de uitvoering van betalingstransacties op één van de volgende wijzen veilig: (i) de geldmiddelen worden niet vermengd met de geldmiddelen van andere schuldeisers van de betaalinstanting. Het is de bedoeling van de wetgever dat de geldmiddelen van de betaaldienstgebruikers worden afgescheiden van het vermogen van de betaaldienstverlener (het zogenaamde *ringfencing*) en derhalve niet verloren gaan in geval van insolventie. Volgens de toelichting moet hierbij worden gedacht aan het onderbrengen van de geldmiddelen bij een afgescheiden, onafhankelijke bewaarder zoals een stichting; een vergelijkbare constructie als bij een stichting derdengelden advocatuur. Of (ii) de geldmiddelen worden gedekt door een verzekeringspolis of een vergelijkbare garantie van een verzekeraar of een bank.

Art. 9 PSD verplicht de zekerstelling overigens alleen voor betaaldienstverleners die naast betaaldiensten ook nog andere financiële diensten verlenen. Nederland heeft echter vanuit het oogpunt van consumentenbescherming en financiële stabiliteit gebruikt gemaakt van de lidstaatoptie deze verplichting ook in te voeren voor betaaldienstverleners die

¹² *Stcrt.* 2006, nr. 229, laatstelijk gewijzigd bij *Stcrt.* 2009, nr. 16444.

¹³ Art. 2:3b lid 3 Wft.

¹⁴ Onder een betaalinstanting wordt verstaan een betaaldienstverlener waaraan een vergunning op grond van art. 2:3a Wft is verleend voor het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener. De bepalingen 3:29a tot en met 3:29c Wft gelden niet voor kredietinstellingen die betaaldiensten verlenen. Zij zijn immers uitgezonderd van de vergunningplicht bedoeld in art. 2:3a Wft.

louter betaaldiensten verlenen.

Art. 3:29b Wft bepaalt dat DNB een betaalinstantie die tevens werkzaamheden verricht die geen verband houden met het verlenen van betaaldiensten, kan verplichten die werkzaamheden te laten verrichten door een aparte rechtspersoon. Dat is het geval indien het verrichten van die werkzaamheden afbreuk doet of dreigt te doen aan de financiële soliditeit van de betaalinstantie, dan wel het toezicht op de naleving van deze wet.

Art. 3:29c Wft, ten slotte, bepaalt dat een betaalinstantie alleen een betalingsrekening aanhoudt die uitsluitend voor betalingstransacties worden gebruikt. Geldmiddelen die een betaalinstantie in verband met het verlenen van betaaldiensten van betaaldienstgebruikers ontvangt, zijn, in afwijking van art. 1:1 Wft, geen opvorderbare gelden.

Tot slot wordt erop gewezen dat betaalinstanties niet vallen onder het depositogarantiestelsel. Het depositogarantiestelsel is immers alleen van toepassing op banken met een vergunning als bedoeld in art. 2:11 Wft, beleggingsondernemingen met een vergunning als bedoeld in 2:96 Wft en financiële instanties met een verklaring van ondertoezichtstelling als bedoeld in art. 3:110 Wft.¹⁵ Weliswaar geldt ingevolge art. 3:29a Wft dat een betaalinstantie ontvangen gelden zeker stelt, maar indien een betaalinstantie zich niet aan de regels houdt, lijkt de klant de dupe te worden. De vergelijking met het beleggerscompensatiestelsel dringt zich hier op. Een belangrijk onderscheid tussen het beleggerscompensatiestelsel en het depositogarantiestelsel is dat het beleggerscompensatiestelsel niet zozeer is bedoeld om beleggers een vergoeding toe te kennen in geval van faillissement van een beleggingsonderneming, maar (gedeeltelijk) te compenseren in geval van fraude of administratief wanbeleid door een beleggingsonderneming.¹⁶ Beleggingsondernemingen hebben immers in beginsel geen gelden van beleggers onder zich, omdat het beheerde vermogen afgescheiden dient te zijn.

Informatieverplichtingen

De PSD beoogt mede de informatie- en transparantievereisten te verduidelijken. Duidelijke en consequente regels voor de transparantie van betaaldiensten bevorderen immers de concurrentie, de keuzemogelijkheid en de bescherming van consumenten. Voor een deel zijn deze eisen neergelegd in de Wft en het Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo). Daarnaast is een deel van de eisen neergelegd in de bepalingen van de nieuwe titel 7.7B BW, waarover hieronder meer. De Autoriteit Financiële Markten (AFM) is belast met de naleving van het gedragsrecht, waaronder de informatieverplichting. Ingevolge art. 4:25b Wft houdt de AFM ook toezicht op de betaaldienstverleners de bepalingen van titel 7.7B BW correct naleven. Indien een betaaldienstverlener de desbetreffende bepalingen van het BW niet, of niet correct, naleeft kan de AFM op dat vlak handhaven met inachtneming van de bepalingen van

de Wft.

Handelen in strijd met de Wft tast in beginsel niet de rechtsgeldigheid van de betreffende rechtshandeling aan, tenzij bij of krachtens wet anders is bepaald.¹⁷ Ten aanzien van de informatievoorziening over betaaldiensten bepaalt art. 4:22 lid 4 Wft dat het handelen in strijd met deze verplichtingen de geldigheid van de rechtshandeling wel aantast.

NMa

Een vreemde eend in de bijt vormt art. 5:88 Wft. Op grond hiervan oefent de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), onverminderd de hoofdstukken 3 en 4 van de Mededingingswet, toezicht uit op de toegang tot betalingssystemen. Een betalingssysteem is een geldovermakingssysteem met formele en gestandaardiseerde regelingen en gemeenschappelijke regels voor de verwerking, clearing of afwikkeling van betalingstransacties. Art. 5:88 Wft bepaalt kort gezegd, dat toegang tot betalingssystemen niet afhankelijk mag worden gesteld van andere regels dan regels die objectief, niet-discriminerend en evenredig zijn en noodzakelijk zijn voor de bescherming van het betalingssysteem tegen specifieke risico's en voor de bescherming van de financiële en operationele stabiliteit van het betalingssysteem.

Art. 5:88 Wft implementeert art. 28 PSD. Gelet op het mededingingsrechtelijke karakter van deze bepaling achtte de wetgever de NMa de aangewezen toezichthouder. Met deze enkele bepaling krijgt de NMa, die in het kader van de Wft tot op heden geen rol toekwam, een taak. De vraag is wat de toegevoegde waarde is van deze bepaling nu de NMa al voldoende mogelijkheden heeft op grond van het generieke mededingingsrecht om, zij het repressief, handhavend op te treden. Eenzelfde discussie speelde in het kader van het wetsvoorstel afwikkelingsdiensten, waar deze bevoegdheid van de NMa uiteindelijk is geschrapt.¹⁸

Titel 7.7B BW

De Implementatiewet betaaldiensten bevat naast de publiekrechtelijke bepalingen ook bepalingen van civielrechtelijke aard. Laatstgenoemde bepalingen zijn geïmplementeerd in een nieuwe titel in boek 7 van het BW: titel 7.7B BW. De plaatsing in een afzonderlijke titel betekent dat de algemene bepalingen betreffende opdracht niet van toepassing zijn.

Opgemerkt zij dat titel 7.7B BW rechtstreeks is overgenomen uit de PSD. Omdat ook de terminologie is overgenomen, is deze titel moeilijk leesbaar. Bovendien is deze titel wellicht onnodig ingewikkeld. In beginsel ziet titel 7.7B BW echter op vier spelers: de betaler en de betaaldienstverlener van de betaler, en de begunstigde en de betaaldienstverlener van de begunstigde.

Titel 7.7B BW regelt de verhouding tussen de betaaldienstverlener en de betaler onderscheidenlijk de begunstigde. Wat geldt tussen de betaler (in de regel de schuldenaar) en

¹⁵ Art. 3:258 Wft.

¹⁶ Zie *Stb.* 2006, 507, p. 19.

¹⁷ Art. 1:23 Wft.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 025, nr. 3, p. 21.

de begunstigde (in de regel de schuldeiser) in hun onderlinge verhouding wordt niet in titel 7.7B BW geregeld. Van titel 7.7B BW mag alleen van bepaalde artikelen worden afgeweken wanneer de betaaldienstgebruiker geen consument is. Een zodanige afwijking moet echter nadrukkelijk overeen worden gekomen.

In het kader van de invoering van titel 7.7B BW is de Wet grensoverschrijdende betaaldiensten ingetrokken, omdat de nieuwe bepalingen van titel 7.7B BW een strenger regime inhouden voor de rechten en verplichtingen van betaaldienstgebruikers en betaaldienstverleners.

Een gevolg van de implementatie van de PSD is dat de Algemene Bankvoorwaarden (ABV) moesten worden aangepast.¹⁹ In de nieuwe ABV is onder meer een aantal bepalingen toegevoegd die verband houden met het nieuwe regime voor de betaaldienstverlening. Naast de toepassing van de ABV hebben de meeste banken ook aangepaste voorwaarden voor betaaldienstverlening ingevoerd.

Titel 7.7B BW is alleen van toepassing op betaaldiensten uitgevoerd in euro's in een staat die partij is bij de EER

Een vreemde eend in de bijt vormt art. 5:88 Wft.

of uitgevoerd in de valuta van een staat buiten de eurozone die partij is bij de EER. Betalingstransacties die bijvoorbeeld in dollars worden uitgevoerd vallen daarmee buiten het toepassingsgebied van titel 7.7B BW ongeacht of de transacties binnen de EER plaatsvinden. Dit schept wellicht mogelijkheden voor creatieve ontwijkingsroutes. Gedacht zou kunnen worden aan het aanbieden van dollarrekeningen. De vraag is overigens wel of deze moeite de betaaldienstverlener loont.

Titel 7.7B BW is daarnaast, met uitzondering van art. 7:541 BW (inzake valuterig), alleen van toepassing indien de betaaldienstverlener van zowel de betaler als van de begunstigde in de Europese Gemeenschap is gevestigd. Opmerkelijk is dat het toepassingsgebied met uitzondering van art. 7:541 BW in wezen beperkt is tot de lidstaten van de EG. Met het intrekken van de Wet grensoverschrijdende betaaldiensten betekent dit in feite dat de bepalingen omtrent uitvoeringstermijnen, anders dan voorheen, niet meer gelden voor de EER-staten buiten de EG-zone: Noorwegen, IJsland en Liechtenstein.

Algemene bepalingen

In titel 7.7B BW zijn eerst de definities en een aantal algemene bepalingen opgenomen. De definities komen grotendeels overeen met de Wft, zoals hierboven besproken. De algemene bepalingen zien op de informatieverstrekking aan de betaaldienstgebruiker, het wijzigen en het beëindigen van de raamovereenkomst, de kosten die een betaaldienst-

verlener in rekening mag brengen en de betaalinstrumenten met een relatief beperkte uitgavenlimiet zoals de Chipknip. In titel 7.7B BW wordt onderscheid gemaakt tussen een (eenmalige) betalingstransactie en een raamovereenkomst waaronder meerdere betalingstransacties worden uitgevoerd. In het algemeen gelden voor eenmalige betalings-transacties mindere zware informatievereisten dan voor raamovereenkomsten. Voor een nadere uitwerking van de verplichting tot informatieverstrekking wordt verwezen naar het Bgfo.²⁰

Instemming met de betaaloopdracht

Een juridisch nieuw fenomeen is de 'instemming' (toestemming) die door de betaler voor de uitvoering van een betalingstransactie dient te worden verstrekt. Een betaaldienstverlener mag een betalingstransactie slechts uitvoeren met instemming van de betaler. Bij gebreke van een dergelijke instemming wordt een betalingstransactie als niet toegestaan aangemerkt.²¹ De betaaldienstgebruiker heeft recht op rectificatie van zijn rekening wanneer sprake is van een niet toegestane of foutieve betalingstransactie, waarvoor de betaaldienstverlener aansprakelijk is. De betaaldienstgebruiker dient dan echter wel onverwijld nadat de fout hem bekend is geworden, te reageren en in ieder geval niet later dan uiterlijk binnen dertien maanden na de valutadatum van de niet toegestane of foutieve betalingstransactie.²² Opvallend is dat de wet spreekt van betaaldienstgebruiker en zich niet beperkt tot de betaler. Onder betaaldienstgebruikers worden immers in de zin van titel 7.7B BW zowel de betaler als de begunstigde verstaan. Niet valt in te zien in welke gevallen een begunstigde rectificatie zou kunnen verlangen.

Indien een betaaldienstgebruiker ontkent dat hij met een uitgevoerde betalingstransactie heeft ingestemd, dan is de betaaldienstverlener gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie (i) is geauthenticeerd, (ii) juist is geregistreerd en geboekt, en (iii) niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.²³ Onduidelijk is of een betaaldienstgebruiker ook recht heeft op rectificatie indien hij na dertien maanden bekend wordt met een niet toegestane of foutieve betalingstransactie. In de praktijk zal dit probleem zich echter niet zo snel voordoen. Art. 19 en 20 ABV verplichten immers de klant de rekeninginformatie te controleren en bepalen dat hij geacht wordt de rekeninginformatie te hebben goedgekeurd als hij deze niet binnen dertien maanden heeft betwist. In zijn arrest van 23 februari 2001²⁴ heeft de Hoge Raad beslist dat het in art. 13 ABV (het thans gelijklopende art. 20 ABV) vervatte beëindiging in beginsel niet als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt.

Titel 7.7B BW bevat voorts een aantal bepalingen omtrent het gebruik en de melding van misbruik van de betaalinstru-

19 De tekst van de nieuwe Algemene Bankvoorwaarden is op 27 juli 2009 gepubliceerd door de Nederlandse Vereniging van Banken en is op 1 november 2009 in werking getreden. Zie uitgebreid over de nieuwe Algemene Bankvoorwaarden: B.B. van der Burgh, 'Algemene Bankvoorwaarden: een geslaagde verjongingskuur', *FIP* 2010, nr. 1.

20 Art. 7:516 BW jo. 7:549 BW.

21 Art. 7:522 BW.

22 Art. 7:526 BW.

23 Art. 7:527 lid 1 BW.

24 HR 23 februari 2001, *NJ* 2001, 277.

menten die worden gebruikt om instemming te verlenen. Zo dient de betaaldienstgebruiker zich te houden aan een aantal veiligheidsvoorschriften en dient hij de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument.²⁵ Ook de betaaldienstverlener die een betaalinstrument uitgeeft dient zich te houden aan een aantal veiligheidsvoorschriften. De betaaldienstverlener mag niet ongevraagd een betaalinstrument toezenden, tenzij een betaalinstrument dient te worden vervangen.²⁶

Storneringen

Onder stornering wordt verstaan de ongedaanmaking van een reeds uitgevoerde betalingstransactie (meestal een incassobetaling). Op grond van de nieuwe titel heeft de betaler onder twee cumulatieve voorwaarden recht op stornering, namelijk wanneer (i) het precieze bedrag van de betalingstransactie niet is gespecificeerd, en (ii) het bedrag van de betalingstransactie hoger ligt dan het doorgaans doet.²⁷ Voor wat betreft dat laatste kan worden gedacht aan het geval dat de betaler heeft ingestemd met de betaling van de schade aan een gehuurde auto waarbij op voorhand het bedrag van de betalingstransactie niet vaststaat en dat achteraf het bedrag van de betalingstransactie hoger uitvalt dan de betaler kon verwachten. Uiteraard staat daarmee niet vast dat er geen betalingsverplichting jegens de begunstigde bestaat. De feiten die nodig zijn om vast te stellen dat aan beide cumulatieve voorwaarden is voldaan, moet de betaler op verzoek aan de betaaldienstverlener opgeven.²⁸

Uitvoering van de betalingstransactie

Titel 7.7B BW bevat voorts bepalingen over het tijdstip van ontvangst van een betaalopdracht, de weigering om een betaalopdracht uit te voeren, de herroeping van een bepaalde opdracht en de kosten die in rekening kunnen worden gebracht bij de uitvoering van een betaalopdracht.

Het uitgangspunt is dat een betaaldienstgebruiker ervan moet kunnen uitgaan dat een volledige en geldige betaalopdracht goed wordt uitgevoerd, tenzij de betaaldienstverlener een in de raamovereenkomst overeengekomen of wettelijke grond kan aanvoeren voor het niet uitvoeren van de betalingstransactie. Indien de betaaldienstverlener een betaalopdracht niet uitvoert, dient de betaaldienstgebruiker hiervan zo spoedig mogelijk in kennis te worden gesteld en dient de betaaldienstverlener de reden van de niet uitvoering te motiveren.²⁹

Bij de uitvoering van een betalingstransactie dient het volledige bedrag van de betalingstransactie te worden overgemaakt zonder daarop kosten in te houden.³⁰ Dit brengt mee dat de rekening van de begunstigde voor het volledige bedrag wordt gecrediteerd. Bij de uitvoering van de betalings-

transactie dient het bedrag uiterlijk aan het einde van de eerstvolgende werkdag op de rekening van de betaaldienstverlener van de begunstigde te worden gecrediteerd.³¹ De betaaldienstverlener van de begunstigde dient hierna onmiddellijk de rekening van de begunstigde te crediteren.³²

Valutering

Valutering is een mechanisme dat een bank hanteert bij het overboeken van bedragen tussen bankrekeningen met als doel rentewinst te behalen. De bank trekt rente gedurende de valutadagen over het overgeboekte bedrag. Betaaldienstverleners kunnen op grond van art. 7:541 BW geen valutering meer toepassen bij betalingstransacties die onder de reikwijdte van titel 7.7B vallen. Ingevolge dit artikel moet de valutadatum van de creditering van de betaalreke-

Bewijslast instemming rust op betaaldienstverlener.

ning van de begunstigde uiterlijk op de werkdag waarop de rekening van de betaaldienstverlener van de begunstigde wordt gecrediteerd vallen. Bij debitering mag de valutadatum van de afschrijving niet eerder dan de debitering van de rekening van de betaler vallen.

Aansprakelijkheid

Indien een betaalopdracht door de betaler wordt geïnitieerd, is de betaaldienstverlener van de betaler in beginsel jegens de betaler aansprakelijk voor de juiste uitvoering daarvan.³³ De betaalopdracht wordt geacht correct te zijn uitgevoerd als dit in overeenstemming met de unieke identifier heeft plaatsgevonden.³⁴ De unieke identifier bestaat uit het rekeningnummer van de begunstigde. De betaaldienstverlener van de betaler die kan bewijzen dat de betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie heeft ontvangen, is niet aansprakelijk. Wordt een betaalopdracht door de begunstigde geïnitieerd, dan is de betaaldienstverlener van de begunstigde aansprakelijk jegens de begunstigde voor de juiste verzending van de betaalopdracht aan de betaaldienstverlener van de betaler.³⁵

De betaaldienstverlener is niet aansprakelijk als er sprake is van overmacht. Onder 'overmacht' wordt in titel 7.7B BW verstaan abnormale en onvoorziene omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden voorkomen. Daarnaast is de betaaldienstverlener niet aansprakelijk indien de betaaldienstverlener uit hoofde van nationale of communau-

25 Art. 7:524 BW.

26 Art. 7:525 lid 1 sub b BW.

27 Art. 7:530 lid 1 BW.

28 Art. 7:530 lid 2 BW.

29 Art. 7:533 lid 1 BW.

30 Art. 7:535 lid 1 BW.

31 Art. 7:537 lid 1 BW. Ingevolge art. VIII Implementatiewet betaaldiensten kunnen de betaler en betaaldienstverlener tot 12 januari 2012 in afwijking van art. 7:537 BW een termijn van ten hoogste drie werkdagen overeenkomen.

32 Art. 7:537 lid 2 BW.

33 Art. 7:543 lid 1 BW.

34 Art. 7:542 lid 1 BW.

35 Art. 7:544 lid 1 BW.

taire wetgeving andere wettelijke verplichtingen heeft.³⁶Te denken valt aan invorderingsverplichtingen op grond van bijvoorbeeld belastingwetgeving, de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften of het Wetboek van Strafvordering. De betaaldienstverlener die als gevolg van andere wettelijke verplichtingen de desbetreffende regels uit deze wet niet naleeft, zal noch privaatrechtelijk aansprakelijk kunnen worden gehouden, noch een bestuursrechtelijke sanctie kunnen worden opgelegd door een nationale toezichthouder.

36 Art. 7:548 BW.

Afrondend

Met de introductie van financieel toezicht op betaaldiensten gaat ook voor betaaldienstverleners een vergunningplicht gelden. Wat zij voorheen 'vrij' mochten doen, is nu gebonden aan vergunningen en regels waarop DNB en de AFM toezicht houden. De meeste betaaldienstverleners hebben met de implementatie van de PSD in de Wft en het BW in ieder geval hun werkwijzen en algemene voorwaarden moeten aanpassen. Daarnaast moesten de ABV worden aangepast.

Over de auteurs

Mr. M.H.P. Claassen en mr. J.L. Sniijders zijn advocaat bij AKD te Rotterdam.