



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Financiële ondernemingen: betaaldienstverleners

Rank, W.A.K.; Haentjens, M.; Raas, R.P.

Citation

Rank, W. A. K. (2022). Financiële ondernemingen: betaaldienstverleners. In M. Haentjens & R. P. Raas (Eds.), *Compendia* (pp. 219-252). Den Haag: Sdu. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3564916>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3564916>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Compendium Financieel Recht

Derde druk

Redactie

Prof. mr. drs. M. Haentjens

Prof. mr. R.P. Raas

Prof. mr. W.A.K. Rank

Auteurs

Mr. dr. S.B. van Baalen

Mr. M.E.J. Bracco Gartner

Prof. mr. K.W.H. Broekhuizen

Mr. M.J. Giltjes

Prof. mr. drs. M. Haentjens

Mr. A.J.A.D. van den Hurk

Prof. mr. E.P.M. Joosen

Prof. dr. mr. A.J.C.C.M. Loonen

Mr. R.K. Pijpers

Prof. mr. R.P. Raas

Prof. mr. W.A.K. Rank

Dr. ir. E. Rogge

Mr. G.P. Roth

Mr. J.T. Tegelaar

Prof. mr. J.W.P.M. van der Velden

Mr. dr. D.J. Verheij

Prof. mr. H.M. Vletter-van Dort

Sdu

Den Haag, 2022

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:
Sdu Klantenservice
tel.: 070 – 378 98 80
e-mail: info@sdu.nl
web: www.sdu.nl/service

Vormgeving omslag: Villa Y, Henxel
Zetwerk: Imago Mediabuilders, Amersfoort
Aanbevolen citeerwijze: Haentjens e.a. (red.), (naam auteur), Compendium Financieel Recht,
p. (paginanummer), Den Haag: Sdu 2022
ISBN: 9789012408059
NUR: 827

© Sdu Uitgevers bv, Den Haag, 2022

Alle rechten voorbehouden. Behalve de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens kopiëren dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprerecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: (023) 799 78 10. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich te wenden tot de stichting PRO, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: (023) 799 78 09. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: info@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

6 Financiële ondernemingen: betaaldienstverleners

Prof. mr. W.A.K. Rank

6.1 Inleiding

Ongeveer honderd jaar geleden verliep het betalingsverkeer grotendeels chartaal. Het uitbetalen van salarissen en het doen van aankopen in winkels geschiedde door overgifte van munten en bankbiljetten. Het minder voorkomende girale betalingsverkeer speelde zich vooral af in de zakelijke sfeer. Betaalopdrachten werden daarbij uitsluitend op papier gegeven en verwerkt. Ook was er nauwelijks sprake van grensoverschrijdende betalingen. Daarnaast was het betalingsverkeer niet of nauwelijks gereguleerd: er waren geen publiekrechtelijke regels specifiek voor betaaldienstverleners en er was geen wettelijke regeling van de privaatrechtelijke aspecten van een betalingstransactie. Alleen voor banken was er een vergunningplicht en prudentieel toezicht. Aan de privaatrechtelijke aspecten van de betalingstransactie werd door de jurisprudentie en de wetenschap vormgegeven aan de hand van de algemene regels van het vermogensrecht. Bij chartale betalingen ging het dan meestal om goederenrechtelijke vragen en bij girale betalingen vooral om vragen van verbintenenrecht en beslag- en insolventierecht.

Wij kunnen ons de betaalomgeving van toen nu nog maar moeilijk voorstellen. Dit heeft alles te maken met belangrijke ontwikkelingen in het betalingsverkeer die zich de afgelopen jaren in een hoog tempo hebben voorgedaan. Zo was en is een belangrijke ontwikkeling de beweging van chartaal geld naar giraal en elektronisch geld (zowel nationaal als internationaal). Ook worden betaalopdrachten meestal niet meer op papier gegeven maar via moderne technologieën. Daarbij kan worden gedacht aan internetbankieren en betalen via een mobiele telefoon. Een andere voorname ontwikkeling was en is de beweging, mede als gevolg van de toegenomen globalisering, van nationaal naar internationaal. Dat zien we vooral in een Europese context. De invoering van de euro en de creatie van de *Single Euro Payments Area* (SEPA) hebben daaraan bijgedragen.

Binnen SEPA kunnen grensoverschrijdende betalingen, behalve via bilaterale correspondentrelaties tussen de bank van de betaler en de bank van de ontvanger, ook worden geëffectueerd via TARGET2, het RTGS (*real time gross settlement*) systeem van de ECB, of via een van de systemen van de EBA, de Euro Banking Association (Euro-1, Step1 en Step2). Buiten SEPA kan weliswaar uitsluitend grensoverschrijdend worden betaald via bilaterale correspondentrelaties, maar ook een dergelijke betaling kan heel snel verlopen. Is sprake van een betaling van of naar het buitenland en zijn de betrokken betaaldienstverleners aangesloten bij SWIFT – een acroniem voor *Society for Worldwide International Financial Telecommunication* –, dan kan de betaaldienstverlener van de betaler de opdracht via het SWIFT-netwerk op elektronische wijze razendsnel aan de betaaldienstverlener van de ontvanger doen toekomen.

Met de tijd is er ook verandering gekomen in de partijen die actief zijn op het gebied van betalen. Vroeger waren banken de enige spelers op het terrein van het betalingsverkeer maar tegenwoordig kennen we een grote verscheidenheid aan partijen die zich bezighouden met het verlenen van betaaldiensten. Deze ontwikkeling is hand in hand gegaan met nieuwe gedetailleerde wet- en regelgeving, die zowel privaatrechtelijk als toezichtrechtelijk is. Baanbrekend daarbij was de inwerkingtreding van PSD1, een Europese richtlijn op het gebied van het betalingsverkeer die een vergunningplicht voor niet-bancaire betaaldienstverleners heeft geïntroduceerd. Ook zijn er allerlei nieuwe betaaldiensten ontstaan, zoals de rekeninginformatiedienst en de betaalinitiatiedienst. Deze nieuwe diensten zijn vervolgens in PSD2 gereguleerd.⁵¹²

In dit hoofdstuk zal eerst het overkoepelend juridisch kader voor betaaldienstverlening en betaaldienstverleners worden uiteengezet. Daarbij komt zowel PSD1 als PSD2 aan bod. Ook SEPA en de daarbij behorende SEPA-verordening zullen kort worden besproken. Daarna zal vanuit een gemengd toezichtrechtelijk en civielrechtelijk perspectief worden ingegaan op de basisbegrippen betaaldienstverlener en betaaldienst. Vervolgens komen de belangrijkste toezichtrechtelijke aspecten aan de orde. In dat verband worden allereerst de voor betaaldienstverleners geldende regels inzake markttoegang behandeld. Het gaat daarbij om regels met betrekking tot de vergunningplicht en uitzonderingen daarop. Daarbij wordt ook gekeken naar de positie van betaaldienstverleners met een zetel in het buitenland die in Nederland betaaldiensten (willen) verlenen. Tevens zullen kort enkele prudentiële en gedragsrechtelijke vereisten worden belicht. Ten slotte zal aandacht worden geschonken aan enkele civielrechtelijke

512 Zie over de ontwikkeling van het betalingsverkeer: W.A.K. Rank, 'Betalingsverkeersrecht in beweging', in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 239-254, en J.A. Voerman, 'Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten', in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 255-265. Zie ook J.A. Voerman, *Betaaldiensten 2.0* (Financieel Juridische Reeks, deel 15), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 35 e.v. en E.J. van Praag, *PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem* (preadvies Vereniging voor Financieel Recht 2020) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 169), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 173 e.v.

aspecten van betaaldienstverlening. Daarbij staan de voornaamste rechten en verplichtingen van betaaldienstgebruikers en betaaldienstverleners centraal. De bespreking richt zich in het bijzonder op de regels inzake het toestaan en de uitvoering van betalingstransacties en de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverlener(s) voor niet-toegestane en niet, niet tijdig of niet-juist uitgevoerde betalingstransacties.⁵¹³

6.2 Juridisch kader betaaldienstverlening en betaaldienstverleners

6.2.1 *Herziene Richtlijn betaaldiensten (PSD2)*

Als we het hebben over het juridisch kader voor het verlenen van betaaldiensten, vormt de Richtlijn betaaldiensten of *Payment Services Directive* (PSD)⁵¹⁴ een mijlpaal in de rechtsontwikkeling op dit gebied. Met de PSD werd voor het eerst voorzien in een integrale regeling in EU-/EER-verband van de toezichtrechtelijke en privaatrechtelijke aspecten van de betaaldienstverlening. In 2015 is de PSD vervangen door de Herziene Richtlijn betaaldiensten, oftewel de *Revised Payment Services Directive* (PSD2)⁵¹⁵. De PSD wordt sindsdien ook wel aangeduid als PSD1. Beide richtlijnen zijn geïmplementeerd in zowel de Wet op het financieel toezicht (Wft) als in het Burgerlijk Wetboek (BW). De implementatie van PSD2 in nationale wetgeving diende voor 13 januari 2018 te geschieden. In Nederland is deze datum niet gehaald. De Implementatiewet PSD2 is uiteindelijk pas op 5 december 2018 gepubliceerd in het Staatsblad⁵¹⁶ en (grotendeels) in werking getreden op 19 februari 2019. Op die datum is ook het Implementatiebesluit PSD2, inhoudende de wijzigingen van bijbehorende lagere regelgeving, in werking getreden.⁵¹⁷

In de Wft en de bijbehorende lagere regelgeving vinden we de toezichtrechtelijke bepalingen. Voorbeelden van die lagere regelgeving zijn het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft), het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft (Bmfo Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen (Bgfo Wft). Bij de toezichtrechtelij-

513 Dit hoofdstuk is mede gebaseerd op: W.A.K. Rank, 'Betalingstransactie', in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *Bijzondere Overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 6, vijfde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 361-428; Rank in *T&C BW* 2021, p. 4891-5004, Rank in *T&C Vermogensrecht* 2021, p. 1867-1980, W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019/4, p. 107-123 en W.A.K. Rank en B.W. Wijnstekers, 'Aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties: wie betaalt de rekening?', *MvV* 2021/12, p. 419-428.

514 Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betaaldiensten in de interne markt 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, *PbEG* 2007, L 319/1.

515 Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betaaldiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EG en Verordening (EU) 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, *PbEU* 2015, L 337/35.

516 Wet van 5 december 2018, *Stb.* 2018, 503.

517 Besluit van 8 februari 2019, *Stb.* 2019, 59 en Besluit van 8 februari 2019, *Stb.* 2019, 60.

ke bepalingen kunnen we denken aan de vergunningplicht voor een betaaldienstverlener, prudentiële vereisten en gedragsrechtelijke vereisten.⁵¹⁸

In titel 7.7B BW ('Betalingstransactie') vinden we de civielrechtelijke bepalingen. Bij de civielrechtelijke bepalingen kunnen we denken aan de regeling van de rechten en verplichtingen van betaaldienstgebruikers en betaaldienstverleners. Zo zijn bijvoorbeeld bepalingen opgenomen over informatieverplichtingen van de betaaldienstverlener, de mogelijkheid om de overeenkomst met de betaaldienstverlener te wijzigen of te beëindigen, de doorberekening van kosten, het toestaan en de uitvoering van betalingstransacties en de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverlener(s) voor niet-toegestane en niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransacties.⁵¹⁹

Zowel PSD1 als PSD2 heeft het doel om het regelgevend kader voor betaaldiensten binnen de EU/EER te harmoniseren en de concurrentie te bevorderen om zo het betalingsverkeer efficiënter en goedkoper te maken.⁵²⁰ PSD2 richt zich verder in het bijzonder op het versterken van de interne markt voor kaartbetalingen, internetbetalingen en mobiele betalingen, het stimuleren en faciliteren van innovaties en het verhelpen van tekortkomingen van PSD1.⁵²¹

6.2.2 Toepassingsbereik PSD2

Er zijn naast overeenkomsten ook verschillen tussen PSD2 en PSD1, onder meer op het gebied van het toepassingsbereik van de richtlijn en de aanwijzing van bepaalde diensten als betaaldienst. In PSD2 is het toepassingsbereik van de richtlijn vergroot, zowel geografisch als wat betreft de door de richtlijn bestreken betaaldiensten.⁵²² Uiteraard vinden we deze uitbreiding van de reikwijdte ook terug in de implementatiewetgeving van de verschillende EU-/EER-lidstaten, Nederland daaronder begrepen.

Voorheen waren de toezichtrechtelijke regels enkel van toepassing op betaaldiensten die werden uitgevoerd in de EU/EER. Alle betrokken betaaldienstverleners moesten in de EU/EER zijn gevestigd om deze regels – in Nederland geïmplementeerd in de Wft – van toepassing te doen zijn. Voor de regels inzake het gedragstoezicht – in Neder-

518 Zie nader over de toezichtrechtelijke aspecten van het verlenen van betaaldiensten onder PSD2: F.W.J. van der Eerden & L.J. Silverentand (red.), *Hoofdpijnen Wft* (4^e druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 155-181; R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (vierde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 1-187.

519 Zie nader over de civielrechtelijke aspecten van het verlenen van betaaldiensten onder PSD2: R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (vierde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191-384, W.A.K. Rank, 'Betalingstransactie', in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *Bijzondere Overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 6, vijfde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 361-428; Rank in *T&C BW* 2021, p. 4891-5004, Rank in *T&C Vermogensrecht* 2021, p. 1867-1980, W.A.K. Rank, *Betalingstransacties onder PSD2*, *MvV* 2019/4, p. 107-123.

520 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 2-7.

521 MvT Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, nr. 3, p. 1-2.

522 MvT Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, nr. 3, p. 2-10.

land geïmplementeerd in Deel 4 van de Wft – gold bovendien dat deze alleen van toepassing waren als de betaaldiensten werden verricht in euro of in een andere valuta van een EU-/EER-lidstaat.

Tegenwoordig, onder PSD2, is slechts vereist dat de betaaldiensten in de EU/EER worden aangeboden om onder het toepassingsbereik van de toezichtrechtelijke regels van PSD2 te vallen.⁵²³ Het is dus niet meer nodig dat alle betrokken betaaldienstverleners zijn gevestigd in de EU/EER of dat de betaling geheel binnen de EU/EER plaatsvindt. Het is ook mogelijk dat slechts een bepaald gedeelte van de betaaldienstverlening c.q. de betalingstransactie onder het toepassingsbereik van de richtlijn valt, namelijk voor het gedeelte van de betalingstransactie dat binnen de EU/EER plaatsvindt. Dat is ongeacht de valuta waarin de betaling wordt verricht. De regels inzake het gedragstoezicht zijn onder PSD2 in ieder geval van toepassing op betalingstransacties in de valuta van een EU/EER-lidstaat waarbij alle betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER zijn gevestigd.⁵²⁴ Dit geldt met name voor de op de betaaldienstverleners rustende informatieverplichtingen.⁵²⁵ Behoudens enkele uitzonderingen zijn deze informatieverplichtingen echter ook van toepassing op betalingstransacties in de valuta van een niet-EU-/EER-lidstaat, over de gehele linie als alle bij de betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER zijn gevestigd en voor het gedeelte van de betalingsstransactie dat binnen de EU/EER plaatsvindt als slechts één van betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER is gevestigd.⁵²⁶

De civielrechtelijke regels van PSD1 waren eveneens slechts van toepassing op betaaldiensten uitgevoerd in de EU/EER. Voor de toepasselijkheid van deze regels gold dus ook dat alle bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER moesten zijn gevestigd en dat de betaaldienst moest worden verricht in euro of in andere valuta van een EU-/EER-lidstaat.

Het ruimere toepassingsbereik van PSD2 geldt ook voor de civielrechtelijke regels. Die zijn over de gehele linie van toepassing als alle bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER zijn gevestigd en het een betalingstransactie in euro of in een andere valuta van een EU-/EER-lidstaat betreft.⁵²⁷ Dat geldt ook als het een betalingstransactie in de valuta van een niet-EU-/EER-lidstaat betreft, maar dan met uitzondering van de regels inzake uitvoeringstermijn en valutering (de toekenning van een rentedatum aan een betalingstransactie).⁵²⁸ Als slechts één van de betrokken betaaldienstverleners in de EU/EER is gevestigd, zijn de civielrechtelijke regels van toepassing op het gedeelte van de betalingstransactie dat in de EU/EER wordt uitge-

523 Art. 2 lid 1 PSD2, art. 1:5a lid 1 Wft.

524 Art. 2 lid 2 PSD2.

525 Art. 2 lid 2 PSD2, art. 1:5a lid 1 Wft jo. art. 59ac onder a en art. 69 onder a Bgfo Wft.

526 Art. 2 leden 3 en 4 PSD2, art. 59ac onder b en c en art. 69 onder b Bgfo Wft resp. art. 261 Bpr.

527 Art. 2 lid 1 PSD2, art. 7:515 lid 1 BW.

528 Art. 2 lid 3 PSD2, art. 7:515 lid 2 BW.

voerd, ongeacht in welke valuta de betalingstransactie wordt verricht. Wel zijn diverse bepalingen in dat geval niet van toepassing. Dit betreft met name bepalingen die betrekking hebben op kosten, stornering, uitvoeringstermijn en aansprakelijkheid.⁵²⁹

Een betaling in Hongaarse forint die volledig buiten de EU/EER wordt uitgevoerd valt dus niet onder de regels van PSD2. Een betaling in Canadese dollars die volledig binnen de EU/EER wordt uitgevoerd valt, behoudens de aangegeven uitzonderingen, wel onder de regels van PSD2. Een betaling in Chinese renminbi die gedeeltelijk in de EU/EER wordt uitgevoerd, valt onder de werking van PSD2 voor het gedeelte van de transactie dat in de EU/EER wordt uitgevoerd, zulks wederom behoudens de aangegeven uitzonderingen.

6.2.3 *SEPA en SEPA-Verordening*

PSD1 en PSD2 vormen beide een onderdeel van het streven naar één geharmoniseerd betaalgebied voor de euro, de *Single Euro Payments Area* (SEPA), bestaande uit de EU/EER, Zwitserland en Monaco. SEPA is primair een project van de belangrijkste Europese banken en bankenorganisaties. Deze werken daartoe samen in de *European Payments Council* (EPC), waarin ze afspraken maken en standaarden opstellen voor het betalingsverkeer en de interbancaire verhoudingen.

SEPA is op 28 januari 2008 van start gegaan voor de verwerking van gewone overboekingen, *SEPA Credit Transfers*. Zo is het mogelijk geworden om in het SEPA-gebied bedragen over te maken met een uniforme Europese overschrijving. Vanaf 1 november 2010 kennen we ook de Europese automatische incasso, oftewel *SEPA Direct Debit*. Dat betekent dat zakelijke crediteuren betalingen in euro's kunnen incasseren bij debiteuren in het SEPA-gebied zonder dat het nodig is om daarvoor een rekening in het land van vestiging van de debiteur aan te houden. In november 2017 is de Europese real time overboeking (*SEPA Instant Credit Transfer*) toegevoegd aan de betaalproducten die in het kader van SEPA zijn ontwikkeld. Na een overgangsfase zal de markt uiteindelijk enkel bestaan uit Europese betaalmiddelen.

De genoemde betaalproducten zijn onderworpen aan bepaalde standaarden, regels en procedures die zijn opgenomen in verschillende *Rule Books* die door de EPC zijn opgesteld. Zo kennen we het *SEPA Credit Transfer Scheme Rule Book* dat betrekking heeft op de reguliere overschrijvingen, het *SEPA Instant Credit Transfer Scheme Rule Book* voor real time overschrijvingen, het *SEPA Core Direct Debit Scheme Rule Book* gericht op automatische incasso's voor consumenten en tot slot het *SEPA Business to Business Direct Debit Scheme Rule Book* dat zich richt op automatische incasso's voor zakelijke partijen. Deze *SEPA Rule Books* zijn daarbij aan periodieke vernieuwing en uitbreiding onderhevig.

⁵²⁹ Art. 2 lid 4 PSD2, art. 7:515 lid 3 BW.

Concluderend kan worden gezegd dat SEPA voornamelijk gaat over standaardisatie van betaalproducten. PSD1 en PSD2 zijn daarbij van belang aangezien het juridisch kader waarbinnen de uniforme Europese betaalruimte kan worden gerealiseerd daaruit voortvloeit.⁵³⁰

SEPA wordt mede vormgegeven door de SEPA-Verordening. Deze verordening is vastgesteld op 14 maart 2012⁵³¹ en gewijzigd op 20 maart 2014⁵³². De SEPA-Verordening verplicht onder andere betaaldienstverleners om bepaalde standaarden van de *European Payments Council*, uit bijvoorbeeld de *Rule Books*, te implementeren.⁵³³ Ook bevat de SEPA-Verordening enkele overgangsbepalingen en ontheffingsmogelijkheden. Nederland heeft echter geen gebruikgemaakt van deze ontheffingsmogelijkheden. Nederlandse betaaldienstverleners moeten dan ook sinds 1 februari 2014 volgens de genoemde standaarden opereren. Het gaat daarbij onder meer om het gebruik van het *International Bank Account Number* (IBAN) voor zowel binnenlandse als grensoverschrijdende betalingen en het verplicht beschikbaar stellen van bepaalde mogelijkheden tot het blokkeren van automatische afschrijvingen.

6.3 Begripsbepalingen

6.3.1 Betaaldienstverlener en betaaldiensten

Art. 1:1 Wft definieert een betaaldienstverlener als:

CITAAAT

‘degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten’.

Art. 7:514 onder f BW bevat eveneens een definitie van het begrip betaaldienstverlener. Volgens deze bepaling is een betaaldienstverlener:

CITAAAT

‘dienstverlener als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de richtlijn en een natuurlijke persoon of rechtspersoon waarop een vrijstelling krachtens artikel 2:3d van de Wet op het financieel toezicht van toepassing is’.

530 MvT, Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, nr. 3, p. 2; NV II, Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, nr. 6, p. 2-3.

531 Verordening (EU) 260/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro en tot wijziging van Verordening (EG) 924/2009, *PbEU* 2012, L 94/22.

532 Verordening (EU) 248/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot wijziging van Verordening (EU) 260/2012 betreffende de migratie naar Uniebrede overmakingen en automatische afschrijvingen, *PbEU* 2014, L 84/1.

533 www.epc.eu.

Op het eerste gezicht wijkt de definitie van het BW nogal af van die in de Wft. Materieel heeft het begrip ‘betaaldienstverlener’ in het BW echter dezelfde betekenis als in de Wft.⁵³⁴ In het BW is aansluiting gezocht bij art. 4 punt 11 PSD2, welke bepaling op haar beurt verwijst naar art. 1 lid 1 van diezelfde richtlijn. In art. 1 lid 1 PSD2 worden verschillende categorieën betalingsverleners onderscheiden, te weten a) banken, b) elektronischgeldinstellingen (egi's), c) postcheque- en girodiensten, d) betaalinstanties, e) de ECB en nationale centrale banken en f) de lidstaten en hun regionale en lokale overheden. In het BW is gekozen voor aansluiting bij de definitie van de richtlijn omdat het, met het oog op de bescherming van de betaaldienstgebruiker, wenselijk wordt geacht om door het stellen van een prejudiciële vraag aan het HvJ EU zekerheid te kunnen krijgen over de richtlijnbeepaling en daarmee over de precieze afgrenzing van het begrip betaaldienstverlener.⁵³⁵

De definitie van betaaldienstverlener in art. 1:1 Wft roept twee vragen op. De eerste vraag is welke activiteiten als een betaaldienst hebben te gelden en de tweede vraag is wanneer een natuurlijke of rechtspersoon ‘zijn bedrijf maakt’ van het verlenen van betaaldiensten. Op beide punten wordt hierna nader ingegaan.

Een betaaldienst wordt eveneens gedefinieerd in art. 1:1 Wft, maar ook, op precies dezelfde manier, in art. 7:514 onder d BW. De definitie luidt als volgt:

CIT
AAT

‘bedrijfswerkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten’.

In bijlage I van PSD2, staat omschreven welke activiteiten als een betaaldienst hebben te gelden. Het gaat daarbij om de volgende activiteiten:

1. *Diensten waarbij de mogelijkheid wordt geboden contanten op een betaalrekening te storten, alsmede alle verrichtingen die voor het beheren van een betaalrekening vereist zijn.*
2. *Diensten waarbij de mogelijkheid wordt geboden contanten van een betaalrekening op te nemen, alsmede alle verrichtingen die voor het beheren van een betaalrekening vereist zijn.*
3. *Uitvoering van betalingstransacties, met inbegrip van geldovermakingen, op een betaalrekening bij de betalingsdienstverlener van de betaaldienstgebruiker of bij een andere betalingsdienstverlener:*
 - a) *uitvoering van automatische afschrijvingen, met inbegrip van eenmalige automatische afschrijvingen;*

534 NV Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II 2008/09*, 31892, 6, p. 11.

535 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II 2008/09*, 31892, 3, p. 31; MvT Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II 2017/18*, 34813, 3, p. 32.

- b) uitvoering van betalingstransacties met behulp van een betaalkaart of een soortgelijk instrument;
- c) uitvoering van overmakingen, met inbegrip van doorlopende betaalopdrachten.
- 4. Uitvoering van betalingstransacties waarbij de geldmiddelen zijn gedekt door een kredietlijn die aan de betaaldienstgebruiker wordt verleend:
 - a) uitvoering van automatische afschrijvingen, met inbegrip van eenmalige automatische afschrijvingen;
 - b) uitvoering van betalingstransacties met behulp van een betaalkaart of een soortgelijk instrument;
 - c) uitvoering van overmakingen, met inbegrip van automatische betaalopdrachten.
- 5. Uitgifte van betaalinstrumenten en/of acceptatie van betalingstransacties.
- 6. Geldtransfers.
- 7. Betaalinitiatiediensten.
- 8. Rekeninginformatiediensten.

Voor een goed begrip van deze betaaldiensten is het belangrijk om enkele van de hiervoor gebruikte termen nader tegen het licht te houden. Dat betreft allereerst de begrippen betaalrekening, betaaldienstgebruiker, betalingstransactie, kredietlijn en betaalinstrument. Daarnaast verdienen ook de onder 5-8 genoemde betaaldiensten als zodanig enige nadere toelichting.

Een betaalrekening wordt in art. 1:1 Wft en, in nagenoeg gelijke bewoordingen, in art. 7:514 onder i BW gedefinieerd als:

CITAAT

'een op naam van een of meer betaaldienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt, als bedoeld in artikel 4 van de richtlijn betaaldiensten'.

Een spaarrekening of een escrow-rekening is geen betaalrekening en valt dus buiten het toepassingsbereik van PSD2. Of een rekening als een betaalrekening moet worden gekwalificeerd, is een kwestie van uitleg. Volgens het HvJ EU is het essentieel voor een betaalrekening dat rechtstreeks ten gunste en ten laste van de rekening betalingen kunnen worden gedaan. Een rekening waarbij alle bij- en afschrijvingen via een tegenrekening moeten verlopen, is dan ook geen betaalrekening.⁵³⁶

De bij de onder 3 en 4 vermelde betaaldiensten gebruikte term 'betaaldienstgebruiker' wordt in art. 1:1 Wft en, in nagenoeg gelijklopende bewoordingen, in art. 7:514 onder e BW gedefinieerd als:

CITAAT

'persoon die in de hoedanigheid van betaler, betalingsbegunstigde of beide van een betaaldienst gebruik maakt'.

536 HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:809, *Bundeskammer für Arbeiter/ING DiBa*.

De betaaldienstgebruiker kan zowel een natuurlijke persoon als een rechtspersoon zijn. Die natuurlijke persoon kan handelen in de uitoefening van een bedrijf of beroep maar kan ook een consument zijn. Dit is van belang omdat titel 7.7B BW hoofdzakelijk van dwingend recht is. Afwijking ten nadele van de betaaldienstgebruiker is slechts mogelijk als dit expliciet in de wet is aangegeven. Als de betaaldienstgebruiker een consument is, is afwijking te zijnen nadele nooit toegestaan. Als de betaaldienstgebruiker handelt in de uitoefening van een bedrijf of beroep, is contractuele afwijking van een aantal met name genoemde bepalingen mogelijk, ook als een dergelijke afwijking ten nadele van de betaaldienstgebruiker is. Zie art. 7:550 BW.

De definitie van het begrip ‘betalingstransactie’ vinden we ook in art. 1:1 Wft en in art. 7:514 onder k BW, namelijk:

CIT
AAT

‘een door of voor rekening van de betaler of door de betalingsbegunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen, ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de betalingsbegunstigde zijn’.

Bij de onder 4 genoemde betaaldienst is sprake van geldmiddelen die gedekt zijn door een kredietlijn. Daarbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan betalingen die worden verricht ten laste van een door de betaaldienstverlener verstrekt krediet in rekening-courant. Bij de onder 5 genoemde betaaldiensten wordt gesproken over betaalinstrumenten. De definitie van het begrip ‘betaalinstrument’ is eveneens te vinden in art. 1:1 Wft en in art. 7:514 onder g BW en luidt als volgt:

CIT
AAT

‘gepersonaliseerd instrument of gepersonaliseerde instrumenten of het geheel van procedures, overeengekomen tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener, waarvan gebruik wordt gemaakt voor het initiëren van een betaalopdracht’.

Bij betaalinstrumenten moet derhalve niet alleen worden gedacht aan fysieke hulpmiddelen waarmee een betalingstransactie kan worden geïnitieerd, zoals een betaalkaart of een mobiele telefoon, maar ook aan procedures die moeten worden gehanteerd om een betaling in gang te zetten, zoals het intoetsen van een pincode of het scannen van een vingerafdruk bij het geven van betaalopdrachten via het internet of een mobiele telefoon. Een voorbeeld van de eerste onder 5 genoemde dienst is de uitgifte van een creditcard of een betaalpas in combinatie met een handtekening of pincode en codes of wachtwoorden om betalingen via internet op te geven.⁵³⁷ Deze dienst zal zich vaak voordoen in combinatie met de vier daarvoor genoemde diensten. De tweede onder 5 genoemde dienst, de acceptatie van betalingstransacties, heeft een wat ruimere strekking dan de eerder onder PSD1 als tweede onder 5 vermelde dienst. Deze

⁵³⁷ Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 15 en 16.

betrof enkel de acceptatie van betaalinstrumenten door *creditcard-acquirers*. Dat zijn ondernemingen die (web)winkels de mogelijkheid bieden om betalingen met creditcards te ontvangen.⁵³⁸ Onder PSD2 is de dienst niet meer beperkt tot acceptatie door *creditcard-acquirers* maar vallen ook andere *acquirers*, bijvoorbeeld *acquirers* die het ontvangen van PayPal-betalingen mogelijk maken, eronder. De onder 6 genoemde betaaldienst, geldtransfers, betreft het overmaken van geld zonder dat voor de initiërende partij of de ontvangende partij een betaalrekening wordt geopend. Bij deze betaaldienst stort de betaler in de regel geld bij een geldtransactiekantoor dat door de begunstigde kan worden opgenomen bij een ander geldtransactiekantoor. Deze dienst kan bijvoorbeeld gebruikt worden bij het overmaken van geld naar het buitenland.

De laatste twee betaaldiensten, betaalinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten, worden pas sinds PSD2 gereguleerd. De verleners van deze betaaldiensten worden ook wel aangeduid als derde-betaaldienstverleners. Zij verlenen namelijk diensten ten aanzien van betaalrekeningen bij andere betaaldienstverleners en houden dus zelf geen gelden voor derden onder zich, zoals bijvoorbeeld banken dat doen. Een betaalinitiatiedienst wordt in art. 1:1 Wft en art. 7:514 onder v BW gedefinieerd als:

CITAAT

‘een dienst voor het initiëren van een betaalopdracht op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een betaalrekening die bij een andere betaaldienstverlener wordt aangehouden’.

Daaraan kan toegevoegd worden dat uit art. 7:522b BW blijkt dat het om een online-dienst gaat.

Een betaalinitiatiedienst wordt bijvoorbeeld verleend door een internetbetaalkantoor dat klanten van webwinkels in staat stelt om de aankopen die zij bij deze webwinkel hebben gedaan rechtstreeks te betalen vanaf hun betaalrekening door ten behoeve van deze klanten en op hun verzoek online-overboekingen te doen ten laste van deze betaalrekening, zulks op basis van een door deze klanten via de softwareomgeving van het internetbetaalkantoor gegeven instructie.

De definitie van een rekeninginformatiedienst is te vinden in art. 1:1 Wft en in art. 7:514 onder w BW en luidt als volgt:

CITAAT

‘een online dienst voor het verstrekken van geconsolideerde informatie over een of meer betaalrekeningen die de betaaldienstgebruiker bij een andere betaaldienstverlener of bij meer dan één betaaldienstverlener aanhoudt’

538 www.dnb.nl. Bij creditcards van het driepartijtype zijn de issuer en de acquirer een en dezelfde partij. Voorbeelden zijn American Express en Diners Club. Bij creditcards van het vierpartijtype zijn de issuer en de acquirer verschillende partijen. De acquirer is vaak een bank die over een licentie van de issuer beschikt. Voorbeelden zijn Mastercard en Visa. De acquirer houdt zich bezig met het accepteren en verwerken van transacties en het uitbetalen aan acceptanten.

Dat het ook hier om een onlinedienst gaat, blijkt al uit de definitie. Dit blijkt echter ook uit art. 7:522c BW.

Een voorbeeld van een rekeninginformatiedienst is een digitaal huishoudboekje waarin de saldi van door de betaaldienstgebruiker bij verschillende banken aangehouden betaalrekeningen kunnen worden weergegeven. Een rekeninginformatiedienst onderscheidt zich van alle andere betaaldiensten doordat er bij een rekeninginformatiedienst geen geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen.

Derde-betaaldienstverleners krijgen niet zonder meer toegang tot de betaalrekeningen van betaaldienstgebruikers. Art. 26j lid 1 Bpr Wft bepaalt dat zij daar de uitdrukkelijke toestemming van de desbetreffende betaaldienstgebruiker voor nodig hebben. Uit art. 26h lid 4, art. 26i lid 3 en art. 26j lid 3 Bpr Wft blijkt dat deze toestemming dient te worden gegeven door afgifte van sterke cliëntauthenticatie. Sterke cliëntauthenticatie wordt gedefinieerd in art. 7:514 onder ab BW. In essentie gaat het om authenticatie met gebruikmaking van twee of meer factoren die zich laten aanmerken als kennis (iets wat alleen de betaaldienstgebruiker weet, bijvoorbeeld een wachtwoord), bezit (iets wat alleen de betaaldienstgebruiker heeft, bijvoorbeeld een betaalpas) en een aan de betaaldienstgebruiker inherente eigenschap (iets wat eigen is aan de persoon van de betaaldienstgebruiker, bijvoorbeeld een vingerafdruk) en welke factoren onderling onafhankelijk zijn. De uitwerking van deze voorschriften is te vinden in de Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie⁵³⁹ die op 14 september 2019 in werking is getreden.

Sterke cliëntauthenticatie is vereist wanneer een betaaldienstgebruiker een elektronische betalingstransactie initieert, rechtstreeks dan wel via een betaalinitiatiedienstverlener, of een betaling uitvoert waaraan een verhoogd risico kleeft. Sterke cliëntauthenticatie is ook verplicht wanneer een betaaldienstgebruiker zich via het internet toegang tot zijn rekening verschaft, rechtstreeks dan wel door inschakeling van een betaal-informatiedienstverlener. Bij betaalinitiatiediensten moet de uitdrukkelijke toestemming bij elke (reeks van) transactie(s) worden gegeven. Verdere regels voor rekeninginformatiediensten betreffen de maximale termijn van negentig dagen waarvoor de toestemming gegeven kan worden en het maximumaantal van vier keer per dag dat de rekeninginformatiedienstverlener zelfstandig toegang kan krijgen tot een betaalrekening (tenzij de betaaldienstgebruiker toestemming heeft gegeven voor een hoger maximumaantal). Die regels blijken uit art. 10 Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie.

539 Gedelegeerde Verordening (EU) 2018/389 van de Commissie van 27 november 2017 tot aanvulling van Richtlijn 2015/2336 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen voor sterke cliëntauthenticatie en gemeenschappelijke en veilige open communicatiestandaarden, *PbEU* 2018, L 69/23-43.

Als de betaaldienstgebruiker zijn toestemming heeft gegeven, is de rekeninghoudende betaaldienstverlener op grond van art. 26i-26k Bpr Wft verplicht de derde-betaaldienstverlener toegang te verlenen tot de betaalrekening(en). De rekeninghoudende betaaldienstverlener mag geen beperkingen opleggen aan de vorm of de inhoud van de toestemming en is ook niet verplicht te controleren of deze toestemming is verleend. Hij mag ook niet verlangen dat een derde-betaaldienstverlener een overeenkomst met hem sluit om toegang tot de bij hem aangehouden betaalrekeningen te krijgen. Daarentegen mag en moet een rekeninghoudende betaaldienstverlener wel eisen stellen aan de manier waarop toegang wordt verkregen. Uit de Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie blijkt dat hij ervoor moet zorgen dat de toegang plaatsvindt via een *application programming interface* (api). Dat is een software-omgeving die door de rekeninghoudende betaaldienstverlener speciaal daarvoor is ingericht. Daarmee behoort het verkrijgen van toegang via een bestaand onlinediëntenportal met gebruik van inloggegevens van de betaaldienstgebruikers, een techniek die *screenscraping* wordt genoemd, niet langer tot de mogelijkheden.

Aan beide typen derde-betaaldienstverleners komt een vertrouwensfunctie toe, ondanks het feit dat ze geen gelden van betaaldienstgebruikers onder zich krijgen. Om deze reden worden ook zij als betaaldienstverleners gereguleerd onder PSD2.⁵⁴⁰

6.3.2 *Uitgezonderde diensten*

In art. 1:5a lid 2 Wft worden verschillende activiteiten opgesomd die niet hebben te gelden als het verlenen van betaaldiensten in de zin van de Wft. In lijn met deze uitzondering bepaalt art. 7:515 lid 4 BW dat titel 7.7B BW niet van toepassing is op deze activiteiten (die –opmerkelijk genoeg – in art. 7:514 lid 4 BW juist wel als betaaldiensten worden aangeduid). Uitgezonderde diensten zijn onder andere:

- het rechtstreeks door de betaler met de begunstigde verrichten van een betalings-transactie met uitsluitend chartaal geld (sub a);
- het in de uitoefening van een bedrijf of beroep vervoeren, ophalen, verwerken of leveren van chartaal geld (sub c);
- het verrichten van geldwisseltransacties (sub f);
- het verrichten van betalingstransacties met papieren cheques, wissels en tegoedbonnen (sub g);
- het verrichten van betalingstransacties binnen een betalings- of effectenafwikkelingssysteem (sub h);

540 Zie over deze nieuwe diensten onder meer: J.A. Voerman & J. Baukema, 'FinTech in betaalketen', *FR* 2015, afl. 6, p. 367-374, J.M. Sprecher, 'PSD2: nieuwe dienstverleners krijgen toegang tot de betaalrekening', *FRP* 2016, afl. 1, p. 54-60, W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019/4, p. 107-123

- het verrichten van bepaalde betalingstransacties in verband met dienstverlening op effecten, met inbegrip van het ontvangen en doorbetalen van dividenden, renten en aflossingen door beleggingsondernemingen (sub i);
- het verlenen van diensten door technische dienstverleners ter ondersteuning van de verlening van betaaldiensten zonder dat zij in het bezit komen met de over te maken geldmiddelen, met uitzondering van de betaalinitiatiediensten en rekeninformatiediensten (sub j);
- het verlenen van diensten die gebaseerd zijn op specifieke betaalinstrumenten die uitsluitend kunnen worden gebruikt (i) binnen de bedrijfsgebouwen van de uitgever of een beperkt netwerk of (ii) voor de aanschaf van een zeer beperkte reeks goederen of diensten (sub k);
- het verrichten van betalingstransacties door een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of -diensten die samen met de betaling voor de elektronische communicatiediensten in rekening worden gebracht bij een abonnee (i) voor de aankoop van digitale inhoud en spraakgestuurde diensten of (ii) in het kader van een liefdadigheidsactiviteit of voor de aankoop van toegangs- of plaatsbewijzen waarbij tevens voor de transactie een elektronisch apparaat wordt gebruikt, mits de waarde per betalingstransactie niet meer dan EUR 50 bedraagt en de totale waarde van de betalingstransacties per abonnee per maand niet meer dan EUR 300 (sub l); en
- het verrichten van betalingstransacties die voor eigen rekening worden uitgevoerd tussen betaaldienstverleners, hun agenten of hun bijkantoren (sub m).

Alhoewel deze diensten voor de toepassing van de Wft niet hebben te gelden als een betaaldienst en zij ook buiten het toepassingsbereik van titel 7.7B BW vallen, worden zij wel gereguleerd in de Wft en vereisen zij in sommige gevallen toch een vergunning, bijvoorbeeld als beleggingsonderneming, afwikkelonderneming, wisselinstelling of kredietverstrekker.

Bij de eerste onder k genoemde uitzondering (de zgn. *limited network exclusion*) valt te denken aan klantenkaarten en cadeaukaarten die slechts bij een beperkte groep acceptanten kunnen worden gebruikt maar voor de aanschaf van een relatief breed palet aan goederen en diensten. Bij de tweede onder k genoemde uitzondering (de zgn. *limited product range exclusion*) kan worden gedacht aan kaarten die op zich in een ruimere kring kunnen worden gebruikt, maar slechts voor de aankoop van een zeer beperkt scala aan goederen en diensten, bijvoorbeeld een tankpas die bij alle tankstations kan worden gebruikt maar alleen voor de aankoop van benzine, smeermiddelen en anti-vries en niet voor de aankoop van eet- en drinkwaren.⁵⁴¹

541 Omdat de beperkt-netwerkuitzondering in de EU nogal verschillend wordt toegepast, heeft de EBA op 15 juli 2021 richtsnoeren opgesteld die tot een meer uniforme toepassing van deze uitzondering moeten leiden (EBA Guidelines on the limited network exclusion under PSD2). Beoogde inwerkingtredingsdatum is 1 oktober 2022.

Bij de onder l genoemde uitzondering denke men aan het geval van facturering via de telefoonrekening van door een derde verrichte diensten in de sfeer van entertainment (chatten, muziek, spelletjes) en informatieverstrekking (weer, verkeer, sport, beurskoersen). Als de netwerkexploitant hierbij niet als tussenpersoon optreedt maar als wederpartij, dan is sowieso geen sprake van een betaaldienst en komt de onder l genoemde uitzondering niet in beeld. Als de netwerkexploitant wel als tussenpersoon optreedt en hij de van de gebruikers ontvangen betalingen doorzet naar de achterliggende dienstverlener, verricht hij een betaaldienst, te weten de in Bijlage 1 bij PSD2 onder 3 sub c genoemde dienst van uitvoering van overmakingen. In dat geval kan hij een beroep doen op de onder l genoemde uitzondering zolang de doorbetaalde bedragen onder de in de bepaling genoemde drempelwaarden blijven. De netwerkexploitant handelt als tussenpersoon als hij de kosten van de achterliggende derde partij aan de gebruiker in rekening brengt en de ontvangen bedragen doorbetaalt aan deze derde. De netwerkexploitant handelt als wederpartij als hij de dienst van een derde inkoopt en deze op eigen titel (eventueel tegen een meerprijs) aan de betaler doorverkoopt.⁵⁴²

Art. 3:29b Wft voorziet in een extra regel voor betaalinstanten en egi's in het geval zij diensten aanbieden die geen verband houden met betaaldiensten. De Nederlandsche Bank (DNB) kan de betaalinstanten of egi verplichten die diensten bij een aparte rechtspersoon onder te brengen, indien deze afbreuk doen of dreigen te doen aan de financiële soliditeit van de onderneming of het toezicht op de naleving van de Wft.

6.3.3 *Uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener*

Uit de eerdergenoemde definitie van betaaldienstverlener blijkt dat het voor een kwalificatie als betaaldienstverlener vereist is dat degene die betaaldiensten verleent daarvan zijn bedrijf maakt. Uitgangspunt in PSD2 is dat er sprake is van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener wanneer een onderneming in de uitoefening van beroep of bedrijf betaaldiensten verricht. Hierbij is het niet (meer) noodzakelijk dat het verrichten van betaaldiensten een hoofdactiviteit betreft, wat wel het geval was onder PSD1⁵⁴³. Dat volgt uit overweging 24 van PSD2. Een redelijke interpretatie brengt echter met zich mee dat het verrichten van betaaldiensten geregeld en stelselmatig plaatsvindt. Een incidentele betaaldienst zou niet meteen tot een vergunningplicht moeten leiden. Denk aan een makelaar in onroerend goed die incidenteel voor een cliënt een aanbetaling op een te kopen woning of bedrijfspand verricht. In lijn hiermee houdt DNB vast aan de onder PSD1 gehuldigde interpretatie.⁵⁴⁴

542 Nota n.a.v. het verslag, Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34 813, nr. 11, p. 18

543 Overweging 6 PSD1.

544 *Nieuwsbrief Betaalinstanten DNB*, 28 februari 2019. Zo ook HR 1 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1906 en HR 23 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1701, volgens welke uitspraken voor een bewezenverklaring van het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener als bedoeld in art. 2:3a lid 2 Wft is vereist dat de betreffende betaaldiensten niet slechts incidenteel worden verleend.

6.4. Markttoegang

Op grond van de regels omtrent markttoegang kunnen we betaaldienstverleners verdelen in drie categorieën: betaalinstellingen, banken en egi's en vrijgestelde betaaldienstverleners.

6.4.1 Betaalinstellingen

De definitie van betaalinstellingen is te vinden in art. 1:1 Wft en luidt als volgt:

CIT
AAT

‘een betaaldienstverlener waaraan een vergunning als bedoeld in artikel 2:3a is verleend’.

Voor het zijn van betaalinstelling is dus een specifieke vergunning nodig. Deze wordt verleend door DNB. Dat blijkt uit het eerste lid en het tweede lid van art. 2:3a Wft, wanneer men deze leden in hun onderlinge verband en samenhang beschouwt. Art. 2:3a lid 1 Wft bepaalt dat het eenieder met zetel in Nederland verboden is zonder een daartoe door De Nederlandsche Bank verleende vergunning het bedrijf uit te oefenen van betaaldienstverlener. Art. 2:3a lid 2 Wft voegt daaraan toe dat lid 1 van het artikel niet van toepassing is op financiële ondernemingen met een bankvergunning of een egi-vergunning, voor zover het aan deze instellingen ingevolge die vergunning is toegestaan betaaldiensten te verlenen.

Verder gelden de nodige eisen voor het verkrijgen van de hiervoor genoemde vergunning. Deze eisen worden genoemd in het eerste lid van art. 2:3b Wft. Zo zijn er onder meer eisen omtrent de volgende punten:

- de geschiktheid van dagelijks beleidsbepalers en toezichthouders (sub a);
- de betrouwbaarheid van (mede)beleidsbepalers (sub b);
- het beleid over integere bedrijfsuitoefening (sub c);
- het minimumaantal personen dat het dagelijks beleid bepaalt en de plaats vanwaaruit zij hun werkzaamheden verrichten (sub d);
- de zeggenschapsstructuur (sub e);
- de inrichting van de bedrijfsvoering (sub f);
- het veiligstellen van ontvangen middelen uit betaaldiensten (sub g);
- het minimum eigen vermogen (sub h); en
- de solvabiliteit (sub i).

Daarbij bepaalt het tweede lid van art. 2:3b Wft dat de betaaldienstverlener moet aantonen dat hij ten minste een deel van zijn bedrijf zal uitoefenen in Nederland. Uit het vierde lid blijkt dat de eisen omtrent het veiligstellen van ontvangen middelen uit betaaldiensten en de solvabiliteit niet gelden voor het uitsluitend verlenen van betaalinstitiediensten en rekeninginformatiediensten. Het uitsluitend verlenen van rekening-

informatiediensten is ook uitgezonderd van de eis inzake het minimum eigen vermogen.

We kunnen dus vaststellen dat er een verschil is tussen de begrippen 'betaalinstelling' en 'betaaldienstverlener'. Betaaldienstverlener is het ruimere begrip. Een betaalinstelling is altijd een betaaldienstverlener, een betaaldienstverlener is echter niet altijd een betaalinstelling. De uitzonderingen en vrijstellingen die hierna behandeld zullen worden, zullen dit verduidelijken.

6.4.2 *Banken en elektronischgeldinstellingen*

Banken en egi's die op grond van hun vergunning als bank of egi betaaldiensten mogen verlenen, vormen een aparte categorie betaaldienstverleners omdat zij uitgezonderd zijn van de vergunningplicht van art. 2:3a Wft. Dat is te lezen in de leden 2 en 3 van dit artikel:

CITAAT

'2. Het eerste lid is niet van toepassing op financiële ondernemingen die voor het uitoefenen van het bedrijf van bank of voor het uitoefenen van het bedrijf van elektronischgeldinstelling een door de Europese Centrale Bank of de Nederlandsche Bank verleende vergunning hebben, voor zover het aan hen ingevolge die vergunning is toegestaan betaaldiensten te verlenen.

3. Het eerste lid is niet van toepassing op elektronischgeldinstellingen die gevestigd zijn in een door Onze Minister aangewezen staat als bedoeld in artikel 2:10f, derde lid, en die voldoen aan de in artikel 2:10f, derde lid, bedoelde voorwaarden'.

Banken en egi's behoeven dus geen vergunning uit hoofde van art. 2:3a Wft om betaaldiensten te mogen verlenen indien en voor zover het aan deze instellingen op grond van hun bankvergunning of egi-vergunning is toegestaan deze betaaldiensten te verlenen. Worden (bepaalde) betaaldiensten niet door de bankvergunning of egi-vergunning gedekt, dan is het de bank of de egi niet toegestaan deze betaaldiensten te verlenen.

Het verschil tussen een bank enerzijds en een betaalinstelling en een egi anderzijds is onder andere van belang voor de toepasselijkheid van het depositogarantiestelsel. Uit art. 3:259 lid 2 Wft blijkt dat het depositogarantiestelsel enkel van toepassing is bij het falen van een bank en dus niet bij het falen van een betaalinstelling of een egi. Hieraan doet niet af dat een egi op grond van art. 7:521a lid 1 BW (civielrechtelijk) verplicht is de houder van door de egi uitgegeven elektronisch geld de nominale waarde daarvan terug te betalen wanneer de houder daarom verzoekt.

Voor de goede orde zij vermeld dat het saldo dat op naam van een betaalinstelling of egi wordt aangehouden bij een bank op een kwaliteitsrekening als bedoeld in het nieuw

voorgestelde art. 3:29aa Wft⁵⁴⁵ kwalificeert als een deposito dat door de deposithouder op eigen naam doch ten behoeve van een derde wordt aangehouden als bedoeld in art. 29.02 lid 3 van het Besluit bijzondere prudentiële maatregelen, beleggerscompensatie en depositogarantie Wft (Bbpm Wft). Het gevolg is dat de derden ten behoeve van wie de geldmiddelen worden aangehouden voor de toepassing van het depositogarantiestelsel elk afzonderlijk als deposithouder worden aangemerkt en dat hun aanspraken worden gegarandeerd tot een bedrag van EUR 100.000 per persoon bij faillissement van de bank waar de kwaliteitsrekening wordt aangehouden.

6.4.3 *Vrijgestelde betaaldienstverleners*

Naast de in art. 2:3a Wft genoemde uitzonderingen kennen we in art. 2:3d Wft ook de mogelijkheid van vrijstelling van de vergunningplicht:

CITAAAT

‘Bij ministeriële regeling kan geheel of gedeeltelijk vrijstelling worden geregeld van artikel 2:3a, eerste lid. Aan deze gehele of gedeeltelijke vrijstelling kunnen voorschriften worden verbonden’.

De hier bedoelde ministeriële regeling vinden we in de Vrijstellingsregeling Wft. Art. 1a Vrijstellingsregeling Wft vermeldt de voorwaarden waaronder een betaaldienstverlener is vrijgesteld van de vergunningplicht.

CITAAAT

‘Van artikel 2:3a, eerste lid, van de wet zijn vrijgesteld betaaldienstverleners:
a. voor zover zij in Nederland betaaldiensten aanbieden als bedoeld onder 1 tot en met 5 van de bijlage bij de richtlijn betaaldiensten;
b. waarvan het gemiddelde van het totale bedrag van de betalingstransacties die zij de voorafgaande twaalf maanden hebben verricht, met inbegrip van die van agenten waarvoor zij volledig aansprakelijk zijn, niet hoger is dan € 3.000.000 per maand;
c. waarvan geen van de personen die het beleid bepalen of mede bepalen personen zijn met antecedenten als bedoeld in artikel 6, onderdelen a, b en d, van het Besluit prudentiële regels Wft voor zover deze betrekking hebben op het witwassen van geld, terrorismefinanciering of vermogensmisdrijven of als misdrijf aangemerkte overtredingen van financiële toezichtswetgeving; en
d. die de Nederlandsche Bank in kennis hebben gesteld van hun voornemen om de bedoelde betaaldiensten te verlenen’.

Uit het bovenstaande artikel blijkt dat ‘kleine’ betaaldienstverleners voor een vrijstelling van de vergunningplicht in aanmerking kunnen komen. Deze mogelijkheid bestaat echter niet voor betaaldienstverleners die zich bezighouden met het verzorgen

545 Wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2022 (*Kamerstukken II* 2021/22, nrs. 1-3, 35 950 d.d. 25 oktober 2021)

van geldtransfers, betalingsinitiatiediensten of rekeninginformatiediensten. Ondanks het feit dat deze vrijgestelde betaaldienstverleners niet onder de vergunningplicht vallen, zijn zij wel verplicht zich in het openbaar register in te schrijven. Dat lezen we terug in het tweede onderdeel van art. 1:107 lid 2 Wft.

6.5 Betaaldienstverleners met zetel buiten Nederland

Betaaldienstverleners kunnen hun zetel hebben in Nederland maar ook in een ander land. Ook in die gevallen gelden er bepaalde regels uit de Wft. Het is daarbij van belang om onderscheid te maken tussen betaaldienstverleners met zetel in een andere EU-/EER-lidstaat en betaaldienstverleners met zetel in een derde land.

6.5.1 *Betaaldienstverleners met zetel in een andere EU-/EER-lidstaat*

Een betaaldienstverlener met zetel in een andere EU-/EER-lidstaat kan op verschillende manieren actief zijn in Nederland op het gebied van het betalingsverkeer. Dat lezen we in art. 2:3e lid 1 Wft:

CIT
AAT

‘Een betaaldienstverlener met zetel in een andere lidstaat kan overgaan tot het verrichten van zijn werkzaamheden vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor of door tussenkomst van een in Nederland werkzaam zijnde betaaldienstagent, dan wel door middel van het verrichten van diensten naar Nederland, indien hij een door de toezichthoudende instantie van die lidstaat daartoe verleende vergunning heeft’.

We kunnen dus te maken hebben met betaaldiensten die worden verleend in Nederland door een betaaldienstverlener die zetel heeft in een andere EU-/EER-lidstaat (grensoverschrijdende dienstverlening) of via bijkantoren of betaaldienstagenten die zich in Nederland bevinden terwijl de betaaldienstverlener zetel heeft in een andere EU-/EER-lidstaat.

Als een dergelijke betaaldienstverlener over een vergunning beschikt in zijn lidstaat van herkomst, kan hij gebruikmaken van een Europees paspoort (art. 2:3e jo. art. 3:20a Wft en art. 11 lid 9 PSD2) en heeft hij in Nederland geen nieuwe vergunning nodig. Optreden als betaaldienstverlener op basis van een Europees paspoort kan zowel door grensoverschrijdende dienstverlening, via een bijkantoor of door tussenkomst van een derde aan wie taken zijn uitbesteed. Omgekeerd betekent dit ook dat in Nederland gevestigde betaaldienstverleners op basis van een Europees paspoort in andere lidstaten van de EU/EER betaaldiensten kunnen verlenen op grond van art. 2:106a Wft. Het Europees paspoort betreft uiteraard steeds alleen de betaaldienstverlening. Eventuele andere dienstverlening van de betaaldienstverlener valt dus niet onder het Europees paspoort.

Een betaaldienstagent wordt in art. 1:1 Wft gedefinieerd als:

CITAAAT

‘persoon die bij de uitvoering van betaaldiensten voor rekening van een betaalinstelling of elektronischgeldinstelling optreedt’.

Als de genoemde betaaldienstverleners gebruik willen maken van een betaaldienstagent, gelden in beginsel de eisen die worden genoemd in art. 2:3c Wft:

CITAAAT

‘1. Een betaalinstelling die voornemens is betaaldiensten te verlenen door tussenkomst van een betaaldienstagent, stelt de Nederlandsche Bank hiervan in kennis onder opgave van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur te bepalen gegevens
2. De Nederlandsche Bank schrijft de betaaldienstagent in het register, bedoeld in artikel 1:107, in, indien zij de juistheid van de in het eerste lid bedoelde gegevens heeft kunnen vaststellen en informeert hierover de betaalinstelling binnen twee maanden na ontvangst van de gegevens. Indien de Nederlandsche Bank de juistheid van de gegevens niet heeft kunnen vaststellen brengt zij de betaalinstelling daarvan zo spoedig mogelijk op de hoogte. De betaalinstelling verleent niet eerder diensten door tussenkomst van een betaaldienstagent dan nadat deze is ingeschreven’.

Het derde lid van art. 2:3c Wft geeft verder aan dat de voorgaande bepalingen ook gelden voor egi's die door tussenkomst van een betaaldienstagent betaaldiensten verlenen.

Na art. 2:3c Wft is het vervolg van art. 2:3e Wft van belang. Art. 2:3e lid 2 Wft bepaalt dat een inschrijving, zoals genoemd in art. 2:3c lid 2 Wft, niet nodig is in het geval dat de betaaldienstverlener zetel heeft in een andere lidstaat. Art. 2:3e lid 3 Wft bepaalt daarnaast dat DNB aan de hand van bepaalde gegevens binnen een maand na ontvangst ervan beoordeelt of er sprake is van bedenkingen tegen toelating op de Nederlandse markt en stelt die instantie daarvan in kennis. Daarbij lezen we in art. 2:3e lid 4 Wft dat er ook een betrouwbaarheidseis geldt voor betaaldienstagenten die zelf geen betaaldienstverlener zijn. Ook dient de betaaldienstverlener, op grond van art. 2:3e lid 5 Wft, op verzoek van de Autoriteit Financiële Markten (AFM) een centraal contactpunt aan te wijzen en stelt het zesde lid tot slot dat de betaaldienstverlener eveneens op verzoek een periodiek verslag overlegt over de in Nederland verrichte activiteiten.

6.5.2 **Betaaldienstverleners met zetel in een derde land**

Wat betreft betaaldienstverleners die zetel hebben in een derde land (buiten de EU/EER dus), luidt art. 2:3f Wft als volgt:

CITAAT

*‘1. Het is een ieder met zetel in een staat die geen lidstaat is verboden:
 a. in Nederland het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen;
 b. vanuit een in Nederland gelegen bijkantoor het bedrijf van betaaldienstverlener uit te oefenen in een andere lidstaat.
 2. Het eerste lid is niet van toepassing op financiële ondernemingen die voor het uitoefenen van het bedrijf van bank een door de Nederlandsche Bank op grond van dit deel verleende vergunning hebben, voor zover het aan hen ingevolge die vergunning is toegestaan betaaldiensten te verlenen.’*

Betaaldienstverleners met zetel buiten de EU/EER kunnen dus geen vergunning als betaalinstantie aanvragen in Nederland. Een betaaldienstverlener die geen zetel in een EU/EER-lidstaat heeft mag geen betaaldiensten aanbieden binnen de EU/EER. Van dit verbod zijn echter uitgezonderd financiële ondernemingen die voor het uitoefenen van het bedrijf van bank of egi een door DNB verleende vergunning hebben voor zover het deze instellingen ingevolge die vergunning is toegestaan betaaldiensten te verlenen.

6.6 Prudentiële en gedragsrechtelijke vereisten

6.6.1 *Minimum eigen vermogen*

Art. 3:53 Wft stelt regels met betrekking tot het eigen vermogen van financiële ondernemingen met zetel in Nederland. Zo blijkt uit het eerste lid dat banken, egi's en betaalinstanties over een minimumbedrag aan eigen vermogen dienen te beschikken. Het derde lid bepaalt verder dat bij of krachtens algemene maatregel van bestuur regels worden gesteld over de omvang en de samenstelling van het minimum eigen vermogen. Uitwerkingen daarvan vinden we in het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft) in samenhang met de Verordening kapitaalvereisten (CRR). Uit art. 48 lid 1 Bpr Wft blijkt dat de hoogte van het minimumbedrag verschilt per betaaldienstverlener en per betaaldienst. Zo gelden voor een bank en een egi hogere bedragen dan voor een betaalinstantie en lagere bedragen voor betaalinstanties die uitsluitend geldtransfers en betaalinitiatiediensten verzorgen. Tot slot blijkt uit art. 3:53 lid 8 Wft dat de regels over het minimum eigen vermogen niet van toepassing zijn op betaalinstanties die uitsluitend rekeninginformatiediensten verlenen. Deze partijen houden geen geldmiddelen van betaaldienstgebruikers onder zich en kunnen ook geen betaalopdrachten initiëren.

6.6.2 *Solvabiliteit*

Volgens art. 3:57 lid 1 Wft dienen betaaldienstverleners met zetel in Nederland ook te beschikken over voldoende solvabiliteit. Art. 3:57 lid 2 Wft geeft aan dat de regels daarover eveneens bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden gesteld. Deze regels gaan in het bijzonder over de minimumomvang, de samenstelling en de bereke-

ning van de solvabiliteit en de waardering van de vermogensbestanddelen. De uitwerking van die regels vinden we, net zoals bij het eigen vermogen, in het Bpr Wft. Verder volgt uit art. 3:57 lid 3 Wft dat de aan te houden solvabiliteit van betaaldienstverleners wordt uitgedrukt in een minimaal aan te houden toetsingsvermogen. Daarnaast hebben betaaldienstverleners op grond van art. 3:57 lid 4 Wft een kennisgevingsplicht aan DNB in het geval dat zij voorzien of redelijkerwijze kunnen voorzien dat hun solvabiliteit niet voldoet of niet zal voldoen aan de regels. Ten slotte is in art. 3:57 lid 7 Wft bepaald dat betaalinstellingen die uitsluitend betaalinitiatiediensten of rekeninginformatiediensten verlenen uitgezonderd zijn van de regels opgenomen in het eerste tot en met het derde lid.

6.6.3 *Veiligstellen geldmiddelen*

Op grond van art. 10 PSD2 hebben EU-/EER-lidstaten de verplichting om ervoor te zorgen dat betaaldienstverleners die geen bank of egi zijn, de geldmiddelen die zij van betaaldienstgebruikers of andere betaaldienstverleners ontvangen veiligstellen. Op grond van art. 7 van de Herzienne egi-richtlijn⁵⁴⁶ geldt deze verplichting eveneens voor egi's. Bovendien moet een egi voorzien in het veiligstellen van de gelden die zij ontvangt in ruil voor door haar uitgegeven elektronisch geld. De Nederlandse wetgever heeft deze verplichtingen geïmplementeerd door middel van art. 3:29a Wft jo. art. 40a Bpr Wft en 3:29a Wft jo. art. 40b Bpr Wft.

Het eerste lid van art. 40a Bpr Wft bepaalt dat een betaalinstelling geldmiddelen die zijn ontvangen van betaaldienstgebruikers of andere betaaldienstverleners voor de uitvoering van betalingstransacties veiligstelt. Dat kan op twee manieren: doordat de geldmiddelen niet worden vermengd met de geldmiddelen van andere schuldeisers (sub a) of doordat de geldmiddelen worden gedekt door een verzekeringspolis of een vergelijkbare garantie van een bank of verzekeraar (sub b). Indien voor het onder a genoemde alternatief wordt gekozen en de geldmiddelen aan het eind van de werkdag volgend op de dag van ontvangst, nog niet aan de begunstigde of aan een andere betaaldienstverlener zijn overgemaakt, worden zij op grond van art. 40a lid 2 Bpr Wft op een afzonderlijke rekening gestort bij een bank of belegd in veilige, liquide activa met een lage risicograad, op zodanige wijze dat andere schuldeisers van de betaalinstelling hun vorderingen niet op deze geldmiddelen kunnen verhalen. Art. 40a lid 5 Bpr Wft verklaart deze bepalingen van overeenkomstige toepassing op egi's. Art. 40b Bpr Wft bepaalt dat een egi de middelen die zij ontvangt in ruil voor uitgegeven elektronisch geld veiligstelt op het moment dat deze gelden ter beschikking komen van de egi doch uiterlijk vijf werkdagen na uitgifte van het elektronisch geld.

⁵⁴⁶ Richtlijn 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG, *PbEG* 2009, L 267/7.

In de praktijk is een situatie ontstaan waarin betaalinstanties en egi's geldmiddelen van cliënten veiligstellen via speciaal hiervoor opgerichte bewaarinstellingen. Deze bewaarinstellingen hebben meestal de vorm van een stichting derdengelden. Een juridische basis voor deze oplossing is te vinden in de toelichting bij het Bpr Wft.⁵⁴⁷ Op 8 juli 2016 heeft DNB een beleidsregel over vermogensscheiding voor betaalinstanties en elektronisch geldinstellingen ter consultatie voorgelegd. In deze concept beleidsregel heeft DNB uitgewerkt aan welke voorwaarden het gebruik van een bewaarinstelling ten minste moet voldoen om te waarborgen dat andere schuldeisers van de financiële onderneming hun vorderingen niet op de door deze onderneming aangehouden geldmiddelen van cliënten kunnen verhalen. De consultatie is geëindigd op 5 september 2016. Mede naar aanleiding van de reacties op de consultatie heeft DNB besloten verder onderzoek te doen naar vermogensscheiding voor betaalinstanties en egi's. De publicatie van de beleidsregel is in verband daarmee tot nader order aangehouden.⁵⁴⁸

Op 25 oktober 2021 heeft de minister van Financiën, als onderdeel van het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2022, een voorstel inzake een wettelijke kwaliteitsrekening voor betaalinstanties, egi's, afwikkelondernemingen en beleggingsondernemingen bij de Tweede Kamer ingediend.⁵⁴⁹ Het wetsvoorstel bepaalt dat de financiële onderneming de door haar ontvangen geldmiddelen kan zekerstellen door deze aan te houden op een uitsluitend daarvoor bestemde rekening bij een bank. De geldmiddelen op deze rekening vormen een afgescheiden verhaalsvermogen waarop in beginsel alleen bepaalde crediteuren zich mogen verhalen in een bepaalde volgorde. Deze crediteuren zijn in de eerste plaats de bank waarbij de rekening wordt aangehouden voor vorderingen die verband houden met het beheer van de rekening en in de tweede plaats de derden voor wie gelden op de rekening zijn geadministreerd voor vorderingen die verband houden met het toevertrouwen van geldmiddelen aan de financiële onderneming. Andere vorderingen zullen alleen op het afgescheiden vermogen kunnen worden verhaald als vaststaat dat de hiervoor genoemde vorderingen zullen kunnen worden voldaan en dat in de toekomst dergelijke vorderingen niet meer zullen ontstaan. Het wetsvoorstel voor de Wijzigingswet financiële markten 2022 is op 7 april 2022 aangenomen door de Tweede Kamer en op 10 mei 2022 ook door de Eerste Kamer. De regeling van de wettelijke kwaliteitsrekening is bedoeld om op 7 juli 2022 in werking te treden.

Uit art. 3:29a lid 3 Wft jo. 40a lid 1 Bpr Wft volgt dat betaalinitiatiedienstverleners en rekening in formatiedienstverleners niet hoeven te voldoen aan de eisen omtrent het veiligstellen van ontvangen geldmiddelen. Nu deze betaaldienstverleners geen gelden van derden onder zich krijgen, spreekt dat eigenlijk vanzelf. Op grond van art. 3:29c lid

547 *Stb.* 2009, p. 29.

548 *Nieuwsbericht DNB*, 23 februari 2017.

549 *Kamerstukken II 2021/22*, nrs. 1-3, 35 950. Zie over het concept-wetsvoorstel W.A.K. Rank & L.J. Silverentand, 'Betaalinstanties en de (on)wenselijkheid van een wettelijke kwaliteitsrekening', in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 127-145.

1 Wft mogen betaalrekeningen door een betaalinstelling uitsluitend worden aangehouden voor het verrichten van betalingstransacties. Het gebruiken van betaalrekeningen voor andere doeleinden — zoals sparen of het verlenen van escrowdiensten — is derhalve niet toegestaan.

6.6.4 *Gedragrechtelijke vereisten*

Naast prudentiële regels zijn er ook gedragsrechtelijke regels. Zo zijn betaaldienstverleners verplicht zich te houden aan een groot aantal gedragsregels. Deze regels zijn te vinden in het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (Bgfo Wft). Met name de regels over de informatie die aan cliënten verschaft moet worden zijn van belang. Een voorbeeld is de verplichting van een betaaldienstverlener om de betaaldienstgebruiker voorafgaand aan de totstandkoming van de betalingstransactieovereenkomst informatie te verstrekken over de contractuele voorwaarden en na de uitvoering van een betaalopdracht over de wijze van uitvoering. De regels over informatieverplichtingen zijn te vinden in art. 59b-59g en art. 71b-71l Bgfo Wft. Het gaat hier om krachtens de Wft gestelde regels die zich primair richten tot de betaaldienstverlener. Bij overtreding van deze regels zal de AFM dan ook handhavend kunnen optreden, bijvoorbeeld door de betaaldienstverlener een aanwijzing of een boete of een last onder dwangsom op te leggen. Art. 7:516 BW voorziet deze publiekrechtelijke informatieverplichtingen van een civielrechtelijke grondslag door de betaaldienstgebruiker het recht te geven om gedurende de overeenkomst te allen tijde de contractuele voorwaarden op te vragen bij de betaaldienstverlener.

6.7 **Rechten en verplichtingen van betaaldienstverleners**

6.7.1 *Algemeen*

Zoals hiervoor al is aangegeven, vinden we in titel 7B ('Betalingstransactie') van Boek 7 BW de civielrechtelijke bepalingen uit PSD2. Titel 7.7B BW is ingevoerd bij wet van 15 oktober 2009⁵⁵⁰ en is in werking getreden op 1 november 2009⁵⁵¹. Uit de memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 blijkt dat voor plaatsing in Boek 7 BW is gekozen omdat de civielrechtelijke rechtsverhouding tussen een betaaldienstgebruiker en een betaaldienstverlener een overeenkomst vormt die door specifieke eigen regels wordt beheerst en daarom als een benoemde overeenkomst behoort te worden geregeld. De overeenkomst kan een incidentele betalingstransactie betreffen en daarmee een eenmalig karakter hebben. Meestal zal zij echter het karakter hebben van een raamovereenkomst en van toepassing zijn op meerdere of zelfs alle door de betaaldienstverlener voor de betaaldienstgebruiker uitgevoerde betalingstransacties en ook de verplichtingen en voorwaarden voor het aanhouden van een betaalrekening omvatten.

550 *Stb.* 2009, 436 (Implementatiewet PSD1).

551 *Stb.* 2009, 436.

De betalingstransactie-overeenkomst is volgens de minister nauw verwant aan de overeenkomst van opdracht. Naar zijn oordeel is zij echter geen overeenkomst van opdracht of lastgeving. Daarom is gekozen voor opname in een afzonderlijke titel.⁵⁵² De bepalingen inzake opdracht en lastgeving kunnen wel bij wijze van analogie op een betalingstransactieovereenkomst van toepassing zijn. De bepalingen van titel 7.7B BW zijn, met het oog op maximale harmonisatie, veelal letterlijk overgenomen uit de richtlijn.⁵⁵³ Zo worden implementatiegebreken en *goldplating*, het bij de omzetting strenger maken of het toevoegen van extra regels, voorkomen. Ook leidt het tot meer duidelijkheid omtrent de punten die uitleg vergen in het geval dat er uitleg wordt gevraagd aan het HvJ EU. Vergeleken met de rest van het BW staat titel 7.7B BW daardoor wel heel erg op zichzelf. De bepalingen zijn langer dan gebruikelijk en ze bevatten een groot aantal kruisverwijzingen. Dat leidt ertoe dat verschillende bepalingen moeilijk te lezen en te begrijpen zijn. Een voorbeeld zijn de bepalingen omtrent aansprakelijkheid voor niet-toegestane en gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties.

Kenmerkend voor titel 7.7B BW is voorts dat zij vooral bestaat uit dwingend recht. Uit art. 7:550 lid 1 BW blijkt dat afwijking van de bepalingen van titel 7.7B BW ten nadele van de betaaldienstgebruiker enkel is toegestaan wanneer dit expliciet in de wet is bepaald. Afwijkingen ten gunste van de betaaldienstgebruiker zijn wel toegestaan. In art. 7:550 lid 2 BW vinden we een aantal bepalingen waarvan contractueel mag worden afgeweken als de betaaldienstgebruiker geen consument is. Voor deze bepalingen geldt dat afwijking ervan ook ten nadele van de betaaldienstgebruiker mag strekken. Afwijking ten nadele van een consument is niet toegestaan.

Net als in de Wft, is in titel 7.7B BW een artikel gewijd aan een aantal definitiebepalingen. De definities in dit art. 7:514 BW komen over het algemeen overeen met de definities van art. 1:1 Wft. Opmerkelijk is de afwijkende definitie van betaaldienstverlener, te vinden in art. 7:514 onder f BW, op welke afwijkende definitie in dit hoofdstuk al eerder werd gewezen. Verder bevat titel 7.7B BW bepalingen over de geografische en inhoudelijke reikwijdte van de civielrechtelijke regels (art. 7:515 BW), over informatieverplichtingen (art. 7:516 BW), over de mogelijkheid om de overeenkomst met de betaaldienstverlener te wijzigen of te beëindigen (art. 7:517 en 7:518 BW), over het bestaan van betalingstransacties en de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties (art. 7:522-7:531 BW), de uitvoering van betalingstransacties en de aansprakelijkheid voor niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransacties (art. 7:532-7:548 BW).

Opgemerkt zij nog dat art. 4:25d Wft bepaalt dat een betaaldienstverlener bij het uitoefenen van zijn bedrijf titel 7.7B BW in acht neemt. Dat betekent dat de AFM de

552 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 29.

553 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 29; MvT Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, 3, p. 32.

mogelijkheid heeft om handhavend op te treden bij niet-naleving door een betaaldienstverlener van titel 7.7B BW. Dat kan door het opleggen van een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete of het geven van een aanwijzing. Los daarvan kan de betaaldienstgebruiker zich in een dergelijk geval uiteraard bedienen van alle door het civiele recht geboden remedies om tegen de betaaldienstverlener in het geweer te komen.

Titel 7.7B BW heeft geen betrekking op de verhouding tussen de debiteur/betaler en de crediteur/ontvanger/begunstigde. Deze relatie wordt geregeld in art. 6:114 BW. Volgens art. 6:114 lid 1 BW is de debiteur bevoegd om zijn verbintenis door middel van girale betaling te voldoen, tenzij de crediteur deze betalingswijze geldig heeft uitgesloten. Art. 6:114 lid 2 BW bepaalt dat een girale betaling plaatsvindt op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.

Gelet op het beperkte bestek van dit hoofdstuk wordt in het navolgende uitsluitend ingegaan op de voornaamste bepalingen inzake het toestaan en de uitvoering van betalingstransacties en de aansprakelijkheid voor niet-toegestane en niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransacties.⁵⁵⁴

6.7.2 *Toestaan van betalingstransacties*

6.7.2.1 *Instemmingsvereiste*

Art. 7:522 lid 1 BW bepaalt dat een betaaldienstverlener een betalingstransactie enkel mag uitvoeren met instemming van de betaler. De instemming kan per transactie of per reeks van transacties worden gegeven. Art. 7:522 lid 2 BW geeft aan dat de vereiste instemming wordt verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure. De instemming kan ook worden verleend via de begunstigde of een betaalinitiatiedienstverlener. Een betaalinitiatiedienstverlener mag de betaalinitiatiedienst echter alleen verlenen met de uitdrukkelijke instemming van de betaaldienstgebruiker, die wordt gegeven door afgifte van sterke cliëntauthenticatie. Een niet conform de daarvoor overeengekomen vorm en procedures geïnitieerde of geaccordeerde betalingstransactie geldt per definitie als een niet-toegestane betalingstransactie.

554 Zie specifiek over de aansprakelijkheid van betaaldienstverleners onder PSD2: A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en *payment initiation service providers* onder de *Payment Services Directive II*', *FR* 2016, afl. 4, p. 134-141, M.A.H. van Zandvoort, 'Fintechs getemd? Zorgplichten en aansprakelijkheden van betaaldienstverleners na invoering van PSD II', *FR* 2018, afl. 5, p. 249-256, R.E. van Esch, 'Het innoverende karakter van PSD2 wat betreft zorgplichten van betaaldienstverleners jegens betaaldienstgebruikers', *MvV* 2018, afl. 7-8, p. 249-254, en W.A.K. Rank & B.W. Wijnstekers, 'Aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties: wie betaalt de rekening?', *MvV* 2021/12, p. 419-428; A. Stortelder, 'Aansprakelijkheid van de bank voor onjuiste of ongeautoriseerde betalingstransacties', in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 147-180.

Het voorgaande betekent niet dat een wel conform de overeengekomen vorm en procedure geïnitieerde of geaccordeerde betalingstransactie altijd als een toegestane betalingstransactie zal worden gekwalificeerd. Uit art. 7:527 lid 2 BW volgt al dat dit niet automatisch het geval is. Volgens deze bepaling vormt de omstandigheid dat het gebruik van een aan de betaler toebehorend betaalinstrument door de betaaldienstverlener is geregistreerd, niet noodzakelijkerwijs afdoende bewijs dat de betaler met de betalingstransactie heeft ingestemd, of dat er sprake is van fraude of grove nalatigheid aan zijn zijde. Zie ook HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749 (ING Bank/Van den Hurk), waarin de Hoge Raad oordeelt dat ook sprake kan zijn van een niet-toegestane betalingstransactie ingeval een derde op onrechtmatige wijze, maar met toepassing van de overeengekomen vorm en procedure gebruikmaakt van een betaalinstrument. De Hoge Raad baseert dit oordeel op art. 7:529 BW. In de rechtspraak wordt in gevallen waarin de betalingstransactie wel conform de overeengekomen vorm en procedure is geïnitieerd of geaccordeerd, maar niet door de betaaldienstgebruiker is gewild, meestal een beroep gedaan op de (bijzondere) zorgplicht van de betaaldienstverlener, in plaats van op het ontbreken van instemming.⁵⁵⁵

Op grond van art. 7:522 lid 3 BW is het voor de betaler mogelijk om de instemming in te trekken, uiterlijk op het tijdstip van het onherroepelijk worden van de opdracht als bedoeld in art. 7:534 BW.

6.7.2.2 *Rectificatie bij niet-toegestane of onjuist uitgevoerde betalingstransacties*

Een betaaldienstgebruiker die zijn betaaldienstverlener aansprakelijk kan stellen voor een niet-toegestane of een onjuist uitgevoerde betalingstransactie heeft ingevolge art. 7:526 lid 1 BW alleen recht op rectificatie door de betaaldienstverlener als hij onverwijld nadat hij met de niet-toegestane of onjuist uitgevoerde betalingstransactie bekend is geworden en uiterlijk binnen dertien maanden na de valutadatum van de debitering van zijn rekening, bij de betaaldienstverlener melding maakt van de gewraakte transactie. Onder rectificatie moet in dit verband worden verstaan de terugbetaling van het ten onrechte afgeschreven bedrag en herstel van de rekening in de toestand zoals die geweest zou zijn als de gewraakte betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden. Herstel van de rekening wil zeggen: hercreditering van de rekening met het ten onrechte afgeschreven bedrag, met als valutadatum uiterlijk de datum van de eerdere debitering.⁵⁵⁶

⁵⁵⁵ Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 26 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:5360, Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 en Rb. Amsterdam 1 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2083.

⁵⁵⁶ Stortelder merkt op dat de termen terugbetaling, herstel en rectificatie bij een niet-toegestane betalingstransactie in de context van het Nederlandse girale betalingsverkeer en de daarop betrekking hebbende jurisprudentie steeds zullen moeten worden begrepen als administratieve ongedaanmaking. Zie A. Stortelder, 'Aansprakelijkheid van de bank voor onjuiste of ongeautoriseerde betalingstransacties', in: B. Bierens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 153. In ieder geval zal naast herstel van de rekening niet ook nog sprake kunnen zijn van terugbetaling.

Dat de verplichting tot onverwijld melden pas een aanvang neemt wanneer de betaaldienstgebruiker met deze transactie bekend is geworden, is door de Hoge Raad bevestigd in zijn arrest van 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749 (ING Bank/Van den Hurk). Volgens de Hoge Raad moet de betaaldienstgebruiker subjectieve bekendheid hebben met de niet-toegestane betalingstransactie. De dertienmaandentermijn moet volgens het college worden begrepen als een additionele, algemeen geldende termijn, die aanvangt na de valutadatum van de bewuste transactie. Bij gebreke van een tijdige melding vervalt het recht van de betaaldienstgebruiker op rectificatie. Uit een arrest van het HvJ EU van 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:671 (DM en LR/CRCAM) kan worden opgemaakt dat het nakomen van deze meldingsverplichting ook een voorwaarde is om in aanmerking te komen voor schadevergoeding en herstel op andere gronden, zoals voorzien in art. 7:528 lid 6 BW. Een meldingsverplichting is echter niet aan de orde als de betaaldienstverlener de betaaldienstgebruiker niet omtrent de uitvoering van de betalingstransactie heeft geïnformeerd. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als de betaaldienstverlener de betaaldienstgebruiker geen rekeningafschrift heeft toegezonden of dat niet elektronisch beschikbaar heeft gesteld in de daarvoor bestemde internetomgeving.

In lijn met het voorgaande ziet de Hoge Raad in zijn arrest van 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749 (ING Bank/Van den Hurk) geen plaats voor een (contractuele) verplichting voor de betaaldienstgebruiker om zijn rekeningafschriften direct na ontvangst te controleren, althans niet als de consequentie daarvan rechtsverlies is. De Hoge Raad stelt vast dat de richtlijn noch titel 7.7B BW in een dergelijke verplichting voorziet. Een contractuele bepaling die de betaaldienstverlener verplicht om de opgaven van zijn betaaldienstgebruiker direct na ontvangst te controleren op straffe rechtsverlies is volgens de Hoge Raad in strijd met art. 7:550 BW als de betaaldienstgebruiker een consument is. Een dergelijk beding behoort in dat geval op grond van art. 7:550 BW buiten toepassing te blijven.

Art. 7:526 lid 2 BW bepaalt dat de betaaldienstgebruiker in het geval van betrokkenheid van een betaalinitiatiedienstverlener rectificatie moet verkrijgen van de rekeninghoudende betaaldienstverlener. Art. 7:528 lid 4 BW herhaalt dit nog een keer voor het geval van een niet-toegestane betalingstransactie die via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. Art. 7:545a lid 1 BW bepaalt hetzelfde voor een onjuist uitgevoerde betalingstransactie die via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. Als de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk is, kan de rekeninghoudende betaaldienstverlener blijkens art. 7:528 lid 5 BW respectievelijk art. 7:545a lid 3 BW verhaal nemen op

de betaalinitiatiedienstverlener. Naar het lijkt is de rekeninghoudende betaaldienstverlener voor de betaaldienstgebruiker echter het primaire en exclusieve aanspreekpunt.⁵⁵⁷

6.7.2.3 *Bewijsregels niet-toegestane of onjuist uitgevoerde betalingstransacties.*

Art. 7:527 BW bevat bewijsregels voor het geval dat een betaaldienstgebruiker ontkent dat hij met een uitgevoerde betalingstransactie heeft ingestemd maar ook voor het geval dat hij aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd. In afwijking van de algemene regel van art. 150 Rv bepaalt art. 7:527 lid 1 BW dat het bij ontkenning of betwisting van een betalingstransactie door een betaaldienstgebruiker aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener is om het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt, en niet door een technische storing of enig ander falen van de door hem aangeboden diensten is beïnvloed.

Als de gewraakte betalingstransactie wordt geïnitieerd via een betaalinitiatiedienstverlener, is het op grond van art. 7:527 lid 1 BW, aan de betaalinitiatiedienstverlener om dit bewijs te leveren voor het gedeelte van de betalingstransactie waarvoor hij verantwoordelijk is. Art. 7:528 lid 5 BW herhaalt dit nog eens voor een niet-toegestane betalingstransactie en art. 7:545a lid 2 BW bepaalt hetzelfde voor een niet correct uitgevoerde betalingstransactie.⁵⁵⁸ Als gezegd bepaalt art. 7:527 lid 2 BW dat de omstandigheid dat het gebruik van een aan de betaler toebehorend betaalinstrument door de betaal(initiatie)dienstverlener is geregistreerd, niet noodzakelijkerwijs afdoende bewijs vormt dat de betaler met de betalingstransactie heeft ingestemd, of dat er sprake is van fraude of grove nalatigheid aan zijn zijde. In voorkomend geval zal de betaal(initiatie)dienstverlener met ondersteunend bewijs moeten komen om fraude of grove nalatigheid aan de zijde van de betaler te bewijzen.

6.7.2.4 *Terugbetaling en herstel bij niet-toegestane betalingstransactie*

Als de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener niet slaagt in het bewijs dat de betaling is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt, en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed, dan is sprake van een niet-toegestane betalingstransactie. In dat geval heeft de betaaldienstgebruiker op grond van art. 7:528 lid 1 BW recht op terugbetaling van het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie. Op grond van art. 7:528 lid 2 BW heeft hij bovendien een recht op herstel van zijn rekening. Deze terugbetaling dient onmiddellijk plaats te vinden en in ieder geval uiter-

557 Dat de betaaldienstgebruiker uitsluitend de rekeninghoudende betaaldienstverlener kan aanspreken en niet ook de betaalinitiatiedienstverlener wordt betoogd door A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en *payment initiation service providers* onder de *Payment Services Directive II*', *FR* 2016, afl. 4, p. 140 en W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019/4, p. 107-123. Anders: R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (vierde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 292, A. Stortelder, 'Aansprakelijkheid van de bank voor onjuiste of ongeautoriseerde betalingstransacties', in: B. Biens & F.E.J. Beekhoven van den Boezem, *Geld in beweging: actualiteiten geld en betalingsverkeer*, Serie Onderneming en Recht deel 131, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 175/176. Vergelijk ook J.A. Voerman, *Betaaldiensten 2.0* (Financieel Juridische Reeks, deel 15), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 178-179.

558 MvT Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, 3, p. 42.

lijk aan het eind van de eerstvolgende werkdag, te rekenen vanaf het moment dat de betaaldienstverlener bekend is geworden met de transactie. Art. 7:528 lid 6 BW brengt mee dat de betaaldienstgebruiker daarnaast recht heeft op aanvullende schadevergoeding op grond van de tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener gesloten overeenkomst en het daarop toepasselijke recht. Voorwaarde voor dergelijke aanvullende schadevergoeding is wel dat de gewraakte betalingstransactie overeenkomstig art. 7:526 BW tijdig is gemeld bij de betaaldienstverlener.⁵⁵⁹ Lukt het de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener niet om het bedrag binnen de in art. 7:528 lid 1 BW bedoelde termijn terug te boeken, dan zal de betaaldienstgebruiker op grond van art. 6:119 lid 1 BW recht hebben op vergoeding van wettelijke rente over de periode dat de betaaldienstverlener met de terugbetaling in verzuim is. Is de tussen de betaaldienstverlener en de betaaldienstgebruiker overeengekomen rente hoger dan de wettelijke rente, dan zal de betaaldienstgebruiker op grond van art. 6:119 lid 3 BW recht hebben op de door hem misgelopen (hogere) contractuele rente. In tijden waarin de rente op betaalrekeningen nul is of zelfs negatief lijkt dat echter geen reëel scenario.

Art. 7:547 BW voorziet in een algemene mogelijkheid van

. Deze bepaling geldt ook voor het geval van een niet-toegestane betalingstransactie: als het plaatsvinden van een niet-toegestane betalingstransactie kan worden toegerekend aan een andere betaaldienstverlener of een intermediair – bijvoorbeeld een betaaldienstagent – dan de aangesproken (rekeninghoudende) betaaldienstverlener, dan vergoedt die andere betaaldienstverlener of intermediair de aangesproken betaaldienstverlener alle door hem uit hoofde van art. 7:528 BW in verband met de niet-toegestane betalingstransactie aan de betaaldienstgebruiker (terug)betaalde bedragen en schadevergoedingen. Art. 7:528 lid 5 BW bepaalt dit nog eens specifiek voor regres op een betaalinitiatiedienstverlener voor het geval van een niet-toegestane betalingstransactie die via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. Kan het plaatsvinden van de niet-toegestane betalingstransactie aan meerdere betaaldienstverleners worden toegerekend, dan ligt het in de rede dat ieder van hen naar rato bijdraagt.

Blijkens art. 7:548 BW is van aansprakelijkheid geen sprake in 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, en ook niet als een betaaldienstverlener uit hoofde van nationale of communautaire wetgeving andere wettelijke verplichtingen heeft. Het gaat hier om een specifieke omschrijving van wat bij de toepassing van de aansprakelijkheidsregels van titel 7.7B BW als overmacht heeft te gelden. Deze overmachtsregel geldt ook voor aansprakelijkheid bij niet-toegestane betalingstransacties. Volgens de memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 is het wenselijk om dit punt niet aan de algeme-

559 Zie HvJ EU 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:671 (*DM en LR/CRCAM*).

ne regels van Boek 6 BW over te laten, nu het hier bepalingen betreft die in het kader van een Europese richtlijn moeten worden uitgelegd.⁵⁶⁰

6.7.2.5 *Verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik betaalinstrument*

Art. 7:529 BW ziet vooral op de situatie van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument. Blijkens art. 7:529 lid 1 BW draagt de betaaldienstgebruiker alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien doordat hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid de voor hem geldende veiligheidsvoorschriften niet is nagekomen. Buiten situaties van fraude, opzet en grove nalatigheid is de betaler in het geheel niet aansprakelijk voor schade voortvloeiend uit niet-toegestane betalingstransacties. Het onder het oude art. 7:529 BW (ook) bij niet-frauduleuze of niet-opzettelijke overtreding van de veiligheidsvoorschriften bestaande eigen risico van de betaler tot een maximum van € 150 is met de implementatie van PSD2 komen te vervallen. Het wetsvoorstel voor de Implementatiewet PSD2 ging aanvankelijk uit van een eigen risico van ten hoogste € 50 bij geleden verlies ten aanzien van niet-toegestane betalingstransacties als gevolg van het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument, of als gevolg van onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument. Dit eigen risico is geëlimineerd als gevolg van het aannemen van het amendement-Nijboer.⁵⁶¹

De rechter kan volgens art. 7:529 lid 2 BW de aansprakelijkheid van de betaaldienstgebruiker uit hoofde van het eerste lid beperken, indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven. Daarvoor is wel vereist dat de betaler niet frauduleus of opzettelijk heeft gehandeld maar grove nalatigheid staat aan deze rechterlijke bevoegdheid niet in de weg.⁵⁶² Art. 7:529 lid 3 BW bepaalt dat als de betaaldienstverlener van de betaler geen sterke cliëntauthenticatie verlangt, de gevolgen van misbruik voor zijn rekening zijn en de betaaldienstgebruiker geen financiële verliezen draagt. Ingevolge art. 7:529 lid 4 BW heeft gebruik van het verloren, gestolen of wederrechtelijk gebruikte betaalinstrument geen financiële gevolgen meer voor de betaaldienstgebruiker nadat hij de betaaldienstverlener overeenkomstig art. 7:524 lid 1 onder b BW onverwijld van het verlies, de diefstal of het onrechtmatig gebruik in kennis heeft gesteld. Wel geldt een uitzondering voor frauduleus handelen. In HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749 (ING Bank/Van den Hurk) heeft de Hoge Raad beslist dat de in art. 7:524 BW neergelegde verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van niet-toegestaan gebruik van een betaalinstrument pas aanvangt op het moment dat de betaaldienstgebruiker (subjectieve) bekendheid heeft met de niet-toegestane betalingstransactie. De Hoge Raad interpreteert art. 7:524 BW derhalve op eenzelfde wijze als art. 7:526 BW.

560 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 44.

561 Amendement-Nijboer d.d. 4 september 2018 Implementatiewet PSD2, *Kamerstukken II* 2017/18, 34813, 19; stemmingen moties Herziene Richtlijn betaaldiensten 11 september 2018, *Kamerstukken II* 2017/18, 107-101.

562 MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II* 2008/09, 31892, 3, p. 38.

6.8 **Uitvoering betalingstransactie**

6.8.1 *Algemeen*

Art. 7:536 BW regelt het toepassingsbereik van de bepalingen inzake creditering en valuterig. Deze bepalingen zijn van toepassing op betalingstransacties in euro, binnenlandse betalingstransacties in de valuta van een EU-lidstaat niet zijnde de euro en betalingstransacties met slechts één valutawissel tussen de euro en de valuta van een EU-lidstaat niet zijnde de euro, mits de vereiste valutawissel in die EU-lidstaat wordt uitgevoerd en, bij grensoverschrijdende betalingstransacties, de overmaking in euro geschiedt. Voor art. 7:541 BW inzake valuterig geldt bovendien dat dit artikel van toepassing is op betaaldiensten die in de EU/EER worden uitgevoerd in euro of in de valuta van een EU-lidstaat niet zijnde de EUR, en ook als slechts een van een de betaaldienstverleners in de EU/EER is gevestigd, voor het gedeelte van de betalingstransactie dat in de EU/EER wordt uitgevoerd.

6.8.2 *Creditering en valuterig*

Op grond van art. 7:537 lid 1 BW draagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler er zorg voor dat de betaalrekening van de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde uiterlijk aan het einde van de eerstvolgende werkdag na het tijdstip van ontvangst van de opdracht door de betaaldienstverlener van de betaler voor het bedrag van de betalingstransactie wordt gecrediteerd. De betaaldienstverlener van de begunstigde crediteert de betaalrekening van de begunstigde zodra het bedrag op de rekening van de betaaldienstverlener van de begunstigde is bijgeschreven (art. 7:537 lid 2 jo. art. 7:541 lid 1 BW).

De valutadatum is de dag vanaf welke een creditering of debitering meetelt voor de renteberekening over het saldo van de rekening. Ingevolge art. 7:541 lid 1 BW valt de valutadatum van de creditering van de betaalrekening van de begunstigde uiterlijk op de werkdag waarop de creditering van de betaaldienstverlener van de begunstigde plaatsvindt. Art. 7:541 lid 2 BW bepaalt dat de valutadatum van de debitering niet vroeger mag vallen dan het tijdstip van debitering van de rekening van de betaler.

6.9 **Aansprakelijkheid voor niet, niet tijdige of niet-juiste uitvoering**

6.9.1 *Algemeen*

Art. 7:543-545a BW bevatten een regeling van de aansprakelijkheid van de bij de uitvoering van een betalingstransactie betrokken betaaldienstverlener(s) in het geval de betaalopdracht niet, niet juist of niet tijdig wordt uitgevoerd. Het gaat daarbij primair om de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener van de betaler jegens de betaler en de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener van de begunstigde jegens de be-

gunstige. Daarnaast regelen deze artikelen de onderlinge verhouding tussen de betrokken betaaldienstverleners. Of en in hoeverre de betaler (de schuldenaar) jegens de begunstigde (de schuldeiser) aansprakelijk is voor het niet, niet tijdig of niet juist plaatsvinden van betaling wordt bepaald door wat zij zijn overeengekomen en door de algemene bepalingen van het verbintenisrecht.

6.9.1.1 *Terugbetaling en herstel bij niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransactie*

Art. 7:543 BW betreft de aansprakelijkheid van de bij de uitvoering van een betaalopdracht betrokken betaaldienstverleners in het geval dat de betaalopdracht door de betaler zelf op een juiste wijze wordt geïnitieerd en door een of meer van de betrokken betaaldienstverleners niet, niet tijdig of niet juist wordt uitgevoerd. Men denke in dit verband bijvoorbeeld aan overboeking van een verkeerd bedrag of overboeking naar een verkeerde rekening. Op grond van art. 7:543 lid 1 BW berust de aansprakelijkheid in een dergelijk geval in beginsel bij de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler. Ook hier gelden de bewijsregels uit art. 7:527 lid 1 BW. Slaagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler niet in dit bewijs, dan is hij in beginsel aansprakelijk. Hij is echter niet aansprakelijk als hij tegenover de betaler en, voor zover relevant, tegenover de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde kan bewijzen dat de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie op tijd heeft ontvangen.⁵⁶³

Indien sprake is van een niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie en de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler daarvoor aansprakelijk is, betaalt hij de betaler ingevolge art. 7:543 lid 2 BW onverwijld het bedrag van de niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie terug en herstelt hij onverwijld de betaalrekening die met dat bedrag is gedebiteerd in de toestand zoals die geweest zou zijn indien de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden. Slaagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler in het bewijs dat de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie heeft ontvangen, dan is de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde jegens de begunstigde aansprakelijk en dient deze betaaldienstverlener onmiddellijk het bedrag van de betalingstransactie ter beschikking van de begunstigde te stellen en, voor zover van toepassing, de betaalrekening van de begunstigde met het desbetreffende bedrag te crediteren. Uit art. 7:543 lid 3 BW blijkt dat de valutadatum van deze creditering uiterlijk de datum is waarop het bedrag bij een correcte uitvoering van de betalingstransactie zou zijn gevaluteerd.

De regresbepaling van art. 7:547 BW geldt ook voor het geval van een niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransactie: als het plaatsvinden van een dergelijke be-

⁵⁶³ MvT Implementatiewet PSD1, *Kamerstukken II 2008/09*, 31892, 3, p. 44.

talingstransactie kan worden toegerekend aan een andere betaaldienstverlener of een intermediair dan de aangesproken (rekeninghoudende) betaaldienstverlener, dan vergoedt die andere betaaldienstverlener of intermediair de aangesproken betaaldienstverlener alle door hem in verband met de niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie aan de betaaldienstgebruiker gedane (terug)betalingen. Art. 7:545a lid 3 BW bepaalt dit nog eens specifiek voor regres op een betaalinitiatiedienstverlener voor het geval van een niet, niet tijdig of niet juist uitgevoerde betalingstransactie die via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. Kan het plaatsvinden van de gewraakte betalingstransactie aan meerdere betaaldienstverleners worden toegerekend, dan ligt het ook hier in de rede dat ieder van hen naar rato bijdraagt.

Het bepaalde in art. 7:526 en art. 7:548 BW geldt niet alleen bij aansprakelijkheid voor een niet-toegestane betalingstransactie maar ook bij aansprakelijkheid voor het niet, niet tijdig of niet juist uitvoeren van een betalingstransactie. Dat betekent dat van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 7:543 lid 1 BW alleen sprake kan zijn als de betaler tijdig heeft gereclameerd bij de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener en geen sprake is van overmacht aan de zijde van de betaaldienstverlener.