

Betalingstransacties onder PSD2

*Prof. mr. W.A.K. Rank**

1 Inleiding

Op 5 december 2018 is de Implementatiewet PSD2 in het Staatsblad gepubliceerd.¹ Deze wet strekt tot implementatie in de Nederlandse wetgeving van de Herziene Richtlijn betalingsdiensten, de *Revised Payment Services Directive* of PSD2.² PSD2 en de Implementatiewet PSD2 bevatten zowel toezichtrechtelijke als civielrechtelijke regels. De toezichtrechtelijke bepalingen voorzien onder andere in een vergunningplicht voor betaaldienstverleners en in bepaalde prudentiële en gedragsrechtelijke vereisten. De civielrechtelijke bepalingen betreffen onder andere een regeling van de rechten en verplichtingen van betaaldienstverleners en -gebruikers. De toezichtrechtelijke bepalingen zijn in Nederland geïmplementeerd in de Wet op het financieel toezicht (Wft) en de bij deze wet behorende lagere regelgeving, zoals het Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft), het Besluit Markttoegang financiële ondernemingen Wft (BMfo Wft) en het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft); de civielrechtelijke bepalingen zijn opgenomen in titel 7B ('Betalingstransactie') van Boek 7 Burgerlijk Wetboek (BW). Het tot voor kort in Nederland geldende rechtsregime met betrekking tot betalingsdiensten was gebaseerd op de voorloper van PSD2, de Richtlijn betalingsdiensten, in de praktijk meestal aangeduid als *Payment Services Directive*, PSD of PSD1.³ PSD2 bevat een groot aantal wijzigingen ten opzichte van PSD1, zowel toezichtrechtelijk als civielrechtelijk. Deze wijzigingen hebben consequenties voor de tot voor kort geldende regels en voor de praktijk van het betalingsverkeer.

In dit artikel volgt een beschrijving van de civielrechtelijke regeling van de betalingstransactie zoals die sinds de inwer-

kingtreding van de Implementatiewet PSD2 luidt.⁴ Het betreft hier een niet-uitputtende bespreking op hoofdlijnen en niet een volledig artikelsgewijs commentaar. De focus ligt daarbij op de verhouding tussen de betaaldienstgebruiker (de betaler respectievelijk de begunstigde) en de verschillende bij de uitvoering van een betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners, op de verhouding tussen deze betaaldienstverleners onderling, en meer in het bijzonder op de verhouding tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en een zogenoemde derde-betaaldienstverlener. Daarbij wordt met name ingegaan op het geval dat een correct gegeven betaalopdracht door een of meer van de betrokken betaaldienstverleners niet, niet juist of niet tijdig wordt uitgevoerd. PSD2 en de Implementatiewet PSD2 hebben geen betrekking op de verhouding tussen de betaler (in de regel de schuldenaar) en de begunstigde (in de regel de schuldeiser). Deze verhouding laat ik in deze bijdrage dan ook buiten beschouwing.⁵ Een bespreking van de toezichtrechtelijke aspecten blijft eveneens achterwege.⁶ Het artikel begint met een kort overzicht van de wetsgeschiedenis van de regeling en van de voornaamste innovaties die PSD2 ons heeft gebracht. Daarna passeren de belangrijkste bepalingen van titel 7B de revue. Het artikel wordt afgesloten met een korte samenvatting en een conclusie.⁷

* Prof. mr. W.A.K. Rank is hoogleraar financieel recht aan de Universiteit Leiden en Of Counsel bij NautaDutilh te Amsterdam.

1. Wet van 5 december 2018, Stb. 2018, 503.
2. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten 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.
3. Richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten 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.

4. Zie voor een beschrijving van de civielrechtelijke aspecten op basis van PSD1 onder meer R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (3de druk), Deventer: Kluwer 2011, p. 139-238, W.A.K. Rank, *Betalingstransactie*, in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 6), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 343-376 en Rank, in: T&C BW 2017, p. 4525-4596, en T&C Vermogensrecht 2017, p. 1731-1804.
5. Zie daarover onder meer Rank, in: T&C BW 2017, p. 3173-3189, en T&C Vermogensrecht 2017, p. 817-833, W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996, p. 169-209, F.H.J. Mijnsen, *Verbintenissen tot betaling van een geldsom* (Mon. BW, nr. B39), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 53-71 en Van Esch 2011, p. 139-160.
6. Zie over de toezichtrechtelijke aspecten van het verlenen van betaaldiensten onder PSD2 F.W.J. van der Eerden & L.J. Silverentand (red.), *Hoofdlijnen Wft* (4de druk), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 155-181 en J.A. Voerman, *Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten*, in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar Handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (Preadviezen Vereniging 'Handelsrecht'), Zutphen: Paris 2018, p. 255-265.
7. De opzet en indeling van dit artikel zijn in belangrijke mate gebaseerd op de opzet en indeling van mijn bijdragen over dit onderwerp – op basis van PSD1 – in Rank 2017, p. 343-376 en Rank, in: T&C BW 2017, p. 4525-4596, en T&C Vermogensrecht 2017 p. 1731-1804. Op punten waar de regeling onder PSD2 niet of slechts marginaal afwijkt van die onder PSD1 is de tekst soms ook letterlijk ontleend aan deze bijdragen. Literatuurverwijzingen zijn beperkt tot publicaties op basis van PSD2.

2 Wetsgeschiedenis

Titel 7B ('Betalingstransactie') van Boek 7 BW is ingevoerd bij wet van 15 oktober 2009, Stb. 2009, 436 (Implementatiewet PSD1) en is in werking getreden op 1 november 2009. Dit geschiedde in het kader van de implementatie in de Nederlandse wetgeving van PSD1. PSD1 is inmiddels ingetrokken en vervangen door PSD2. PSD2 diende op 13 januari 2018 in de nationale wetgeving van de EU/EER-lidstaten te zijn geïmplementeerd. In Nederland is deze datum niet gehaald. Op 17 november 2016 is een ontwerp-Implementatiewet Herzien Richtlijn betalingsdiensten ter consultatie voorgelegd. Deze consultatie liep tot 15 december 2016. Vervolgens is eerst op 23 oktober 2017 een wetsontwerp voor de implementatie van PSD2 (Implementatiewet PSD2) bij de Tweede Kamer ingediend.⁸ Dit wetsvoorstel is op 11 september 2018 aangenomen door de Tweede Kamer en op 4 december 2018 door de Eerste Kamer. De Implementatiewet PSD2 is, met uitzondering van art. 7:522a, 7:522b en 7:522c BW, op 19 februari 2019 in werking getreden. Art. 7:522b en 7:522c BW zijn in werking getreden op 16 maart 2019. De inwerkingtreding van art. 7:522a BW is uitgesteld tot 14 september 2019.⁹ Art. 7:522b en 7:522c BW geven een betaaldienstgebruiker in zijn relatie tot een rekeninghoudende betaaldienstverlener het recht om gebruik te maken van de diensten van een betaalinitiatiedienstverlener respectievelijk een rekeninginformatiedienstverlener. Art. 7:522a BW betreft de mogelijkheid van online saldoverificatie door een kaartuitgevende betaaldienstverlener. De inwerkingtreding van deze bepaling valt samen met de inwerkingtreding van de Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie.¹⁰ Deze Gedelegeerde Verordening bevat technische reguleringsnormen inzake de toegang via het internet van betaaldienstgebruikers en (derde-)betaaldienstverleners tot de bij een rekeninghoudende betaaldienstverlener aangehouden betaalrekening(en). Het bij de Implementatiewet PSD2 behorende Implementatiebesluit PSD2 – strekkende tot wijziging van onder meer het Bpr Wft, het BMfo Wft en het BGfo Wft – is op 8 februari 2019 definitief vastgesteld en is eveneens op 19 februari 2019 in werking getreden.¹¹ Ofschoon het Implementatiebesluit PSD2 een algemene maatregel van bestuur betreft en dus formeel niet aan parlementaire goedkeuring is onderworpen, is het ontwerp-Implementatiebesluit niettemin aan de Tweede en de Eerste Kamer voorgelegd als onderdeel van een zogenoemde voorhangprocedure, dit in verband met de grote maatschappelijke impact van PSD2.¹² PSD1 strekte tot het harmoniseren van de markt voor betaaldiensten in de EU en het bevorderen van concurr-

rentie op de Europese betaalmarkt. Doel hiervan was het bereiken van een efficiënter en goedkoper betalingsverkeer.¹³ PSD2 borduurt daarop voort en zet in op een verdere harmonisatie en concurrentiebevordering. PSD2 wil de interne markt voor kaartbetalingen, internetbetalingen en mobiele betalingen versterken, innovaties stimuleren en faciliteren, en tekortkomingen van PSD1 verhelpen.¹⁴

De Kamerstukken bij de Implementatiewet PSD2 bevatten een zelfstandige toelichting op de nieuw ingevoerde wettelijke regels. Daarnaast behoudt de parlementaire geschiedenis bij de Implementatiewet PSD1 uiteraard haar betekenis, met name ten aanzien van die regels van PSD2 die ongewijzigd zijn gebleven ten opzichte van PSD1.

3 Voornaamste innovaties PSD2

PSD2 bevat een groot aantal wijzigingen ten opzichte van PSD1. Zo is het toepassingsbereik van de richtlijn vergroot, reguleert zij enkele nieuwe betaaldiensten, en is een enkele onder PSD1 expliciet als betaaldienst aangewezen activiteit niet langer expliciet als zodanig aangewezen.¹⁵

3.1 Toepassingsbereik civielrechtelijke regels PSD2

De civielrechtelijke regels van PSD1 – in Nederland geïmplementeerd in titel 7B van Boek 7 BW – waren slechts van toepassing op betaaldiensten uitgevoerd in de EU/EER. Voor de toepasselijkheid van deze regels gold 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 een andere valuta van een EU/EER-lidstaat. PSD2 en de Implementatiewet PSD2 brengen hierin verandering en voorzien ten aanzien van deze regels in een ruimer toepassingsbereik. De bepalingen van titel 7B zijn nu over de gehele linie van toepassing als alle bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners zich in de EU/EER bevinden en het een betalingstransactie in euro of in een andere valuta van een EU/EER-lidstaat betreft¹⁶ en, met uitzondering van art. 7:535-540 BW, eveneens als het een betalingstransactie in de valuta van een niet-EU/EER-lidstaat betreft.¹⁷ Als slechts een van de betrokken betaaldienstverleners zich in de EU/EER bevindt, is titel 7B van toepassing op het gedeelte van de betalingstransactie dat in de EU/EER wordt uitgevoerd, ongeacht in welke valuta de betalingstransactie wordt verricht. Dat neemt niet weg dat diverse bepalingen – art. 7:520 lid 2-4, 7:530, 7:531, 7:535, 7:537 lid 1, 7:542-545 en 7:547 BW – in dat geval van toepassing zijn uitgezonderd.¹⁸ Vanzelfsprekend geldt hierbij dat volgens Nederlands (internationaal) privaatrecht

8. Kamerstukken II 2017/18, 34813, 2 en 3.

9. Besluit van 8 februari 2019, Stb. 2019, 60 en besluit van 5 maart 2019, Stb. 2019, 114.

10. 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 13 maart 2018, L 69/23-43.

11. Besluit van 8 februari 2019, Stb. 2019, 59 en besluit van 8 februari 2019, Stb. 2019, 60.

12. Kamerstukken II 2017/18, 34813, 26; Kamerstukken I 2018/19, 34813, B.

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

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

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

16. Art. 7:515 lid 1 BW.

17. Art. 7:515 lid 2 BW.

18. Art. 7:515 lid 3 BW.

recht Nederlands recht op de betalingstransactie van toepassing moet zijn.¹⁹

3.2 Nieuwe betaaldiensten: betaalinitiatiedienst en rekeninginformatiedienst

PSD2 reguleert twee nieuwe betaaldiensten. Het betreft hier de betaalinitiatiedienst en de rekeninginformatiedienst.

In art. 4 punt 15 PSD2 – in Nederland geïmplementeerd in art. 1:1 Wft respectievelijk art. 7:514 onder v BW – wordt een betaalinitiatiedienst gedefinieerd als een dienst voor het initiëren van een betaalopdracht, op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een betaalrekening die bij een andere betaaldienstaanbieder wordt aangehouden. Ofschoon dit niet uit de definitie blijkt, volgt uit art. 66 lid 1 PSD2 – geïmplementeerd in art. 7:522b BW – dat het hier om een onlinedienst gaat. Een dergelijke dienst kan bijvoorbeeld worden aangeboden door een internetbetaalkantoor om betalingen aan een webwinkelier te faciliteren. Men denke aan een internetbetaalkantoor dat klanten van webwinkels in staat stelt om aankopen die zij bij deze webwinkels hebben gedaan, rechtstreeks te betalen vanaf hun betaalrekening – in plaats van via iDEAL of via hun pinpas of creditcard – door ten behoeve van deze klanten en met hun (uitdrukkelijke) instemming onlineoverboeking te doen ten laste van deze betaalrekening, dit op basis van een door deze klanten via de softwareomgeving van het internetbetaalkantoor gegeven instructie. Tegelijk met het initiëren van de betaling kan het internetbetaalkantoor de webwinkel realtime een bericht inzake de betaling sturen. Dit bericht kan beperkt zijn tot de enkele boodschap dat de betaling is geïnitieerd. Het kan echter ook een garantie ter zake van de goede afloop van de betaling inhouden. In dat geval is er reeds voor de creditering van zijn rekening betalingszekerheid voor de webwinkel en kan deze overgaan tot (uit)levering van de goederen.

In art. 4 punt 16 PSD2 – in Nederland geïmplementeerd in art. 1:1 Wft respectievelijk art. 7:514 onder w BW – wordt de rekeninginformatiedienst gedefinieerd als de onlinedienst voor het verstrekken van geconsolideerde informatie over een of meer betaalrekeningen die de betaaldienstgebruiker bij een andere betaaldienstaanbieder of bij meer dan één betaaldienstaanbieder aanhoudt. Dat het hier een onlinedienst betreft, blijkt reeds uit de definitie, maar volgt ook uit art. 67 lid 1 PSD2 respectievelijk art. 7:522c BW. Met deze dienst kan de betaaldienstgebruiker bij de betaaldienstverlener die de dienst aanbiedt zijn saldo inzien op rekeningen die hij bij meerdere betaaldienstverleners aanhoudt. Het inmiddels klassieke voorbeeld is het digitale huishoudboekje dat de rekeninginformatiedienstverlener aan de betaaldienstgebruiker ter beschikking kan stellen en waarin de saldi van de door deze bij verschillende banken aangehouden rekeningen kunnen worden weergegeven.²⁰ Het bieden van de mogelijkheid van saldocontrole via een geldautomaat is waarschijnlijk geen rekeninginformatiedienst; dit omdat de saldo-informatie niet via een online-interface van de rekeninghoudende betaaldienstverlener wordt verkregen, het tonen van saldo-informatie op een geldautomaat geen onlinedienst betreft en het getoonde saldo geen geconsolideerde rekeninginformatie betreft. De mogelijkheid om via een geldautomaat het saldo van een betaalrekening te raadplegen, bestaat al vele jaren en moet ook om die reden worden onderscheiden van de bij de invoering van PSD2 nieuw geïntroduceerde mogelijkheid van het ter beschikking stellen van een huishoudboekje of een betaalrekeningenoverzicht.

Betaalinitiatiedienstverleners en rekeninginformatiedienstverleners onderscheiden zich van de traditionele – rekeninghoudende – betaaldienstverleners doordat zij geen betaalrekeningen aanbieden, geen gelden van of voor betaaldienstgebruikers onder zich hebben of krijgen en hun diensten verlenen ten aanzien van betaalrekeningen die bij andere betaaldienstverleners worden aangehouden. Deze diensten worden om die reden ook wel aangeduid als derde-betaaldiensten. Betaalinitiatiedienstverleners en rekeninginformatiedienstverleners worden aangeduid als derde-betaaldienstverleners.²¹

3.3 Toegang betaalrekeningen: verhouding derde-betaaldienstverlener en betaaldienstgebruiker

Om toegang te krijgen tot de betaalrekening(en) van een betaaldienstgebruiker hebben deze derde-betaaldienstverleners de uitdrukkelijke instemming (toestemming) nodig van de betaaldienstgebruiker (art. 66 lid 2 respectievelijk art. 67 lid 2 onder a PSD2, het laatste artikel geïmplementeerd in art. 26j lid 1 Bpr Wft). Deze uitdrukkelijke instemming wordt gegeven door afgifte van sterke cliëntauthenticatie (art. 26h lid 4, 26i lid 3 en 26j lid 3 Bpr Wft). De betaaldienstgebruiker kan daarbij niet volstaan met het zetten van een vinkje, maar zal in ieder geval een wachtwoord, pincode en/of verificatiecode (tancode) moeten intoetsen. Volgens de minister is dit niet mogelijk zonder dat de betaaldienstgebruiker zich daarvan bewust is en is daarmee voldaan aan het vereiste van uitdruk-

19. Deze vraag moet worden beantwoord aan de hand van Verordening 593/2008 van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I). Binnen de EU/EER is het belang hiervan beperkt omdat PSD2 tot gevolg heeft dat in verschillende lidstaten op het gebied van het betalingsverkeer in beginsel dezelfde regels zullen gelden. Zie MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 32; MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 35.

20. NV, Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 11, p. 8.

21. Zie over deze nieuwe diensten onder meer J.A. Voerman & J. Baukema, FinTech in de 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, 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 en R.E. van Esch, Het innoverende karakter van PSD2 wat betreft zorgplichten van betaaldienstverleners jegens betaaldienstgebruikers, MvV 2018, afl. 7-8, p. 249-254.

kelijke instemming van de betaaldienstgebruiker.²² De voorschriften voor de procedure voor sterke cliëntauthenticatie zijn uitgewerkt in technische reguleringsnormen (*regulatory technical standards*, RTS). Deze RTS zijn vastgelegd in de Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie.²³ Bij betaalinitiatiediensten moet per transactie of reeks van transacties (bijvoorbeeld bij een abonnement) sprake zijn van uitdrukkelijke instemming. Bij rekeninginformatiediensten kan de uitdrukkelijke instemming voor maximaal negentig dagen worden gegeven. Gedurende deze periode kan de rekeninginformatiedienstverlener maximaal vier keer per 24 uur zonder verdere bemoeienis van de betaaldienstgebruiker toegang krijgen tot diens betaalrekening(en), tenzij de betaaldienstgebruiker met een hogere frequentie heeft ingestemd. Na deze negentig dagen moet de betaaldienstgebruiker opnieuw door middel van sterke cliëntauthenticatie instemmen met de toegang van de rekeninginformatiedienstverlener tot zijn betaalrekening(en).

3.4 Toegang betaalrekeningen: verhouding rekeninghoudende betaaldienstverlener en derde-betaaldienstverlener

De betaaldienstverleners die de rekeningen aanbieden en beheren – in de terminologie van PSD2: rekeninghoudende betaaldienstverleners –, zijn op grond van art. 66 lid 2-4 respectievelijk art. 67 lid 2 en 3 PSD2 – in Nederland geïmplementeerd in art. 26i-26k Bpr Wft – verplicht betaalinitiatiedienstverleners en rekeninginformatiedienstverleners toegang te verlenen tot de betaalrekening(en) van de betaaldienstgebruiker als de betaaldienstgebruiker daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd. De rekeninghoudende betaaldienstverleners staan zelf buiten deze toestemming. Zij mogen geen beperkingen opleggen aan de vorm of de inhoud van de gegeven toestemming en zijn niet verplicht om te controleren of deze toestemming is verleend. Zij mogen ook niet verlangen dat een derde-betaaldienstverlener een overeenkomst met hen sluit om toegang tot de bij hen aangehouden betaalrekeningen te krijgen. Wat rekeninghoudende betaaldienstverleners wel mogen, en zelfs moeten, is eisen stellen aan de wijze waarop de derde-betaaldienstverleners toegang krijgen tot de betaalrekening(en) van de betaaldienstgebruikers. De Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie verplicht de rekeninghoudende betaaldienstverlener deze toegang te doen plaatsvinden via een door de rekeninghoudende betaaldienstverlener speciaal daarvoor ingerichte softwareomgeving – een zogeheten api (*application programming interface*), een digitaal toegangspoortje – en verbiedt het gebruik van *screen scraping* (waarbij de derde-betaaldienstverlener toegang krijgt via bestaande onlinecliëntenportals, onder gebruikmaking van de inloggegevens van de betaaldienstgebruikers). De Gedelegeer-

de Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie treedt op 14 september 2019 in werking. Tot die tijd behoort toegang via *screen scraping* wettelijk gezien nog tot de mogelijkheden. In de praktijk zal het gebruik van *screen scraping* echter meestal afstuiten op de in de voorwaarden van de meeste rekeninghoudende betaaldienstverleners opgenomen verplichting voor betaaldienstgebruikers om hun inloggegevens geheim te houden. De betaaldienstgebruikers zullen zich op grond van art. 7:524 BW aan deze verplichting moeten houden. Derde-betaaldienstverleners die in een dergelijk geval betaaldienstgebruikers om deze inloggegevens vragen, zetten derhalve aan tot wanprestatie.

3.5 Niet meer als zodanig aangewezen: betaaldienstverlening door telecomproviders

Onder PSD1 werd expliciet als betaaldienst aangewezen de uitvoering van betalingstransacties waarbij (1) de instemming van de betaler met een betalingstransactie wordt doorgegeven met behulp van een telecommunicatie-, digitaal of IT-instrument, (2) de betaling rechtstreeks geschiedt aan de exploitant van de telecommunicatiediensten, het IT-systeem of het netwerk, en (3) de betreffende exploitant slechts optreedt als tussenpersoon tussen de betaaldienstgebruiker en de persoon die de goederen levert of de diensten verricht. Men denke aan het geval van facturering door een netwerkexploitant of afrekening via de telefoonrekening van diensten in de sfeer van entertainment (chatten, muziek, spelletjes) en informatieverstrekking (weer, verkeer, nieuws, sport, beurskoersen). Deze activiteit wordt in PSD2 niet langer met zoveel woorden als een betaaldienst aangemerkt. Dat neemt niet weg dat er ook onder het regime van PSD2 sprake is van het verrichten van een betaaldienst als de aanbieder van een elektronisch communicatienetwerk bij een betaling louter als tussenpersoon optreedt.

Volgens de toelichting bij de Implementatiewet PSD2 is hier beslissend of de gebruiker wel of niet bevrijdend betaalt aan de aanbieder van het elektronisch communicatienetwerk. Als de gebruiker bevrijdend betaalt aan deze aanbieder zou bij betaling door deze aanbieder aan de leverancier van de dienst geen sprake zijn van het verrichten van een betaaldienst. Als de gebruiker niet bevrijdend betaalt aan deze aanbieder zou sprake zijn van een betaalopdracht van de gebruiker aan de aanbieder en verricht de aanbieder bij de uitvoering ervan een betaaldienst.²⁴ In de nota naar aanleiding van het verslag wordt een en ander nader toegelicht en verduidelijkt: als de aanbieder van het netwerk de kosten voor diensten van een derde partij bij de gebruiker in rekening brengt en het daarvoor ontvangen bedrag doorbetaalt aan deze derde, is sprake van een betaal-

22. Verslag schriftelijk overleg Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2018/19, 34813, 27, p. 7.

23. Zie over de invulling van het element inherente eigenschap als onderdeel van sterke cliëntauthenticatie J.A. Jans & J.J. van den Ende, Statische en dynamische biometrie als onderdeel van sterke cliëntauthenticatie onder PSD2, FR 2017, afl. 5, p. 202-209.

24. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 3-4. Vgl. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 18, waar als criterium werd gehanteerd het al dan niet leveren van toegevoegde waarde – in de vorm van toegangs-, distributie- of zoekmogelijkheden – door de exploitant van het netwerk. Bij gebreke van een dergelijke toegevoegde waarde werd de exploitant van het netwerk geacht louter als tussenpersoon op te treden en betaaldiensten te verrichten.

dienst. Dat ligt anders in het geval dat de aanbieder dezelfde diensten van een derde partij inkoopt en deze (tegen een meerprijs) doorverkoopt aan de gebruiker. Dan is er geen sprake van een betaaldienst.²⁵ Ofschoon niet met zoveel woorden wordt gezegd om welke betaaldienst het hier zou gaan, ligt het in de rede om aan te nemen dat wordt bedoeld op de betaaldienst vermeld sub 3 onder c van Bijlage 1 bij PSD2: de uitvoering van overmakingen.

Door de financiële afwikkeling van een door een derde verleende dienst zo te construeren dat geen sprake is van doorbetaling van zijdens gebruikers ontvangen bedragen door de aanbieder van het netwerk aan de derde hebben partijen het derhalve zelf in de hand om een kwalificatie van de werkzaamheden van de aanbieder van het netwerk als betaaldienstverlening te voorkomen. Vanuit de gedachte dat het erom gaat de gebruiker te beschermen tegen het zogenoemde intermediairisico is deze constructie wel begrijpelijk en ook niet onredelijk. Als er al sprake is van het verrichten van een betaaldienst door de aanbieder van het netwerk is mogelijk de uitzondering van art. 3 onder l PSD2 van toepassing. Deze bepaling zondert bepaalde betalingstransacties door een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of -diensten uit van de werking van PSD2. Het moet dan wel gaan om bedragen die lager zijn dan de in deze bepaling genoemde drempelwaarden. Als tijdens een maand de drempelwaarde van € 50 per afzonderlijke betalingstransactie of een cumulatieve waarde van € 300 wordt overschreden, is de uitzondering niet meer van toepassing.²⁶ Overigens is het van belang om bij de aanschaf van digitale diensten, zoals appaankopen, onderscheid te maken tussen het verrichten van betalingen via de telefoonrekening en het verrichten van betalingen met behulp van een mobiele telefoon, waarbij de betaling gewoon via de betaalrekening geschiedt. In de meeste gevallen gaat het om de tweede situatie, waarbij de telecomprovider slechts de telecomdiensten (toegang tot mobiel internet) verleent, en is geen sprake van een betaaldienst.

4 Opzet civielrechtelijke regeling

4.1 Kwalificatie betaaldienstverleningsrelatie; relatie opdracht-lastgeving

De in PSD2 opgenomen privaatrechtelijke bepalingen zijn, evenals destijds de privaatrechtelijke bepalingen uit PSD1, geïmplementeerd in titel 7B van Boek 7 BW ('Betalingstransactie'). Volgens de memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 is gekozen voor plaatsing in Boek 7 omdat de privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen een betaaldienstgebruiker en een betaaldienstverlener een benoemde overeenkomst constitueert. Gekozen is voor opname van de regeling in een afzonderlijke titel en niet in de titel 'Opdracht', omdat de desbetreffende rechtsverhouding naar het oordeel van de

minister wel nauw verwant is aan de overeenkomst van opdracht, maar geen opdracht of lastgeving is.²⁷ In het midden blijft of de kwalificatie bijzondere overeenkomst betrekking heeft op de in art. 7:514 onder o BW bedoelde raamovereenkomst – de overeenkomst die de uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en die de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten – of op de rechtsverhouding tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener met betrekking tot een individuele betalingstransactie. Waarschijnlijk zijn beide rechtsverhoudingen bedoeld, maar geheel duidelijk is dit niet.²⁸

4.2 Opzichzelfstaand karakter

Vanuit de gedachte dat PSD2, evenals PSD1, maximale harmonisatie tot uitgangspunt heeft, volgt titel 7B zo veel mogelijk letterlijk de bepalingen van de richtlijn.²⁹ Deze aanpak heeft als voordeel dat implementatiegebreken en *goldplating* worden voorkomen en dat als er vragen van uitleg aan het Hof van Justitie van de EU moeten worden gesteld, onmiddellijk duidelijk is op welke punten van de richtlijn uitleg nodig is. Hij heeft als nadeel dat titel 7B tamelijk op zichzelf staat en niet echt is ingebed in het systeem van het Nederlandse BW.³⁰ Dat probleem doet zich wat mij betreft pregnant gevoelen bij de bepalingen over aansprakelijkheid voor niet-toegestane en gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties (art. 7:526-528 en 7:543-545a BW). Deze bepalingen vormen een ingewikkelde combinatie van regels omtrent de vestiging van aansprakelijkheid, inclusief bewijsregels, en van regels inzake de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis. Sommige bepalingen zijn ook zo geformuleerd dat zij veeleer betrekking lijken te hebben op de primaire verplichting van de betaaldienstverlener – het met instemming van de betaaldienstgebruiker op een juiste wijze uitvoeren van een betaalopdracht – dan op de gevolgen van een tekortschieten in die primaire verplichting. De bepalingen zijn langer dan in het BW gebruikelijk is en bevatten een veelheid aan onderlinge, soms circulaire verwijzingen. Dat maakt ze lastig leesbaar en moeilijk te begrijpen.

4.3 Dwingend recht

Titel 7B bevat in overwegende mate dwingend recht. Afwijking ten nadele van de betaaldienstgebruiker is slechts mogelijk wanneer dit expliciet in de wet is aangegeven. Betaaldienstverleners mogen betaaldienstgebruikers wel gunstiger voorwaarden aanbieden. Als de betaaldienstgebruiker geen consu-

25. NV Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 11, p. 18.

26. NV Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 11, p. 15.

27. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 29. De minister wijkt hiermee af van de voordien heersende opvatting in de literatuur. Zie Rank 1996, p. 212 e.v.

28. Aldus R.E. van Esch, Concept-wetsvoorstel Wet betaaldiensten: civielrechtelijke aspecten, FR 2008, p. 439.

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

30. Zie hierover kritisch Van Esch 2008, p. 439 en H.N. Schelhaas, Inconsistenties in het verbintenissenrecht: de wetswijziging betaaldiensten, NTBR 2010, afl. 1, p. 1.

ment is, is contractuele afwijking van een aantal met name genoemde bepalingen mogelijk, ongeacht of deze ten nadele van de betaaldienstgebruiker is. Afwijking ten nadele van een consument behoort niet tot de mogelijkheden.³¹

5 Algemene bepalingen

5.1 Begripsbepalingen

Art. 7:514 BW bevat een aantal definitiebepalingen. In de meeste gevallen wordt hier dezelfde definitie gehanteerd als in art. 1:1 Wft is opgenomen en die op het stelsel van de Wft is afgestemd. Een uitzondering betreft de definitie van betaaldienstverlener. In het BW is er de voorkeur aan gegeven om voor wat betreft deze definitie aan te sluiten bij art. 4 punt 11 PSD2: een betaaldienstverlener is een dienstverlener als bedoeld in art. 1 lid 1 PSD2 en een natuurlijke of rechtspersoon waarop een vrijstelling krachtens art. 2:3d Wft van toepassing is. De reden hiervoor is dat het met het oog op de precieze afgrenzing van de bescherming van de betaaldienstgebruiker, waarover in sommige gevallen slechts zekerheid kan worden verkregen door het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU, wenselijk wordt geacht geen twijfel te laten bestaan over de richtlijnbevestiging, op de uitleg waarvan het hier aankomt.³² Materieel heeft het begrip betaaldienstverlener in het BW dezelfde betekenis als in de Wft.³³

5.2 Betaalrekening

Een belangrijk begrip in het kader van titel 7B is het in art. 7:514 onder i BW gedefinieerde begrip betaalrekening. Een betaalrekening is een rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt. Het begrip betaalrekening is aan evolutie onderhevig. Onder het regime van PSD1 werd een rekening alleen als een betaalrekening aangemerkt als zij werd aangehouden met als hoofddoel het verrichten van betalingen. Als het verrichten van betalingen bij een rekening slechts als een bijkomende activiteit werd verricht, kon deze rekening niet als een betaalrekening worden aangemerkt. Volgens de memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 waren spaarrekeningen dan ook geen betaalrekeningen, ook niet als naar en van dergelijke rekeningen wel betalingen konden worden verricht. Dit betekent dat de regels van titel 7B niet van toepassing zijn op betalingstransacties ten gunste of ten laste van spaarrekeningen. Het is uiteraard een kwestie van uitleg of een rekening als een betaalrekening of als een spaarrekening moet worden aangemerkt.³⁴

Het Hof van Justitie van de EU heeft in een arrest van 4 oktober 2018 geoordeeld dat een online spaarrekening waarvan het saldo weliswaar vrij opneembaar is, maar waarbij alle over-

schrijvingen naar en van de rekening moeten worden uitgevoerd via een andere rekening – een tegenrekening –, geen betaalrekening is. Volgens het Hof blijkt uit die bepaling dat de mogelijkheid om rechtstreeks ten gunste en ten laste van een rekening betalingen te kunnen doen tot het wezen van de betaalrekening behoort.³⁵ Deze uitspraak is gewezen onder PSD1. De minister heeft toegezegd bij de Europese Commissie te zullen navragen of dit onder PSD2 anders is.³⁶ Daarbij kan worden vermeld dat de minister een ruimere interpretatie van het begrip betaalrekening voorstaat. Volgens hem dient bij de interpretatie van het begrip het doel van PSD2 leidend te zijn en zouden de technische aspecten geen rol mogen spelen.³⁷

5.3 Uitzonderde diensten

Titel 7B is niet van toepassing op de betaaldiensten bedoeld in art. 1:5a lid 2 Wft (art. 7:515 lid 4 BW).³⁸ Het betreft hier met name transacties waaraan geen betaalrekeningen te pas komen, zoals betalingstransacties in contanten rechtstreeks door de betaler aan de begunstigde, geldwisseltransacties en betalingstransacties die zijn gebaseerd op papieren cheques en wissels. Verder moet worden gedacht aan het uitsluitend verlenen van IT-ondersteuning of administratieve ondersteuning rondom een betaling, het verlenen van diensten die gebaseerd zijn op specifieke betaalinstrumenten die uitsluitend kunnen worden gebruikt binnen de bedrijfsgebouwen van de uitgever of binnen een beperkt netwerk, dan wel voor de aanschaf van een zeer beperkte reeks goederen of diensten, en aan betalingsstransacties door een aanbieder van elektronische communicatienetwerken of -diensten beneden bepaalde drempelbedragen. Voor deze laatste uitzondering zij verwezen naar paragraaf 3.5 hiervoor.

6 Inhoud, wijziging en beëindiging contractuele relatie

6.1 Informatie en voorwaarden

Op grond van art. 7:516 BW heeft de betaaldienstgebruiker gedurende de contractuele relatie te allen tijde het recht de contractuele voorwaarden van de raamovereenkomst alsmede de in art. 59b- 59f en 71b- 71k BGfo Wft vermelde informatie bij de betaaldienstverlener op te vragen. Het gaat hier onder meer om informatie betreffende de maximale uitvoeringstermijn van de aangeboden betaaldienst, tarieven en kosten, de toe te passen wisselkoers en, indien sprake is van dienstverlening op basis van een raamovereenkomst, om informatie over de betaaldienstverlener en de relevante toezichthouders, een

31. Art. 7:550 en 7:551 BW.

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

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

34. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 15-16.

35. HvJ EU 4 oktober 2018, ECLI:EU:C:2018:809 (Bundeskammer für Arbeiter/ING DiBa).

36. Verslag schriftelijk overleg Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 27, p. 4-5. Vgl. ook NvW Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 12, p. 6.

37. NvW Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 12, p. 6; NvT Implementatiebesluit PSD2, Kamerstukken I 2018/19, 34813, B, p. 19. Zie ook Voerman 2018, p. 63-64.

38. Art. 7:515 lid 5 BW is identiek aan art. 7:515 lid 4 BW. Dit betreft ongetwijfeld een vergissing van de wetgever.

beschrijving van de voornaamste kenmerken van de aan te bieden betaaldiensten, veiligheidsvoorschriften, reclame-termijnen, mogelijkheid van blokkering, aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener, wijziging van de voorwaarden, enzovoort.

6.2 Wijziging contractuele relatie

Art. 7:517 lid 1 en 2 BW normeren de mogelijkheid van de betaaldienstverlener om de raamovereenkomst en de daarop betrekking hebbende informatie en voorwaarden eenzijdig te wijzigen. Elke wijziging wordt uiterlijk twee maanden voor de datum van de beoogde inwerkingtreding ervan door de betaaldienstverlener in gemakkelijk te begrijpen bewoordingen en in een duidelijke en bevattelijke vorm aan de betaaldienstgebruiker gecommuniceerd, hetzij op papier, hetzij op een andere duurzame informatiedrager (art. 7:517 lid 1 BW). In het kader van de implementatie van PSD2 is aan het slot van art. 7:517 lid 1 BW toegevoegd dat de betaaldienstgebruiker wijzigingen voor de beoogde datum van inwerkingtreding kan aanvaarden of verwerpen. Het betreft hier een verduidelijking van wat onder PSD1 ook al gold.³⁹ Eenzijdige wijziging door de betaaldienstverlener behoort alleen tot de mogelijkheden indien van tevoren met de betaaldienstgebruiker is overeengekomen dat de betaaldienstverlener tot wijziging van de overeenkomst, de informatie en de voorwaarden bevoegd is en dat de betaaldienstgebruiker geacht moet worden de wijziging te hebben aanvaard als hij niet voor de beoogde wijzigingsdatum aan de betaaldienstverlener te kennen geeft dat hij de voorgestelde wijzigingen niet accepteert (art. 7:517 lid 2 BW).

6.3 Beëindiging contractuele relatie

Art. 7:518 BW betreft de bevoegdheid van de betaaldienstgebruiker en van de betaaldienstverlener om de raamovereenkomst op te zeggen. Tenzij een opzegtermijn is overeengekomen, kan de betaaldienstgebruiker te allen tijde opzeggen. Een opzegtermijn belooft maximaal een maand (art. 7:518 lid 1 BW). Is de raamovereenkomst zes maanden of meer in werking geweest, dan is opzegging voor de betaaldienstgebruiker kosteloos. In alle andere gevallen kunnen kosten in rekening worden gebracht die passend en in lijn met de feitelijke kosten zijn (art. 7:518 lid 2 BW). Beëindiging op andere gronden – bijvoorbeeld ontbinding wegens toerekenbare tekortkoming – is mogelijk indien voldaan is aan de eisen die de wet daarvoor stelt.⁴⁰ Art. 7:518 lid 3 BW bepaalt dat een betaaldienstverlener een raamovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan slechts kan beëindigen met een opzegtermijn van ten minste twee maanden.

6.4 Doorberekening van kosten

Art. 7:520 BW betreft het in rekening brengen van kosten door de betaaldienstverlener aan de betaaldienstgebruiker. Blijkens art. 7:520 lid 1 BW mag de betaaldienstverlener de

kosten ter zake van zijn informatieverplichtingen bedoeld in art. 7:516, 7:517 en 7:549 BW niet doorberekenen aan de betaaldienstgebruiker. Hetzelfde geldt voor de kosten van corrigerende of preventieve maatregelen uit hoofde van titel 7B van Boek 7 BW. In art. 7:533 lid 1, 7:534 lid 5 en 7:542 lid 2 BW worden hierop enkele uitzonderingen gemaakt. Deze uitzonderingen gelden alleen voor zover de in rekening te brengen kosten in de raamovereenkomst zijn overeengekomen en passend en in lijn met de feitelijke kosten van de betaaldienstverlener zijn.

Art. 7:520 lid 3 BW bepaalt dat de betaaldienstverlener niet mag beletten dat de begunstigde een vergoeding vraagt van de betaler of juist een korting aanbiedt voor het gebruik van een bepaald betaalinstrument. Door het in rekening brengen van opslagen of juist het verlenen van kortingen kan de begunstigde het gebruik van efficiënte betaalmiddelen stimuleren.⁴¹ De slotzin van het derde lid bepaalt dat de eventueel in rekening gebrachte kosten niet hoger liggen dan de directe kosten die de begunstigde zelf voor het gebruik van het desbetreffende betaalinstrument maakt. Deze zin verduidelijkt dat slechts de directe kosten die de begunstigde maakt, zoals door de betaaldienstverlener aan de begunstigde in rekening gebrachte *merchant fees*, door de begunstigde aan de betaler mogen worden doorbelast. Eventuele aanvullende kosten, zoals algemene bedrijfskosten, mogen niet worden doorberekend. De bepaling is van toepassing op alle betalingstransacties tussen betalers en begunstigten, ongeacht of ze ondernemer zijn of niet. Het toezicht op de naleving van deze bepaling berust bij de ACM op grond van art. 8.14 Wet handhaving consumentenbescherming (Whc).⁴²

Art. 7:520 lid 4 BW is toegevoegd in het kader van de implementatie van art. 62 lid 4 PSD2. Het bevat een verbod op *surcharging*, dat wil zeggen het in rekening brengen door betalingsbegunstigten – in de regel leveranciers van goederen en diensten – van kosten voor het gebruik door betalers van betaalmiddelen waarvan de tarieven zijn geplafonneerd door de Verordening inzake interbancaire afwikkelingsvergoedingen voor betaalkaarttransacties⁴³ en voor betalingen die onder de SEPA-verordening⁴⁴ vallen. Dat betekent in de praktijk dat wel kosten in rekening kunnen worden gebracht voor het gebruik van creditcards van het driepartijentype, maar niet

41. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 34.

42. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 37.

43. Verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde transacties, PbEU 2015, L 123/1.

44. Verordening (EG) 260/212 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, PbEG 2012, L 94/22; Verordening (EU) 248/2014 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 tot wijziging van Verordening (EU) 260/212 betreffende de migratie naar Uniebrede overmakingen en automatische afschrijvingen, PbEU 20 maart 2014, L 84/1.

39. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 36.

40. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 33.

voor dat van debitcards (betaalpassen) en creditcards van het vierpartijtype, en ook niet bij Europese overschrijvingen en Europese incasso's.⁴⁵ Het toezicht op de naleving van deze bepaling berust eveneens bij de ACM op grond van art. 8.14 Whc.⁴⁶

7 Toestaan van betalingstransacties

7.1 Instemming

Ingevolge art. 7:522 lid 1 BW voert een betaaldienstverlener een betalingstransactie slechts uit met instemming van de betaler. De instemming met een betaalopdracht wordt verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure (art. 7:522 lid 2 BW). Het derde lid van art. 7:522 BW ziet op de mogelijkheid van de betaler een eerder door hem gegeven instemming in te trekken. Dit is toegestaan uiterlijk tot het tijdstip van het onherroepelijk worden van de opdracht als bedoeld in art. 7:534 BW. De bepaling moet worden gelezen in samenhang met art. 7:526-528 BW. Deze artikelen betreffen de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverleners bij een niet-toegestane betalingstransactie.

7.2 Wijze van instemming

De instemming met een betaalopdracht wordt ingevolge art. 7:522 lid 2 BW verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener of betaaldienstverleners overeengekomen vorm en procedure. Instemming kan per transactie worden gegeven of per reeks van transacties. Bij de implementatie van PSD2 is in dit artikel, overeenkomstig art. 64 lid 2 PSD2, verduidelijkt dat de instemming met de uitvoering ook kan worden verleend via de begunstigde of een betaalinitiatiedienstverlener. Een betaalinitiatiedienstverlener mag de betaalinitiatiedienst alleen verlenen met de uitdrukkelijke instemming van de betaaldienstgebruiker, welke uitdrukkelijke instemming wordt gegeven door afgifte van sterke cliënt-authenticatie.⁴⁷ Een betaaldienstverlener zal zich bij het stellen van voorschriften voor het geven van instemming vooral laten leiden door de veiligheid van zijn betaalsystemen. Met het oog op deze veiligheid heeft de Europese Commissie in haar eerder genoemde Gedelegeerde Verordening inzake sterke cliëntauthenticatie strenge eisen gesteld aan de toegang van een betaalinitiatiedienstverlener tot de rekening(en) en betaaldaten van een betaaldienstgebruiker bij een rekeninghoudende betaaldienstverlener.

7.3 Positie begunstigde

Art. 7:522 BW bevat geen regels die aangeven wat in het geval van een ten onrechte uitgevoerde betalingstransactie de positie van de begunstigde is. Ook wordt niet uitdrukkelijk geregeld het geval dat een betaalopdracht wordt uitgevoerd terwijl de betaler daarvoor onvoldoende saldo op zijn rekening had. Voor deze gevallen zal men moeten terugvallen op de algemene regels van het verbintenissenrecht en de tussen de betaaldienstverlener van de begunstigde en de begunstigde overeengekomen voorwaarden. Aangenomen moet worden dat, als de begunstigde constateert dat zijn betaalrekening voor een hem toekomend bedrag is gecrediteerd, die creditering, ook bij het ontbreken van toestemming of bij onvoldoende saldo van de betaler, niet meer eenzijdig ongedaan gemaakt kan worden, niet door de betaler, maar ook niet door de betaaldienstverlener.⁴⁸ Weliswaar bepaalt art. 19 lid 2 onder (b) van de Algemene Bankvoorwaarden 2017 dat de bank bevoegd is een fout zonder toestemming van de cliënt te herstellen, maar niet aannemelijk is dat deze bevoegdheid ook ziet op de situatie dat de betaler over onvoldoende saldo beschikte, of de situatie dat de begunstigde is gecrediteerd voor een hem in zijn relatie tot de betaler rechtens toekomend bedrag. Het voorgaande neemt niet weg dat, indien door een fout van de betaaldienstverlener creditering plaatsvindt van een begunstigde die op het bedrag geen recht heeft, de begunstigde zal kunnen worden aangesproken op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking, eventueel ook door de betaaldienstverlener.

7.4 Limieten en blokkades

Art. 7:523 BW geeft de mogelijkheid om voor bepaalde betaalinstrumenten – bijvoorbeeld voor een pinpas – gebruikslimieten af te spreken. Het artikel bepaalt eveneens in welke gevallen de betaaldienstverlener met de betaaldienstgebruiker kan afspreken dat het gebruik van het betaalinstrument mag worden geblokkeerd. Dit zal onder meer het geval kunnen zijn om redenen die verband houden met het vermoeden van frauduleus gebruik van het betaalinstrument. Het artikel geeft de rekeninghoudende betaaldienstverlener het recht om een betaalinitiatiedienstverlener of een rekeninginformatiedienstverlener de toegang tot een betaalrekening te ontzeggen. Daarvoor moeten echter wel objectieve en op voldoende aanwijzingen gebaseerde redenen bestaan. Een dergelijke reden zal aanwezig zijn wanneer een betaalinitiatiedienstverlener probeert een betalingstransactie te initiëren waarvoor de betaaldienstgebruiker geen toestemming heeft gegeven, of sprake is van frauduleus handelen van de betaalinitiatiedienstverlener.

Dit ligt gevoelig omdat een rekeninghoudende betaaldienstverlener op grond van art. 66 lid 2-4 respectievelijk art. 67 lid 2 en 3 PSD2 – in Nederland geïmplementeerd in art. 26i-26k Bpr Wft – verplicht is betaalinitiatiedienstverleners en reke-

45. 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 dan 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.

46. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 8 en 37; NV Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 11, p. 34-40.

47. Art. 66 lid 2 PSD2 en art. 26h lid 4, 26i lid 3 en 26j lid 3 Bpr Wft.

48. Vgl. HR 30 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6338, NJ 2000/536 (Ermer/ABN AMRO Bank) en HR 26 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3408, NJ 2002/118 (Standard Groep/ING Bank).

ninginformatiedienstverleners toegang te verlenen tot de betaalrekening(en) van de betaaldienstgebruiker als de betaaldienstgebruiker daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd. Niettemin heeft de rekeninghoudende betaaldienstverlener toch een soort poortwachtersfunctie. Die poortwachtersfunctie vindt haar rechtvaardiging in de aansprakelijkheidsverdeling tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de derde-betaaldienstverlener. Deze verdeling is zo opgezet dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener het primaire en waarschijnlijk ook het exclusieve aanspreekpunt van de betaaldienstgebruiker is en dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener zo nodig regres moet nemen op de verantwoordelijke derde-betaaldienstverlener, met alle risico's van dien.

7.5 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 – dat de implementatie vormt van art. 71 lid 1 PSD2 – alleen recht op rectificatie door de relevante betaaldienstverlener als hij onverwijld nadat hij met de niet-toegestane of onjuist uitgevoerde betalingstransactie bekend is geworden bij de betaaldienstverlener reclameert, in ieder geval binnen dertien maanden na de valutadatum van de debitering van zijn rekening. Onder rectificatie moet in dit verband worden begrepen 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.

Art. 7:526 lid 2 BW is toegevoegd in het kader van de implementatie van PSD2. Dit lid bepaalt, in navolging van art. 71 lid 2 PSD2, dat de betaaldienstgebruiker in het geval van betrokkenheid van een betaalinitiatiedienstverlener rectificatie moet verkrijgen van de rekeninghoudende betaaldienstverlener. De tekst laat mijns inziens geen ruimte voor een interpretatie inhoudende dat de bepaling er slechts toe strekt om buiten twijfel te stellen dat de betaaldienstgebruiker steeds bevoegd is om de rekeninghoudende betaaldienstverlener aan te spreken, maar er ook voor zou kunnen kiezen om tegen de betaalinitiatiedienstverlener in het geweer te komen. De toelichting wijst eveneens in de richting van een verplichting, waar wordt gesteld dat de bepaling de rekeninghoudende betaaldienstverlener tot het primaire aanspreekpunt van de betaaldienstgebruiker maakt, en is opgenomen om het voor de betaaldienstgebruiker eenvoudig te houden.⁴⁹ Wat mij betreft wordt de betaaldienstgebruiker op deze manier onnodig de mogelijkheid ontnomen om ieder van beide betaaldienstverleners voor het geheel (hoofdelijk) aan te spreken, althans te kie-

zen voor het aanspreken van één van beiden. De betaaldienstgebruiker wordt dan niet minder beschermd. Hij heeft dan immers nog steeds de mogelijkheid om de meest draagkrachtige betaaldienstverlener – de rekeninghoudende betaaldienstverlener – aan te spreken, maar is daartoe alleen niet verplicht. Het risico dat de derde-betaaldienstverlener uiteindelijk geen verhaal biedt, wordt mijns inziens al te gemakkelijk bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener gelegd. Dit klemt temeer omdat de rekeninghoudende betaaldienstverlener in beginsel niet kan weigeren om de derde-betaaldienstverlener toegang te verlenen en hij zich hiertegen niet contractueel kan wapenen.⁵⁰ Als de derde-betaaldienstverlener een jonge start-up betreft, is dit verhaalsrisico niet denkbeeldig.⁵¹

7.6 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 of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd. In afwijking van de algemene regel van art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) bepaalt art. 7:527 lid 1 BW, in navolging van art. 72 lid 1 PSD2, 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 en deze betaalinitiatiedienstverlener wordt geconfronteerd met een regresvordering van de rekeninghoudende betaaldienstverlener, is het aan de betaalinitiatiedienstverlener om dit bewijs te leveren voor het gedeelte van de betalingstransactie waarvoor hij verantwoordelijk is.⁵² De omstandigheid dat het gebruik van een betaalinstrument door de betaal(initiatie)dienstverlener is geregistreerd, vormt 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. 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 (art. 7:527 lid 2 BW en art. 72 lid 2 PSD2).

7.7 Terugbetaling en herstel bij niet-toegestane betalingstransactie

Slaagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener niet 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 (art. 73 lid 1 PSD2) recht op

49. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 42. Zo ook Godlieb 2016, p. 140 (noot 46), met een beroep op de bestaansratio van art. 71 lid 2 PSD2.

50. Zie art. 26i- 26k Bpr Wft.

51. Zo ook Van Zandvoort 2018, p. 254.

52. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 42. Zie ook art. 7:528 lid 5 BW.

terugbetaling van het bedrag van de niet-toegestane betalings-transactie. 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 uiterlijk aan het eind van de eerstvolgende werkdag, te rekenen vanaf het moment dat de betaaldienstverlener bekend is geworden met de transactie. Naast een recht op terugbetaling en herstel van de rekening heeft de betaaldienstgebruiker recht op aanvullende schadevergoeding op grond van de algemene regels van het verbintenissenrecht (art. 7:528 lid 6 BW). 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 hij op grond van art. 6:74 BW in beginsel aansprakelijk zijn voor de schade die de betaaldienstgebruiker als gevolg daarvan lijdt. Dat betekent concreet dat de betaaldienstgebruiker recht heeft op vergoeding van wettelijke rente vanaf het moment van het verstrijken van de in art. 7:528 lid 1 BW bedoelde termijn. Herstel van de rekening houdt in dat de rekening weer met het eerder afgeschreven bedrag moet worden gecrediteerd, met als valutadatum uiterlijk de datum van de debitering van de rekening.

7.8 Betrokkenheid betaalinitiatiedienstverlener bij niet-toegestane betalingstransactie

Art. 7:528 lid 4 en 5 BW zijn nieuw ten opzichte van de oude wettekst en zijn de resultante van de implementatie van PSD2. Deze bepalingen zien op de situatie dat de betalingstransactie via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. Art. 7:528 lid 4 BW stelt voorop dat het ook bij betrokkenheid van een betaalinitiatiedienstverlener aan de rekeninghoudende betaaldienstverlener is om het bedrag van de niet-toegestane transactie aan de betaaldienstgebruiker terug te betalen en, in voorkomend geval, de betaalrekening weer met het ten onrechte afgeschreven bedrag te crediteren. De aanwijzing van de rekeninghoudende betaaldienstverlener als het primaire en waarschijnlijk ook het exclusieve aanspreekpunt voor de betaaldienstgebruiker is bedoeld om het voor de betaaldienstgebruiker eenvoudig te houden en hem een hoog niveau van bescherming te bieden.⁵³ De rekeninghoudende betaaldienstverlener heeft ingevolge art. 7:528 lid 5 BW een regresvordering op de betaalinitiatiedienstverlener als het plaatsvinden van de niet-toegestane betalingstransactie aan de betaalinitiatiedienstverlener kan worden toegerekend.⁵⁴ Geconfronteerd met een dergelijke regresvordering is het aan de betaalinitiatiedienstverlener om te bewijzen dat authenticatie, registratie en initiatie juist zijn verlopen voor het gedeelte van de betalingstransactie waarvoor hij verantwoordelijk is.

Blijkt dat het plaatsvinden van de niet-toegestane betalings-transactie aan de betaalinitiatiedienstverlener kan worden toe-

gerekend – omdat deze niet slaagt in het bewijs dat authenticatie, registratie en initiatie van de betalingstransactie juist zijn verlopen voor het gedeelte van de betalingstransactie waarvoor hij verantwoordelijk is –, dan moet de betaalinitiatiedienstverlener de rekeninghoudende betaaldienstverlener onmiddellijk de door de rekeninghoudende betaaldienstverlener geleden verliezen of de door de rekeninghoudende betaaldienstverlener aan de betaler terugbetaalde bedragen vergoeden, waaronder het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie. Slaagt de betaalinitiatiedienstverlener wel in voornoemd bewijs, dan heeft de rekeninghoudende betaaldienstverlener geen regres op de betaalinitiatiedienstverlener. De rekeninghoudende betaaldienstverlener is dan draagplichtig voor het volle bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie. Niet uitgesloten is dat het plaatsvinden van de niet-toegestane betalingstransactie aan beide betaaldienstverleners kan worden toegerekend. Denkbaar is dat de betaalinitiatiedienstverlener heeft gefaald bij de authenticatie en de rekeninghoudende betaaldienstverlener bij de autorisatie, met als gevolg dat het bedrag van de niet-toegestane transactie hoger uitvalt dan het door de betaalinitiatiedienstverlener geïnitieerde bedrag. De regeling van art. 7:528 BW voorziet daarin niet. Aannemelijk is dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener dan regres heeft op de betaalinitiatiedienstverlener voor zover aan deze toe te rekenen omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. Steun hiervoor biedt art. 7:547 BW.⁵⁵

De regeling van aansprakelijkheid en regres bij een niet-toegestane betalingstransactie is ongetwijfeld aantrekkelijk voor de betaaldienstgebruiker: deze kan immers altijd zijn pijlen richten op de rekeninghoudende betaaldienstverlener. Dit zal in de regel een bank zijn en dus een financieel voldoende draagkrachtige partij. Voor de rekeninghoudende betaaldienstverlener is deze regeling minder aantrekkelijk: hij moet de betaaldienstgebruiker eerst uit eigen middelen compenseren en vervolgens regres zien te nemen op de betaalinitiatiedienstverlener.

7.9 Aansprakelijkheid bij 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 veiligheidsvoorschrift-

53. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 43.

54. De rekeninghoudende betaaldienstverlener mag niet verlangen dat de betaalinitiatiedienstverlener een overeenkomst met hem sluit om toegang tot de bij hem aangehouden betaalrekening te verkrijgen, zodat deze regresvordering in beginsel uitsluitend op art. 7:528 lid 5 BW zal kunnen worden gebaseerd.

55. Zie voor meer mogelijke modaliteiten bij niet-toegestane betalingstransacties en een gedetailleerde analyse van de aansprakelijkheidsverdeling tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener Godlieb 2016, p. 134-141 en Van Zandvoort 2018, p. 249-256.

ten 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.⁵⁶ Dit eigen risico is geëlimineerd als gevolg van het aannemen van het amendement-Nijboer.⁵⁷

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. Grote nalatigheid staat aan deze rechterlijke bevoegdheid niet in de weg.⁵⁸ Als de betaaldienstverlener van de betaler geen sterke cliëntauthenticatie verlangt, zijn de gevolgen van misbruik voor zijn rekening en draagt de betaaldienstgebruiker geen financiële verliezen (art. 7:529 lid 3 BW). 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 BW van het verlies, de diefstal of het onrechtmatig gebruik in kennis heeft gesteld. Wel geldt een uitzondering voor frauduleus handelen.

7.10 Preautorisatie

Art. 7:529a BW is opgenomen in het kader van de implementatie van PSD2. Het vormt de omzetting van art. 75 PSD2. Het artikel betreft op debitcards en creditcards gebaseerde betalingstransacties waarvan het transactiebedrag niet op voorhand bekend is, en bepaalt tot welk bedrag de betaaldienstverlener van de betaler in verband daarmee geldmiddelen van de betaler mag blokkeren en wanneer hij deze moet vrijgeven. Men denke in dit verband aan het in de praktijk veel voorkomende geval dat een hotel – voor het gebruik van de minibar – of een autoverhuurder – voor schade aan de auto – de voldoening van een nog onbepaalde vordering veiligstelt door middel van een reservering op een creditcard, of dat een exploitant van een onbemand tankstation geldmiddelen op de betaalrekening reserveert door de betaler voorafgaand aan het tanken te laten pinnen. Art. 7:529a BW stelt grenzen aan deze praktijk en bepaalt dat er bij door of via de begunstigde geïnitieerde op kaarten gebaseerde betalingstransacties waarbij het uiteindelijke transactiebedrag nog niet bekend is op het moment dat de betaler zijn instemming geeft, slechts een concreet bedrag op de betaalrekening van de betaler kan worden geblokkeerd, en alleen als de betaler met dit bedrag heeft inge-

stemd (preautorisatie). Het reserveren van een onbepaald bedrag is hiermee niet langer mogelijk, dit met name om consumenten te beschermen.⁵⁹

7.11 Automatische incasso; wettelijk kader

Art. 7:530 en 7:531 BW zijn in het bijzonder van belang voor automatische incasso. Automatische incasso of automatische afschrijving is een betaaldienst waarbij de betaalrekening van de betaler wordt gedebiteerd en waarbij de betalingstransactie wordt geïnitieerd door de begunstigde op basis van een door de betaler aan de begunstigde, aan de betaaldienstverlener van de begunstigde of aan de betaaldienstverlener van de betaler verstrekte instemming (mandaat). Bij een automatische incasso ligt het initiatief voor de betalingstransactie steeds bij de begunstigde. Een automatische incasso kan een eenmalige betaling betreffen, maar kan ook de strekking hebben om periodiek een bedrag van de rekening van de betaler af te schrijven. Kenmerkend voor automatische incasso is dat de betaler en/of de betaaldienstverlener van de betaler veelal gerechtigd zijn om binnen een bepaalde termijn een reeds uitgevoerde betalingstransactie terug te draaien, dat wil zeggen het van de betaalrekening van de betaler afgeschreven bedrag naar deze rekening terug te (laten) boeken, met als valutadatum ten laatste de dag waarop de rekening eerder werd gedebiteerd.

Op grond van art. 7:530 lid 1 BW kan de betaler aanspraak maken op ‘terugbetaling’ door zijn betaaldienstverlener van een met zijn instemming door of via de begunstigde geïnitieerde, reeds uitgevoerde betalingstransactie, indien (a) bij het toestaan van de betalingstransactie door de betaler niet het precieze bedrag van de betalingstransactie was gespecificeerd, en (b) het bedrag van de betalingstransactie gezien zijn eerdere uitgavenpatroon hoger ligt dan de betaler redelijkerwijs kon verwachten. Deze voorwaarden golden ook al onder het regime van PSD1. De memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 noemt in dit verband het voorbeeld dat de betaler heeft ingestemd met incasso van het bedrag verschuldigd voor het gebruik van de minibar in een hotel en dat het bedrag dat van zijn rekening wordt afgeschreven de volledige inhoud van de minibar lijkt te betreffen, terwijl deze betaler een regelmatig bezoeker van hotels is en altijd zeer beperkt gebruik maakt van de minibar.⁶⁰ Art. 7:531 BW bepaalt dat de betaler in het geval van art. 7:530 BW gedurende acht weken (56 kalenderdagen) na debitering van zijn rekening om terugbetaling kan verzoeken. Het betreft hier een onvoorwaardelijk recht van de betaler. Binnen tien werkdagen na ontvangst van een terugbetalingsverzoek wordt de rekening van de betaler weer met het afgeschreven bedrag gecrediteerd, of bericht de betaaldienstverlener dat hij weigert tot terugbetaling over te gaan, en waarom.

56. Wetsvoorstel Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 2.

57. 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, 107-10-1.

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

59. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 45.

60. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 39.

7.12 Automatische incasso: contractuele varianten

Art. 7:550 BW geeft partijen de mogelijkheid om bij automatische incasso een ruimere en dus voor de betaler gunstigere bevoegdheid tot stornering overeen te komen dan voorzien in art. 7:530 lid 1 BW.⁶¹ Dat betekent dat de betaler uit hoofde van een incassocontract gerechtigd kan zijn om een automatische incasso terug te draaien op andere gronden dan de in art. 7:530 lid 1 BW genoemde en zonder dat hij deze gronden hoeft aan te voeren of aan te tonen, zoals vereist door art. 7:530 lid 2 BW. Het betekent eveneens dat ook een ander dan de betaler zelf, bijvoorbeeld de betaaldienstverlener van de betaler, bevoegd kan zijn tot het ongedaan maken van een dergelijke incasso. In de praktijk heeft de betaler vrijwel steeds het recht om binnen de daarvoor bepaalde termijn zonder opgave van redenen een ten laste van zijn rekening automatisch geïncasseerd bedrag te laten terugboeken. Daarnaast bedingt de betaaldienstverlener van de betaler meestal het recht om een incasso niet uit te voeren of om een uitgevoerde incasso te storneren als de bestedingsruimte op een betaalrekening onvoldoende is, of als de betaalrekening is geblokkeerd. Als de betaaldienstverlener een ongeclausuleerde storneringsbevoegdheid heeft bedongen, mag hij deze volgens de Hoge Raad ook in zijn eigen belang gebruiken en een automatische incasso ook storneren indien de automatische incasso heeft geleid tot een vordering van de betaaldienstverlener op de betaler die de betaaldienstverlener niet op de betaler kan verhalen wegens diens faillissement. De storneringsbevoegdheid van de betaaldienstverlener van de betaler is dan niet beperkt tot de situatie dat het rekeningsaldo of de kredietruimte van de betaler onvoldoende is.⁶² Onder bijzondere omstandigheden kan de betaaldienstverlener misbruik van bevoegdheid maken door een betaling te storneren en kan een stornering worden aangetaast. De situatie dat de betaler is gefailleerd, is daarvoor niet voldoende. Datzelfde geldt voor de omstandigheid dat de automatische incasso niet leidt tot overschrijding van de kredietruimte.⁶³ Het ligt in de rede dat de Hoge Raad met bijzondere omstandigheden het oog heeft op de situatie dat de betaaldienstverlener over voldoende zekerheden beschikt om zijn vordering op de betaler te kunnen verhalen.

7.13 Stornering

De door de wetgever in art. 7:530 en 7:531 BW gebruikte term 'terugbetaling' verdraagt zich niet goed met de juridische duiding van bovengenoemde problematiek in de rechtspraak van de Hoge Raad en in de juridische literatuur. Uitgaande van de wijze waarop het terugdraaien van een automatische incasso in Nederland contractueel is vormgegeven – waarbij in de overeenkomst tussen de betaaldienstverlener van de begunstigde en de begunstigde is bepaald dat een bijschrijving uit hoofde van een automatische incasso geschiedt onder de ont-

bindende voorwaarde dat de betaler of diens betaaldienstverlener binnen de daarvoor gestelde termijn gebruik maakt van zijn bevoegdheid de incasso terug te draaien –, is de heersende opvatting dat er nu juist geen sprake is van terugbetaling. Niet voor niets spreekt men in de praktijk ook van terugboeking of stornering.⁶⁴

8 Uitvoering van de betalingstransactie

8.1 Weigering uitvoering betaalopdracht

Art. 7:533 BW betreft de bevoegdheid van de betaaldienstverlener om te weigeren een betaalopdracht uit te voeren of een betalingstransactie te initiëren. Indien de betaaldienstverlener een betaalopdracht weigert uit te voeren of weigert een betalingstransactie te initiëren, dient dit met de redenen van de weigering zo spoedig mogelijk door de betaaldienstverlener aan de betaaldienstgebruiker te worden meegedeeld. Over het algemeen zal een betaaldienstverlener een betaalopdracht mogen weigeren uit te voeren als de betaaldienstgebruiker onvoldoende bestedingsruimte op zijn betaalrekening heeft of als de betaalopdracht onvolledig, onjuist of onduidelijk is, dan wel als de betaaldienstverlener fraude, misbruik of onregelmatigheden vermoedt. De betaaldienstverlener zal eveneens bevoegd zijn om een betaalopdracht niet uit te voeren indien die uitvoering wordt belemmerd door een ten laste van de betaaldienstgebruiker gelegd beslag. Het niet-uitvoeren door een rekeninghoudende betaaldienstverlener van een door een betaalinitiatiedienstverlener geïnitieerde betaalopdracht ligt, evenals een ontzegging van de toegang ex art. 7:523 BW, gevoelig omdat de rekeninghoudende betaaldienstverlener in beginsel verplicht is de betaalinitiatiedienstverlener toegang te verlenen tot de betaalrekening van de betaaldienstgebruiker als deze daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd.⁶⁵

8.2 Herroeping betaalopdracht

In art. 7:534 BW wordt bepaald tot welk moment een gegeven betaalopdracht kan worden herroepen. Ingevolge art. 7:534 BW kan de betaaldienstgebruiker een betaalopdracht niet meer herroepen vanaf het tijdstip van ontvangst daarvan door de betaaldienstverlener – dit tijdstip te bepalen overeenkomstig art. 7:532 BW –, tenzij anders is bepaald in dit artikel. Indien de betalingstransactie door een betaalinitiatiedienstverlener dan wel door of via de begunstigde is geïnitieerd – anders dan in het geval van automatische incasso –, kan de betaler de betaalopdracht niet meer herroepen nadat hij toestemming heeft gegeven aan de betaalinitiatiedienstverlener om de transactie te initiëren dan wel aan de begunstigde om de transactie uit te voeren. Onverminderd het storneringsrecht van de betaler, kan de betaler in het geval van automatische incasso de betaalopdracht herroepen ten laatste aan het eind van de werkdag die voorafgaat aan de dag waarop de betaalrekening volgens afspraak wordt gedebiteerd. In andere gevallen kan de

61. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 48.

62. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, NJ 2012/89 (SNS Bank/Pasman q.q.).

63. HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, NJ 2012/89 (SNS Bank/Pasman q.q.).

64. HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005/20 (Mendel q.q./ABN AMRO); HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, NJ 2012/89 (SNS Bank/Pasman q.q.).

65. Zie art. 26i- 26k Bpr Wft.

betalopdracht alleen worden herroepen als dit tussen de betaaldienstgebruiker en zijn betaaldienstverlener is overeengekomen. In het geval van automatische incasso is ook de instemming van de begunstigde vereist.

8.3 Creditering en valuterig

Ingevolge art. 7:536 BW zijn art. 7:537-541 BW van toepassing op betalingstransacties in euro, binnenlandse betalingsstransacties 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 lidstaat die de euro niet als munt heeft, mits de vereiste valutawissel wordt uitgevoerd in de lidstaat waar de euro niet de munteenheid is en, bij grensoverschrijdende betalingstransacties, de overmaking in euro geschiedt. Art. 7:541 BW heeft een ruimer toepassingsbereik, in die zin dat de bepaling van toepassing is op betaaldiensten die in de EU/EER worden uitgevoerd in euro of in de valuta van een EU/EER-lidstaat niet zijnde de euro, en ook als slechts een van de betaaldienstverleners in de EU/EER is gevestigd, voor het gedeelte van de transactie dat in de EU/EER wordt uitgevoerd. Zie art. 7:515 lid 2 en 3 BW.

Ingevolge art. 7:537 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. Voor betalingstransacties binnen de EU mag de uitvoeringstermijn op grond van art. 7:536 BW niet langer zijn dan vier werkdagen na het tijdstip van ontvangst van de opdracht door de betaaldienstverlener van de betaler. De betaaldienstverlener van de begunstigde valuteert het bedrag van de betalingstransactie en stelt het beschikbaar op de betaalrekening van de begunstigde zodra het bedrag op de rekening van de betaaldienstverlener van de begunstigde is gecrediteerd. In het geval van een door of via de begunstigde geïnitieerde betaalopdracht zendt de betaaldienstverlener van de begunstigde de betaalopdracht toe aan de betaaldienstverlener van de betaler met inachtneming van de tussen de begunstigde en zijn betaaldienstverlener overeengekomen termijnen, zodat automatische afschrijvingen op de afgesproken datum kunnen plaatsvinden. Ter zake van de lengte van deze termijn bestaat volgens art. 7:537 BW volledige contractsvrijheid.

Art. 7:541 BW betreft de materie van de valuterig. Valuterig is de methode die bepaalt op welke dag een creditering of debitering meetelt voor de renteberekening over het saldo van de rekening. Deze dag wordt rentedatum of valutadatum genoemd. Ingevolge art. 7:541 lid 1 BW valt de valutadatum uiterlijk op de werkdag waarop de creditering van de betaaldienstverlener van de begunstigde plaatsvindt. Onmiddellijk na creditering van de rekening van de betaaldienstverlener dient het bedrag ter beschikking van de begunstigde te komen. Art. 7:541 lid 2 BW bepaalt dat de valutadatum van de

afschrijving niet vroeger dan de debitering van de rekening van de betaler mag vallen. Aldus is de rentedatum gelijk aan de datum van debitering of creditering van de betaalrekening en wordt voorkomen dat de valutadatum door de betaaldienstverlener op oneigenlijke wijze wordt gebruikt.

9 Aansprakelijkheid

9.1 Algemeen

Art. 7:542-545a BW bevatten een gedetailleerde 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 begunstigde. Daarnaast regelen deze artikelen de onderlinge verhouding tussen de betrokken betaaldienstverleners. Voor de goede orde zij in dit verband vermeld dat deze regels geen betrekking hebben op de vraag of en in hoeverre de betaler (de schuldenaar) jegens de begunstigde (de schuldeiser) aansprakelijk is voor het niet of niet tijdig plaatsvinden van betaling. Dit zal primair worden bepaald door het tussen de schuldenaar en de schuldeiser overeengekomene en door de algemene bepalingen van het verbintenissenrecht. Ligt de oorzaak van een vertraging in een vergissing van de betaaldienstverlener van de schuldenaar, dan komt een dergelijke vertraging waarschijnlijk voor rekening en risico van de schuldenaar. Schiet de betaaldienstverlener van de schuldeiser tekort, dan zal dit aan de schuldeiser moeten worden toegerekend. In het geval dat de schuldenaar en de schuldeiser cliënt zijn van dezelfde betaaldienstverlener, zal het zwaarst moeten wegen dat een vertraging die voor de creditering ontstaat, is veroorzaakt bij de uitvoering van een betaalopdracht die door de schuldenaar is gegeven.

9.2 Unieke identificator

Art. 7:542 lid 1 BW bepaalt, in overeenstemming met de gangbare contractuele praktijk, dat de betaaldienstverlener de betaalopdracht mag uitvoeren op basis van het door de betaler opgegeven rekeningnummer van de begunstigde. Als de betaaldienstgebruiker in de betaalopdracht een onjuist rekeningnummer heeft vermeld, dan is de betaaldienstverlener niet aansprakelijk voor de gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie die daarvan het gevolg is (art. 7:542 lid 2 BW). Voor de vraag of de opdrachtgever verhaal kan nemen op de ontvanger, zal men te rade moeten gaan bij de algemene regels van het verbintenissenrecht.⁶⁶ Naar het lijkt zal de opdrachtgever in beginsel een vordering uit onverschuldigde betaling op de ontvanger hebben. Een dergelijke vordering komt hem echter niet toe als de ontvanger ten tijde van de bijschrijving een (opeisbare) vordering op de opdrachtgever had. In dat geval zal ofwel de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op onverschuldigde betaling door de opdrachtgever in de weg staan –

66. MvT Implementatiewet PSD1, Kamerstukken II 2008/09, 31892, 3, p. 30.

en gaat de vordering van de ontvanger op de opdrachtgever alsnog door voldoening teniet –, ofwel de ontvanger zijn schuld uit de onverschuldigde betaling kunnen verrekenen met zijn vordering op de opdrachtgever. Daarnaast komt de opdrachtgever geen vordering uit onverschuldigde betaling toe als de ontvanger over het door hem ontvangen bedrag heeft beschikt, maar geen rekening hoefde te houden met een verplichting tot teruggave (art. 6:204 lid 1 en 6:207 BW).⁶⁷

De betaaldienstverlener van de betaler is verplicht tot het leveren van een redelijke inspanning om de met de betalingstransactie gemoeide geldmiddelen terug te krijgen. Dat was ook al zo onder PSD1. Bij de implementatie van PSD2 is aan art. 7:542 BW toegevoegd dat de betaaldienstverlener van de begunstigde hierbij zijn medewerking dient te verlenen, met name door alle relevante informatie aan de betaaldienstverlener van de betaler te verstrekken. Indien het niet lukt om de geldmiddelen terug te krijgen, verstrekt de betaaldienstverlener van de betaler desgevraagd alle informatie aan de betaler die de betaler nodig heeft om een rechtsvordering te kunnen instellen om het geldbedrag terug te krijgen (art. 7:542 lid 3 BW).⁶⁸ Dat op de betaaldienstverlener slechts een inspanningsverplichting rust en geen resultaatsverbintenis laat zich verklaren uit het feit dat het de betaler is die een fout heeft gemaakt.⁶⁹ In de Procedure Onverschuldigde Betalingen, ontwikkeld door Betaalvereniging Nederland, staat de uniforme werkwijze beschreven die de bank van de betaler hanteert bij een terugbetalingsverzoek.

9.3 Aansprakelijkheid bij door betaler geïnitieerde betaalopdracht

Art. 7:543 BW implementeert art. 89 lid 1 PSD2. Het artikel 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 juist of niet tijdig 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. Ingevolge art. 7:527 lid 1 BW is het bij een beroep van een betaler op de niet-correcte uitvoering van een betalingstransactie aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler om het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt, en niet door een techni-

sche storing of enig ander falen van de door hem aangeboden diensten is beïnvloed. Slaagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler niet in dit bewijs, dan is hij in beginsel aansprakelijk voor de niet- of niet-juiste uitvoering van de betalingstransactie. 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 heeft ontvangen.⁷⁰

Het bepaalde in art. 7:526, 7:542 lid 2 en 5 en 7:548 BW blijft onverkort van kracht. Dat betekent dat van aansprakelijkheid als bedoeld in art. 7:543 lid 1 BW alleen sprake kan zijn als de betaler tijdig heeft gereclameerd, als de opdracht niet conform het opgegeven rekeningnummer is uitgevoerd, en als geen sprake is van overmacht aan de zijde van de betaaldienstverlener.

Indien sprake is van een niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie en de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler daarvoor aansprakelijk is – omdat hij niet slaagt in het bewijs 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, en ook niet kan bewijzen dat het bedrag van de betalingstransactie door de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde is ontvangen –, 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. Bij de implementatie van PSD2 is aan deze bepaling toegevoegd dat de valutadatum van de hercreditering van de betaalrekening van de betaler ten laatste gelijk mag zijn aan de dag waarop de debitering van de betaalrekening heeft plaatsgevonden. Hiermee is beoogd om het nadeel voor de betaler als gevolg van de foutief uitgevoerde betalingstransactie (zoals verlies van rente) zo veel mogelijk te beperken. Slaagt de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler wel in voornoemd bewijs, 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. De valutadatum van deze creditering is uiterlijk de datum waarop het bedrag bij een correcte uitvoering van de betalingstransactie zou zijn gevaluteerd (art. 7:543 lid 3 BW).

67. Aangenomen moet worden dat bij vermelding door de opdrachtgever van een te hoog bedrag *mutatis mutandis* hetzelfde geldt als bij vermelding van een onjuist rekeningnummer: de betaaldienstverlener van de opdrachtgever krijgt een vordering op de opdrachtgever ten belope van het bedrag van de opdracht en mag deze vordering boeken in de met de opdrachtgever bestaande rekening-courant.

68. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 6 en 49.

69. NV Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 11, p. 24.

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

9.4 Aansprakelijkheid bij door of via begunstigde geïnitieerde betaalopdracht

Art. 7:544 BW implementeert art. 89 lid 2 PSD2 en regelt de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverleners in het geval de betaalopdracht door of via de begunstigde wordt geïnitieerd en niet, niet juist of niet tijdig wordt uitgevoerd. In dat geval is, onverminderd het bepaalde in art. 7:526 en 7:542 BW en behoudens overmacht als bedoeld in art. 7:548 BW, de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde aansprakelijk jegens de begunstigde voor het niet of niet tijdig verzenden van de betaalopdracht aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler (art. 7:544 lid 1 BW). Indien de opdracht niet of niet tijdig aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler is verzonden en dit aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde kan worden toegerekend, geeft de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde de betrokken betaalopdracht onmiddellijk door aan de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler (art. 7:544 lid 2 BW). Hij dient er daarnaast voor te zorgen dat het bedrag van de betalingstransactie onmiddellijk ter beschikking van de begunstigde wordt gesteld zodra zijn eigen betaalrekening met het overeenkomstige bedrag is gecrediteerd. Het bedrag wordt op de rekening van de begunstigde gevaluteerd uiterlijk op de datum waarop het bij een correcte uitvoering van de transactie zou zijn gevaluteerd (art. 7:544 lid 3 BW).

Bij een niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalings-transactie – dat wil zeggen een betalingstransactie die niet tot creditering van de rekening van de begunstigde heeft geleid, maar mogelijk wel tot debitering van de rekening van de betaler – waarvoor de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde niet aansprakelijk is uit hoofde van art. 7:544 lid 1 en 2 BW, is de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler aansprakelijk jegens de betaler (art. 7:544 lid 4 BW). In dat geval dient de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler, in voorkomend geval, de betaler onverwijld het bedrag van de betalingstransactie terug te betalen en onverwijld de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd te herstellen in de toestand zoals die geweest zou zijn indien de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden. De valutadatum van de creditering van de betaalrekening van de betaler is uiterlijk de datum waarop het bedrag was gedebiteerd. De (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de betaler is op grond van art. 7:544 lid 5 BW niet verplicht tot terugbetaling en ongedaanmaking wanneer hij bewijst dat de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie heeft ontvangen. In dat geval dient de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag op de rekening van de begunstigde te valueren ten laatste op de datum waarop het bij een correcte uitvoering zou zijn gevaluteerd. Ofschoon art. 7:544 lid 5 BW dit niet met zoveel woorden zegt, zal de (rekeninghoudende) betaaldienstverlener van de begunstigde er in dat geval ook voor moeten zorgen dat het bedrag van de betalingstransactie alsnog

onmiddellijk ter beschikking van de begunstigde wordt gesteld.

9.5 Aansprakelijkheid bij door

betaalinitiatiedienstverlener geïnitieerde betaalopdracht

Art. 7:545a BW vormt de implementatie van art. 90 PSD2. Het regelt de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverleners in het geval dat de betaalopdracht via een betaalinitiatiedienstverlener wordt geïnitieerd en niet, niet juist of niet tijdig wordt uitgevoerd. Het artikel sluit aan op art. 7:543-545 BW. Art. 7:545a lid 1 BW bepaalt welke betaaldienstverlener het bedrag dient terug te betalen aan de betaler en de betaalrekening in de oude toestand dient te herstellen indien de betalingstransactie niet of gebrekkig is uitgevoerd en de betalings-transactie via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd. De bepaling stelt buiten twijfel dat deze verplichtingen op de rekeninghoudende betaaldienstverlener van de betaler rusten. Deze regeling is getroffen om het voor de betaler eenvoudig te houden en hem een hoog niveau van bescherming te bieden: hij kan in het geval van een niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie te allen tijde zijn rekeninghoudende betaaldienstverlener aanspreken, ook al is er een betaalinitiatiedienstverlener bij de transactie betrokken.⁷¹ Art. 7:545a lid 2 BW voorziet in een bewijslastverdeling tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener. Het is aan deze laatste om te bewijzen dat de betaalopdracht door de rekeninghoudende betaaldienstverlener van de betaler is ontvangen, dat de authenticatie en registratie juist zijn verlopen, en dat er geen technische storing is geweest of enig ander falen in verband met de uitvoering van de betaaldienst waarmee de betaalinitiatiedienstverlener is belast. Het doel van deze bepaling is de betreffende betaaldienstverlener verantwoordelijkheid te laten nemen voor het deel van de betalingstransactie waarover hij controle heeft.⁷²

Art. 7:545a lid 3 BW regelt de verhouding tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener. Blijkt dat de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk is, dan heeft de rekeninghoudende betaaldienstverlener ingevolge deze bepaling een regresvordering op de betaalinitiatiedienstverlener. De betaalinitiatiedienstverlener moet in een dergelijk geval zorg dragen voor onmiddellijke vergoeding aan de rekeninghoudende betaaldienstverlener van de door deze geleden verliezen of de door deze aan de betaler terugbetaalde bedragen. Zoals eerder opgemerkt wordt het risico dat de betaalinitiatiedienstverlener geen verhaal biedt hiermee bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener gelegd. Uit art. 7:526 lid 2 BW volgt dat art. 7:545a lid 1 en 3 BW in onderling verband en samenhang zo moeten worden gelezen dat het voor een betaler niet mogelijk is zijn betaalinitiatiedienstverlener rechtstreeks aan te spreken, en dat hij steeds verplicht is om

71. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 50.

72. MvT Implementatiewet PSD2, Kamerstukken II 2017/18, 34813, 3, p. 50.

zijn pijlen op de rekeninghoudende betaaldienstverlener te richten.⁷³

De hiervoor besproken aansprakelijkheidsregels laten onverlet het recht van de betaaldienstgebruiker op vergoeding van voor zijn rekening komende kosten en interesten (art. 7:545 BW) en aanvullende schadevergoeding op grond van de algemene regels van het verbintenissenrecht (art. 7:546 BW).

9.6 Regres op derden

Art. 7:547 BW voorziet in de mogelijkheid van regres op derden: indien de niet-uitvoering of de gebrekkige uitvoering van de betalingsactie kan worden toegerekend aan een andere betaaldienstverlener of een intermediair, vergoedt die betaaldienstverlener of intermediair de door de betaler of de begunstigde aansprakelijk gestelde betaaldienstverlener alle door hem geleden verliezen en betaalde bedragen. Het gaat daarbij zowel om uit hoofde van art. 7:528 BW in verband met niet-toegestane betalingstransacties betaalde vergoedingen als om uit hoofde van art. 7:543-545 BW in verband met niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties gedane betalingen.

9.7 Overmacht

Art. 7:548 BW bevat een (mijns inziens overbodige) omschrijving van wat bij de toepassing van de aansprakelijkheidsregels van titel 7B als overmacht heeft te gelden. Volgens de memorie van toelichting bij de Implementatiewet PSD1 is het wenselijk om dit punt niet aan de algemene regels van Boek 6 BW over te laten, nu het hier bepalingen betreft die in het kader van een Europese richtlijn moeten worden uitgelegd.⁷⁴ Van aansprakelijkheid is 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. De omstandigheden die in dit verband als overmacht hebben te gelden, zullen veelal omstandigheden zijn die ook in het kader van Boek 6 BW overmacht zouden opleveren. Men denke in dit verband aan internationale sanctiewetgeving die de uitvoering van betaalopdrachten ten gunste van in bepaalde landen gevestigde partijen verbiedt, maar ook aan invorderingsverplichtingen op grond van bijvoorbeeld belastingwetgeving, de Wet administratiefrechtelijke handhaving verkeersvoorschriften of het Wetboek van Strafvordering.

10 Samenvatting en conclusie

Als we kijken naar de civielrechtelijke regeling van de betalingstransactie in titel 7B van Boek 7 BW zoals die sinds de

inwerkingtreding van de Implementatiewet PSD2 luidt, zien we belangrijke wijzigingen ten opzichte van de situatie onder PSD1. Zo is het toepassingsbereik van titel 7B aanzienlijk vergroot. Bepaalde artikelen zijn nu ook van toepassing als niet alle betaaldienstverleners zich in de EU/EER bevinden en als het een betalingstransactie in de valuta van een niet-EU/EER-lidstaat betreft. Verder worden twee nieuwe betaaldiensten geïntroduceerd. Het betreft hier de betaalinitiatiedienst en de rekeninginformatiedienst. Daarnaast is betaaldienstverlening door een telecomprovider niet langer expliciet als een betaaldienst aangewezen.

De rekeninghoudende betaaldienstverleners zijn onder de nieuwe regels verplicht betaalinitiatiedienstverleners en rekeninginformatiedienstverleners toegang te verlenen tot de betaalrekening(en) van de betaaldienstgebruiker als de betaaldienstgebruiker daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd. Weliswaar is deze toegang met de nodige waarborgen omkleed, maar dat neemt niet weg dat de traditionele betaaldienstverleners moeten gehangen en gedogen dat deze nieuwe partijen betaalopdrachten kunnen initiëren met betrekking tot bij hen aangehouden rekeningen en over hun betaaldata kunnen beschikken. Opmerkelijk is dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener bij niet-toegestane en foutief uitgevoerde betalingstransacties waarbij een betaalinitiatiedienstverlener is betrokken, steeds het primaire en waarschijnlijk ook het exclusieve aanspreekpunt van de betaaldienstgebruiker is. De rekeninghoudende betaaldienstverlener moet de betaaldienstgebruiker eerst uit eigen middelen compenseren en vervolgens regres zien te nemen op de betaalinitiatiedienstverlener.

Over het geheel genomen is de regeling van titel 7B mijns inziens redelijk evenwichtig; dit niettegenstaande het feit dat de rekeninghoudende betaaldienstverleners gedwongen zijn te accepteren dat derde-betaaldienstverleners kunnen meeliften op de door de rekeninghoudende betaaldienstverleners gecreëerde infrastructuur. De aansprakelijkheidsregeling verdient echter geen schoonheidsprijs. Wat mij betreft wordt de betaaldienstgebruiker onnodig de mogelijkheid ontnomen om de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener ieder voor het geheel (hoofdelijk) aan te spreken en wordt het risico dat de derde-betaaldienstverlener uiteindelijk geen verhaal biedt te gemakkelijk bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener gelegd. Dat klemmt temeer omdat een rekeninghoudende betaaldienstverlener onder nieuwe regels verplicht is derde-betaaldienstverleners toegang te verlenen tot de betaalrekening. Uiteraard is dit een keuze die in Brussel is gemaakt en die de Nederlandse wetgever niet is aan te rekenen, althans niet in het stadium van de implementatie. Wat de Nederlandse wetgever wel is aan te rekenen, is dat hij, evenals het geval was bij de implementatie van PSD1, heeft gekozen voor een vrijwel letterlijke overname van de Nederlandse tekst van de richtlijn in titel 7B. Het gevolg is dat titel 7B een vreemde eend in de bijt van het Nederlandse BW is, en dat met name de regeling van aansprakelijkheid en regres

73. Zie voor meer mogelijke modaliteiten bij gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties en een gedetailleerde analyse van de aansprakelijkheidsverdeling tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener Godlieb 2016, p. 137-140.

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

onnodig ingewikkeld is opgeschreven en niet goed aansluit bij de elders in de wet geregelde gevallen.