

Aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties: wie betaalt de rekening?

*Prof. mr. W.A.K. Rank en mr. B.W. Wijnstekers**

1 Inleiding

De bepalingen over aansprakelijkheid van betaaldienstverleners voor niet-toegestane betalingstransacties, zoals eerder neergelegd in PSD1¹ en thans in PSD2² en geïmplementeerd in titel 7.7B BW, vormen een ingewikkelde combinatie van regels omtrent de vestiging van aansprakelijkheid, inclusief bewijsregels, en van regels inzake de inhoud en omvang van de schadevergoedingsverbintenis. 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. Omdat het relatief jonge wetgeving betreft, was er tot voor kort ook geen rechtspraak van de Hoge Raad of het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJ EU) die ons kon helpen om deze bepalingen in het juiste perspectief te plaatsen. Er is wel de nodige jurisprudentie van lagere rechters en van (de Commissie van Beroep van) Kifid over niet door de betaaldienstgebruiker gewilde betalingstransacties, maar deze jurisprudentie is – niet verrassend – nogal casuïstisch van aard en biedt om die reden weinig houvast.

Het is voor de rechtsontwikkeling dan ook bijzonder interessant dat er het afgelopen jaar twee voor de praktijk van de betaaldienstverlening belangrijke arresten zijn geweest. Het eerste arrest is een arrest van onze eigen Hoge Raad: HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749 (ING Bank/Van den Hurk). Het tweede is een arrest van het HvJ EU: HvJ EU 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:671 (DM en LR/CR-CAM). Wat deze arresten met elkaar gemeen hebben, is dat zij beide zien op de vraag wat de rechten van een betaaldienstgebruiker zijn indien ten laste van zijn rekening een betalings-

transactie plaatsvindt die als een ‘niet-toegestane’ betalings-transactie kan worden aangemerkt. Beide arresten worden in deze bijdrage besproken.³

Bij deze bespreking zal de meeste aandacht uitgaan naar het arrest van de Hoge Raad. Dit arrest heeft mogelijk grote gevolgen voor de Nederlandse praktijk op het gebied van betaaldienstverlening omdat het, althans in relatie tot consumenten, een eind lijkt te maken aan het sinds jaar en dag door betaaldienstverleners gehanteerde systeem van controle- en klachtplicht bij betalingstransacties. De uitspraak van het HvJ EU is om een andere reden belangrijk. Zij geeft duidelijk aan welke acties een betaaldienstgebruiker ten dienste staan bij een niet-toegestane betalingstransactie ten laste van zijn betaalrekening. Waar de positie van een betaaldienstverlener er met het arrest van de Hoge Raad zonder meer op achteruitgaat, gaat deze er met het arrest van het HvJ EU waarschijnlijk op vooruit.

Het artikel begint met een overzicht van het wettelijke en contractuele kader inzake niet-toegestane betalingstransacties (par. 2). Daarna komt het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021 aan bod (par. 3). Eerst volgt een beschrijving van de feiten die ten grondslag liggen aan het arrest en van de rechtsgang in feitelijke instanties in deze zaak. Vervolgens wordt het arrest van de Hoge Raad besproken en geanalyseerd. Ten slotte gaan wij kort in op de uitspraak van het HvJ EU (par. 4). Het artikel wordt afgesloten met een samenvatting en een conclusie (par. 5).

Beide zaken speelden onder het regime van de wetgeving zoals deze in Nederland (in de zaak die leidde tot HR 21 mei 2021) respectievelijk in Frankrijk (in de zaak die leidde tot HvJ EU 2 september 2021) luidde op basis van PSD1. Omdat de bepalingen waarom het in deze zaken gaat na de implementatie van PSD2 niet materieel zijn gewijzigd, proberen wij in dit artikel zo veel mogelijk een dubbelspoor te berijden en ook aandacht te besteden aan het recht zoals dat thans geldt op basis van

* Prof. mr. W.A.K. Rank is hoogleraar financieel recht aan de Universiteit Leiden, Of Counsel bij NautaDutilh te Amsterdam en redacteur van dit tijdschrift. Mr. B.W. Wijnstekers is advocaat bij NautaDutilh te Amsterdam.

1 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.

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 Het arrest van de Hoge Raad verscheen inmiddels ook in JOR 2021/210 met een noot van Wijnstekers en, na het concipiëren van het onderhavige artikel, in NJ 2021/310 met een noot van Tjong Tjin Tai.

PSD2. Dat komt erop neer dat, tenzij anders aangegeven, verwijzingen in het artikel naar bepalingen van het BW betrekking hebben op zowel de destijds geldende als de thans geldende bepalingen. Onze kennis van de Franse wetgeving is helaas ontoereikend om voor verwijzingen naar bepalingen van de *Code monétaire et financier* eenzelfde benadering te kunnen toepassen. Verwijzingen naar bepalingen van deze wet betreffen dan ook alleen de bepalingen zoals die golden onder het regime van PSD1.

2 Wettelijk en contractueel kader

2.1 Algemeen

De uitvoering van een betalingstransactie wordt beheerd door een tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener gesloten bijzondere overeenkomst. Deze overeenkomst – de betalingstransactieovereenkomst – wordt geregeld in titel 7B van Boek 7 BW en vormt de implementatie in het Nederlandse civiele recht van de desbetreffende bepalingen van PSD2 en eerder PSD1. De overeenkomst kan een incidentele betalings-transactie betreffen en daarmee een eenmalig karakter hebben. Meestal zal zij echter het karakter hebben van een raamovereenkomst en van toepassing zijn op meerdere of zelfs alle door de betaaldienstverlener voor de betaaldienstgebruiker uitgevoerde betalingstransacties en ook de verplichtingen en voorwaarden voor het aanhouden van een betaalrekening omvatten. De overeenkomst wordt in dat geval ook wel aangeduid als een overeenkomst van betaaldienstverlening of als een raamovereenkomst voor betaaldiensten. Titel 7.7B BW 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 consument is, is contractuele afwijking van een aantal specifiek genoemde wettelijke bepalingen mogelijk, ongeacht of deze afwijking ten nadele van de betaaldienstgebruiker is. Afwijking ten nadele van een consument behoort niet tot de mogelijkheden.⁴

2.2 Instemmingsvereiste

Voor een betalingstransactie is altijd instemming door de betaler vereist, zo bepaalt art. 7:522 BW. Dit artikel vormt de implementatie van eerst art. 54 PSD1 en thans art. 64 PSD2. De vereiste instemming wordt verleend overeenkomstig de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener afgesproken *vorm* en *procedure*.⁵ Bij het geven van betaalopdrachten wordt veelal ge-

bruik gemaakt van een betaalinstrument. Een betaalinstrument wordt in art. 7:514 onder g BW gedefinieerd als een gepersonaliseerd instrument of gepersonaliseerde instrumenten of het geheel van procedures, overeengekomen tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener, waarvan de betaaldienstgebruiker gebruik maakt om een betaalopdracht te initiëren. Vorm en procedure zijn met het verloop van de tijd veranderd. Waar in het verleden gebruik werd gemaakt van overschrijvingskaarten (vorm) waarop een bij de betaaldienstverlener bekende handtekening moest worden gezet en die per post naar de betaaldienstverlener moesten worden gestuurd (procedure), zijn vorm en procedure in de loop der jaren steeds digitaal geworden. Van telefonische overboekingen, via internetbankieren, waarbij moest worden ingelogd met een wachtwoord en speciale codes gebaseerd op een token, naar vandaag de dag zelfs een applicatie op de telefoon waarmee betaalopdrachten worden gegeven waarbij verificatie van de gebruiker plaatsvindt op basis van unieke biomedische gegevens (vingerafdruk of gezichtsherkenning).⁶ De vorm en procedure waarvan sprake was in de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021, waren minder modern: de cliënt van de bank maakte gebruik van overschrijvingskaarten en telefonische overboekingen. Verbazingwekkend is dit niet, als men voor ogen houdt dat de feiten in deze zaak zich ruim tien jaar geleden afspeelden.

2.3 Niet-toegestane betalingstransactie

Als de toestemming voor een betalingstransactie ontbreekt, is sprake van een niet-toegestane betalingstransactie (zie art. 7:522 lid 2 BW). Een niet conform de daarvoor overeengekomen vorm en procedures geïnitieerde of geacordeerde betalingstransactie geldt per definitie als een niet-toegestane betalingstransactie. Als de betaaldienstverlener niet slaagt in het leveren van het door art. 7:527 lid 1 BW vereiste bewijs – het bewijs dat de betalingstransactie is geauthenticeerd en juist is geregistreerd en geboekt, en niet door een technische storing of enig ander falen van de door hem aangeboden diensten is beïnvloed –, is het ontbreken van instemming gegeven.⁷ In dat geval is de betaaldienstverlener op grond van art. 7:528 BW in beginsel gehouden tot terugbetaling aan de betaler van het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie en herstel van de betaalrekening van de betaler in de oude toestand. Art. 7:528 BW vormt de implementatie van eerst art. 60 PSD1

⁴ Zie voor een algemene beschrijving van de civielrechtelijke regeling van de betalingstransactie zoals die sinds de inwerkingtreding van de Implementatiewet PSD2 luidt, R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer* (vierde druk), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 191-384, W.A.K. Rank, *Betalingstransactie*, in: H.N. Schelhaas e.a. (red.), *Bijzondere overeenkomsten* (Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 6), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 361-428, W.A.K. Rank, *Betalings-transacties onder PSD2*, MvV 2019, afl. 4, p. 107-123 en Rank, in: T&C BW 2021, p. 4891-5004, en in: T&C Vermogensrecht 2021, p. 1867-1980.

⁵ Zie over vormen en procedures Van Esch 2019, p. 249-268.

⁶ Zie over de ontwikkeling van het betalingsverkeer W.A.K. Rank, *Betalingsverkeersrecht in beweging*, in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 239-254 en J.A. Voerman, *Van moderne betaalmiddelen naar innovatieve betaaldiensten*, in: H.J. de Kluiver (red.), *100 jaar handelsrecht. Over heden, toekomst en verleden* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht' 2018), Zutphen: Uitgeverij Paris 2018, p. 255-265. Zie ook J.A. Voerman, *Betaaldiensten 2.0* (Financieel Juridische Reeks, deel 15), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 35 e.v. en E.J. van Praag, *PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem* (preadvies Vereniging voor Financieel Recht 2020) (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 169), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 173 e.v.

⁷ Zie bijv. Rb. Amsterdam 18 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7925.

en thans art. 73 PSD2. Authenticeren werd onder het regime van PSD1 in art. 7:514 onder a BW gedefinieerd als ‘het volgen van een procedure die de betaaldienstverlener in staat stelt het gebruik van het betaalinstrument te verifiëren, met inbegrip van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken’. Met de implementatie van PSD2 is deze definitie verruimd, zodat zij thans niet slechts betrekking heeft op het verifiëren van de validiteit van het gebruik van een betaalinstrument, maar ook op het verifiëren van de identiteit van de betaaldienstgebruiker.

2.4 *Zorgplicht betaaldienstverlener*

Is in de omgekeerde situatie – de situatie dat de juiste vorm en procedure zijn gevolgd – dan altijd sprake van een toegestane en dus van een, na correcte uitvoering door de betaaldienstverlener, onaantastbare betalingstransactie? Uit art. 7:527 lid 2 BW volgt al dat dit niet zonder meer het geval is. Volgens deze bepaling vormt de omstandigheid dat het gebruik van een betaalinstrument van de betaler door de betaaldienstverlener is geregistreerd niet noodzakelijkerwijs afdoende bewijs dat de betaler met de betalingstransactie heeft ingestemd of dat er sprake is van fraude of grove nalatigheid aan zijn zijde. In een dergelijk geval is ondersteunend bewijs nodig. Slaagt de betaaldienstverlener niet in dat bewijs, dan is sprake van een niet-toegestane betalingstransactie, met alle consequenties van dien.⁸ In de praktijk wordt in gevallen waarin de betalingstransactie wel conform de overeengekomen vorm en procedures is geïnitieerd of geaccordeerd, maar niet door de betaaldienstgebruiker is gewild, meestal een beroep gedaan op de (bijzondere) zorgplicht van de betaaldienstverlener in plaats van of naast een beroep op het ontbreken van instemming.⁹ Het betreft hier veelal gevallen waarin de betaaldienstgebruiker door oplichting of misleiding is bewogen tot het initiëren of accorderen van de betalingstransactie. De gedachte achter dergelijke vorderingen is dat de betaaldienstverlener de betalingstransactie niet had moeten uitvoeren op grond van de op hem rustende bijzondere zorgplicht. Toewijzing van de vordering is alleen aan de orde als de betaaldienstverlener reden had om aan te nemen dat de betalingstransactie niet door de betaaldienstgebruiker gewild was.¹⁰

2.5 *Uitzonderingen*

Op het voornoemde uitgangspunt van terugbetaling en herstel bij een niet-toegestane betalingstransactie bestaan verschillende uitzonderingen.

Eerste uitzondering

De betaaldienstgebruiker onderneemt niet snel genoeg actie. Op grond van art. 7:526 BW (welke bepaling eertijds strekte tot implementatie van art. 58 PSD1 en thans tot implementa-

tie van art. 71 lid 1 PSD2) moet een betaaldienstgebruiker die *bekend is* met een niet-toegestane betalingstransactie onverwijld, maar in ieder geval binnen dertien maanden na de valutadatum van de niet-toegestane betalingstransactie, melding daarvan doen aan de betaaldienstverlener. Bij gebreke daarvan vervalt zijn recht op terugbetaling en herstel van de rekening in de oude toestand. Deze strikte (verval)termijn is alleen van toepassing als de betaaldienstverlener aan de verplichting tot terbeschikkingstelling van de informatie betreffende de betalingstransactie heeft voldaan, bijvoorbeeld door toezending of online plaatsing van een rekeningafschrift.¹¹

Tot het hier te bespreken arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021 ging de praktijk uit van een geobjectieerd bekendheids criterium. Aangenomen werd dat de verplichting tot onverwijld melden ontstaat op de dag na de valutadatum van de debitering, althans op het moment van de debitering, althans op het moment waarop de betaaldienstgebruiker door de betaaldienstverlener over (de uitvoering van) de betalingsstransactie is geïnformeerd en dus met de debitering bekend kon zijn. Art. 7:526 BW sprak en spreekt van ‘onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum waarop zijn rekening is gedebiteerd’. Het woordje ‘onverwijld’ werd in de praktijk gerelateerd aan ‘na de valutadatum’, waarmee de dag na de valutadatum was gegeven als een mogelijk ontstaansmoment van de verplichting tot onverwijld melden. Omdat de valutadatum alleen aangeeft vanaf welk moment een debitering of een creditering wordt meegenomen in de berekening van rente over het saldo, ligt het in de rede dat hier met de valutadatum eigenlijk de boekdatum bedoeld wordt, derhalve de datum van de debitering.¹² De koppeling die in het artikel wordt gemaakt met het voldoen door de betaaldienstverlener aan zijn verplichting om de betaaldienstgebruiker omtrent (de uitvoering van) de betalingstransactie te informeren, wijst in de richting van een aanvang van de verplichting tot onverwijld melden op het moment waarop de betaaldienstgebruiker door de betaaldienstverlener over (de uitvoering van) de betalingstransactie is geïnformeerd.

Ook in de juridische literatuur werd uitgegaan van een geobjectieerd bekendheids criterium.¹³ De rechtspraak volgde eveneens de lijn dat de betaaldienstgebruiker verplicht was een niet-toegestane betalingstransactie onverwijld te melden vanaf het moment dat hij van de transactie op de hoogte is gesteld.¹⁴ Volgens de conclusie van A-G Vlas voor het arrest van de Hoge Raad is deze benadering ook in overeenstemming met de in Duitsland gevolgde benadering. De A-G merkt in dit verband op – onder verwijzing naar een gezaghebbende Duitse bron –

8 Aldus ook concl. A-G Vlas 13 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1081 voor HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749. Zie ook Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:522 BW, aant. 3.

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

10 Zie Van Praag 2020, p. 173-145 en de daar vermelde rechtspraak. Zie ook Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:522 BW, aant. 3.

11 Zie art. 59a-59c BGfo Wft, Kamerstukken II 2008/09, 31892, nr. 3, p. 37 (MvT Implementatiewet PSD1).

12 Vgl. art. 7:514 onder t BW.

13 Zie Van Esch 2019, p. 283 en Rank, in: T&C BW 2019, art. 7:526 BW, aant. 2.

14 Zie bijv. Rb. Haarlem 22 juli 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BJ6923, Rb. Alkmaar 28 oktober 2009, ECLI:NL:RBALK:2009:BK8469 en Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0467.

dat er in Duitsland van uit wordt gegaan dat de verplichting tot onverwijld melden ontstaat op het moment dat de betaaldienstgebruiker door de betaaldienstverlener omtrent (de uitvoering van) de betalingstransactie is geïnformeerd (conclusie, nr. 2.48).

A-G Vlas heeft echter de nodige twijfels over de juistheid van een geobjectiveerde benadering. In zijn conclusie wijst hij erop dat de Nederlandse tekst van art. 58 PSD1 – waarop art. 7:526 BW destijds was gebaseerd – spreekt van een betaaldienstgebruiker die zich *rekenschap geeft* van een niet-toegestane betalingstransactie. Zijns inziens wijst die terminologie op een subjectief bekendheidscriterium. Bij toepassing van een dergelijk criterium ontstaat de verplichting om een niet-toegestane betalingstransactie onverwijld te melden pas op het moment dat de betaaldienstgebruiker zich daadwerkelijk bewust is geworden van het plaatsvinden van deze transactie. Ook de in nr. 2.47 van de conclusie geciteerde Engelse, Franse en Duitse versies van art. 58 PSD1 wijzen in die richting. De koppeling die in art. 58 PSD1 en art. 7:526 BW wordt gelegd met het voldoen door de betaaldienstverlener aan zijn informatieverplichting – het sturen of beschikbaar stellen van rekeningoverzichten – wijst echter in de richting van een geobjectiveerde benadering. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat A-G Vlas in zijn conclusie aan de Hoge Raad heeft geadviseerd om hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU.¹⁵ De A-G verwijst daarbij naar art. 58 PSD1. Op grond van het gelijkkluidende art. 71 lid 1 PSD2 – dat thans de basis vormt voor art. 7:526 lid 1 BW – zou hetzelfde gelden.

Of de betaaldienstgebruiker verplicht is de aan hem verstrekte informatie actief te controleren, hangt af van het ontstaansmoment van de verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van onregelmatige transacties die op zijn rekening hebben plaatsgevonden. Gaat men ervan uit dat deze verplichting al ontstaat op de dag na de valutatdatum van de debitering of op het moment dat de rekening van de betaaldienstgebruiker is gedebiteerd, althans op het moment dat de betaaldienstgebruiker door de betaaldienstverlener omtrent de debitering is geïnformeerd, dan zal een betaaldienstgebruiker, op straffe van verval van zijn recht op terugbetaling en herstel van de rekening in de oude toestand, steeds alle door of namens zijn betaaldienstverlener aan hem gezonden of anderszins aan hem ter beschikking gestelde bevestigingen, rekeningafschriften, nota's en andere opgaven direct moeten controleren. Dit geldt ook voor opgaven die de betaaldienstgebruiker op digitale wijze ontvangt of die in een digitale omgeving aan hem ter beschikking worden gesteld. Gaat men ervan uit dat de verplichting tot onverwijld melden pas ontstaat zodra de betaaldienstgebruiker er daadwerkelijk mee bekend is geworden dat op zijn rekening onre-

gelmatige transacties hebben plaatsgevonden, dan is een actieve onderzoekplicht niet aan de orde.¹⁶

Een dergelijke actieve onderzoekplicht maakt al vele jaren deel uit van de rechtsverhouding tussen banken en hun cliënten. Wij wijzen in dit verband op de in de door alle banken gehanteerde Algemene Bankvoorwaarden (ABV) opgenomen verplichting voor de cliënt om de door de bank verstrekte of in een elektronische omgeving geplaatste opgaven (bevestigingen, specificaties, rekeningafschriften, waardestaten, nota's en andere overzichten) zo spoedig mogelijk te controleren. Deze verplichting staat in de huidige en stond in de vorige versie van de ABV in art. 19 (versies 2017 en 2009) en stond eerder in art. 12 (versie 1995). Op grond van diezelfde ABV wordt de cliënt geacht deze opgaven te hebben goedgekeurd als hij ze niet binnen dertien maanden heeft betwist. Deze bepaling staat in de huidige en stond in de vorige versie van de ABV in art. 20 (versies 2017 en 2009) en stond in het verleden in art. 14 (versie 1995).¹⁷ In de zaak die leidde tot het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021 waren een dergelijke controle- en klachtplicht (ook) uitgewerkt in de specifieke productvoorwaarden van de bank in kwestie.

Tweede uitzondering

Op grond van art. 7:524 lid 1 onder b BW (welke bepaling eertijds strekte tot implementatie van art. 56 lid 1 onder b PSD1 en thans strekt tot implementatie van art. 69 lid 1 onder b PSD2) moet de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener onverwijld in kennis stellen van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van een aan hem ter beschikking gesteld betaalinstrument of het niet-toegestane gebruik ervan.

Art. 56 lid 1 onder b PSD1 respectievelijk art. 69 lid 1 onder b PSD2 verplichten de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld te informeren 'wanneer hij zich rekenschap geeft' van het verlies, de diefstal of het misbruik. De woorden 'wanneer hij zich rekenschap geeft' ontbreken in art. 7:524 lid 1 onder b BW. Dat deed, wederom tot het wijzen van het arrest van de Hoge Raad van 21 mei 2021, in de praktijk de vraag rijzen of de verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van het verlies, de diefstal of het misbruik al ontstaat op het moment dat het verlies, de diefstal of het misbruik zich heeft voorgedaan, althans op het moment dat de betaaldienstgebruiker door de betaaldienstverlener omtrent de debitering van zijn rekening is geïnformeerd, of pas op het moment dat de betaaldienstgebruiker zich daadwerkelijk van het misbruik bewust is geworden. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat A-G Vlas op basis van het met het huidige art. 69 lid 1 onder b PSD2 overeenstemmende art. 56 lid 1 onder b PSD1 in

¹⁵ Zie concl. A-G Vlas 13 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1081 voor HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749. Zie ook Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:526 BW, aant. 2.

¹⁶ Aldus Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:526 BW, aant. 2. Zie in verschillende zin Hof Arnhem-Leeuwarden 21 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:CA0467 en CvB Kifid 15 juni 2020, 2020-027.

¹⁷ Zie over de ABV B.B. van der Burgh & B. Krijnen, Algemene Bankvoorwaarden 2017: modernisering in klare taal (Financieel Juridische Reeks, deel 9), Zutphen: Uitgeverij Paris 2017.

zijn conclusie aan de Hoge Raad voor het arrest van 21 mei 2021 heeft geadviseerd om ook hierover een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ EU.¹⁸

Derde uitzondering

Als sprake is van fraude, opzet of grove nalatigheid bij de verplichting tot veilig gebruik van het betaalinstrument, is een vergoedingsverplichting niet aan de orde. Op grond van art. 7:529 BW draagt de betaler alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien, indien deze zich hebben voorgedaan doordat hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk dan wel met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit hoofde van art. 7:524 BW niet is nagekomen. Of in een gegeven geval sprake is van grove nalatigheid is uiteraard in belangrijke mate afhankelijk van de feiten.¹⁹

2.6 Aanvullende schadevergoeding

Art. 7:528 lid 6 BW stelt buiten twijfel dat de omstandigheid dat de betaaldienstgebruiker aanspraak kan maken op terugbetaling en herstel in de oude toestand van zijn betaalrekening niet afdoet aan zijn eventuele recht op aanvullende schadevergoeding op grond van het recht dat van toepassing is op de betalingstransactieovereenkomst. Art. 7:528 lid 6 BW is ingevoerd in het kader van de implementatie van PSD2. Voordien bepaalde art. 7:528 lid 2 BW dat de terugbetalings- en herstelverplichting van art. 7:528 lid 1 BW gold onverminderd het recht op schadevergoeding uit hoofde van de algemene regels van overeenkomstenrecht. Dat betekent dat aanvullende schadevergoeding niet is uitgesloten als dit uit de overeenkomst tussen partijen voortvloeit of als daarvoor aanknopingspunten zijn in het algemene overeenkomstenrecht. Of aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener op basis van het gemene recht ook tot de mogelijkheden behoort als de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener niet overeenkomstig het bepaalde in art. 7:526 BW in kennis heeft gesteld van de niet-toegestane betalingstransactie, was tot het arrest van het HvJ EU van 2 september 2021 geen onderwerp van discussie. Uit het arrest kan worden opgemaakt dat dit waarschijnlijk niet mogelijk is, zoals wij hierna in paragraaf 4 zullen bespreken.

3 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749

3.1 Feiten

Deze zaak speelde in de verhouding tussen een particuliere cliënt en ING Bank in haar hoedanigheid van betaaldienstverlener. De cliënt bankierde al decennia bij ING Bank. Anders dan tegenwoordig (ook voor mensen op leeftijd) gebruikelijk is, maakte de cliënt geen gebruik van internetbankieren of van een door de bank ter beschikking gestelde betaalapplicatie op zijn mobiele telefoon. De cliënt hield bij de bank een betaalrekening aan met daaraan gekoppeld twee spaarrekeningen. De cliënt beschikte over zijn rekening door het opnemen van con-

tanten van zijn betaalrekening met behulp van zijn betaalpas en het doen van pintransacties. Overboekingen voerde de cliënt uit door gebruikmaking van overschrijvings- en acceptgirokaarten en door de (klantenservice van de) bank telefonisch te instrueren.

In 2010 verbleef de cliënt een langere periode (ongeveer een halfjaar) in het buitenland (Spanje). In die periode werd buiten hem om en zonder zijn toestemming een PayPal-account gekoppeld aan zijn bij de bank aangehouden betaalrekening. Toen de cliënt na thuiskomst zijn (papieren) bankafschriften controleerde, bemerkte hij dat tijdens zijn verblijf in het buitenland afschrijvingen van zijn betaal- en spaarrekeningen hadden plaatsgevonden voor een bedrag van ruim € 25.000 die hij niet zelf had geïnitieerd of geaccordeerd. De cliënt constateerde dat er overboekingen waren geweest van zijn spaarrekeningen naar zijn betaalrekening en dat er van zijn betaalrekening vervolgens in een groot aantal kleinere transacties een bedrag van ruim € 25.000 was overgeboekt. Daarbij was voor een aantal transacties gebruik gemaakt van de aan de betaalrekening gekoppelde PayPal-account. De andere overboekingen vonden telefonisch plaats via de klantenservice van de bank, nadat daartoe een aantal controlevragen was beantwoord.

De cliënt heeft zich vervolgens – binnen een maand na terugkomst van zijn reis en controle van zijn rekeningafschriften – tot de bank gewend. De cliënt stelde zich daarbij op het standpunt dat de overboekingen van zijn betaalrekening zonder zijn toestemming hadden plaatsgevonden en dat de bank gehouden was tot terugbetaling van de afgeschreven bedragen en herstel van zijn rekening in de oude toestand. De bank was daartoe niet bereid. Volgens de bank was geen sprake van niet-toegestane betalingstransacties, nu de onderliggende opdrachten conform de overeengekomen vorm en procedure waren gegeven. Zij achtte zich ook niet aansprakelijk, omdat naar haar oordeel de cliënt zijn rekeningafschriften niet tijdig had gecontroleerd en het misbruik van zijn rekening niet onmiddellijk had gemeld nadat hij dit had kunnen ontdekken. De cliënt besloot vervolgens de bank in rechte te betrekken.

3.2 Rechtsgang in feitelijke instanties

De cliënt dagvaardde de bank voor de rechtbank Amsterdam. Daarbij vorderde de cliënt terugbetaling van de afgeschreven bedragen en herstel van zijn rekening in de oude toestand. De bank voerde verweer tegen deze vordering. Daarbij beriep zij zich onder meer op de tussen haar en de cliënt overeengekomen voorwaarden, volgens welke de cliënt de rekeningafschriften direct na ontvangst moet controleren en de bank niet aansprakelijk is bij grove nalatigheid, zoals het niet onmiddellijk melden van misbruik nadat de cliënt dit had kunnen ontdekken.

Nadat de vorderingen van de cliënt bij vonnis van 21 juni 2017 waren afgewezen door de rechtbank,²⁰ stelde de cliënt appel in

18 Zie concl. A-G Vlas 13 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1081 voor HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749. Zie ook Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:524 BW, aant. 2.

19 Zie daarover Rank, in: T&C BW 2021, art. 7:529 BW, aant. 2.

20 Rb. Amsterdam 21 juni 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:4014.

bij het gerechtshof Amsterdam. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank en wees de vorderingen van de cliënt alsnog toe bij arrest van 8 oktober 2019.²¹ Daartoe overwoog het hof kort samengevat het volgende:

- De bewuste overboekingen kwalificeren als niet-toegestane betalingstransacties in de zin van art. 7:522 BW, ook al zijn ze door de bank geauthenticeerd als zijnde afkomstig van de cliënt.
- De cliënt heeft voldaan aan de in art. 7:524 en 7:526 BW neergelegde verplichting tot het onverwijld melden van het onrechtmatig gebruik van zijn betaalrekening door meteen nadat hij zich na thuiskomst uit Spanje bewust was geworden van het misbruik de bank daarvan op de hoogte te stellen.
- Van grove nalatigheid aan de zijde van de cliënt bij het gebruik van de aan hem ter beschikking gestelde betaalinstrumenten en/of het controleren van zijn rekeningafschriften in de zin van art. 7:529 BW is geen sprake.
- De voorwaarden van de bank dienen op grond van art. 7:550 BW buiten toepassing te blijven als de cliënt een consument is, voor zover deze voorwaarden inhouden dat reeds sprake is van grove nalatigheid wanneer de cliënt niet direct nadat hij het misbruik had behoren te ontdekken de bank daarvan op de hoogte heeft gesteld.

De bank stelde vervolgens cassatieberoep in bij de Hoge Raad tegen het arrest van het hof. Het arrest van de Hoge Raad wordt hieronder nader besproken. Daarbij komt ook aan de orde de aan het arrest voorafgaande conclusie van A-G Vlas. Deze strekte ertoe dat de Hoge Raad, alvorens verder te beslissen, het HvJ EU zou verzoeken over een aantal in de conclusie vervatte uitlegvragen uitspraak te doen. De Hoge Raad heeft deze suggestie echter naast zich neergelegd en de desbetreffende uitlegvragen zelf beantwoord.

3.3 Uitspraak Hoge Raad

Het cassatieberoep dat werd ingesteld door de in het hoger beroep in het ongelijk gestelde bank spitste zich toe op een aantal voor de bancaire praktijk belangrijke rechtsvragen.

Niet-toegestane betalingstransactie

De eerste vraag die de Hoge Raad moest beantwoorden, was of per definitie sprake is van een toegestane en dus niet voor rectificatie vatbare betalingstransactie indien de onderliggende betaalopdracht is gegeven overeenkomstig de tussen de betaler en de betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure en de betaaldienstverlener erin slaagt te bewijzen dat hij de betalingstransactie op deugdelijke wijze heeft geauthenticeerd. In r.o. 3.2.2 maakt de Hoge Raad korte metten met het standpunt van de bank dat een conform de overeengekomen vorm en procedure geïnitieerde of geaccordeerde betalingstransactie altijd als een toegestane betalingstransactie moet worden gekwalificeerd. De Hoge Raad wijst deze ‘digitale benadering’

van de hand en beroept zich daarbij op art. 7:529 BW. Volgens de Hoge Raad blijkt uit dat artikel dat ook sprake kan zijn van een niet-toegestane betalingstransactie ingeval een derde op onrechtmatige wijze, maar met toepassing van de overeengekomen vorm en procedure gebruik maakt van een betaalinstrument. De Hoge Raad verwijst in dit verband naar art. 7:529 BW, zoals dat voor de implementatie van PSD2 luidde op basis van art. 61 PSD1. Het huidige art. 7:529 BW en het daaraan ten grondslag liggende art. 74 PSD2 bevatten een soortgelijke en nagenoeg gelijkkluidende regeling. De Hoge Raad zou dan ook op basis van het thans geldende recht niet anders oordelen. Het bevreemdt overigens dat de Hoge Raad, anders dan A-G Vlas in zijn conclusie, niet (ook) wijst op art. 7:527 lid 2 BW, waaruit dit uitgangspunt al voortvloeit.

Verplichting tot onverwijld melding

De tweede vraag die aan de Hoge Raad werd voorgelegd, betrof het ontstaansmoment van de in art. 7:524 BW neergelegde verplichting voor de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener ‘onverwijld’ in kennis te stellen van het verlies, de diefstal of het onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument of van het niet-toegestane gebruik ervan respectievelijk het ontstaansmoment van de in art. 7:526 BW neergelegde verplichting van de betaaldienstgebruiker die bekend is met een niet-toegestane betalingstransactie om de betaaldienstverlener ‘onverwijld’ van deze betalingstransactie in kennis te stellen.

De Hoge Raad overweegt dat uit de tekst van art. 56 PSD1, waarop art. 7:524 BW destijds was gebaseerd, volgt dat de verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van niet-toegestaan gebruik van een betaalinstrument aanvangt op het moment dat de betaaldienstgebruiker (subjectieve) bekendheid heeft met de niet-toegestane betalingstransactie en dat art. 7:524 BW in dezelfde zin moet worden gelezen (zie r.o. 3.3.2). De beslissing van de Hoge Raad heeft betrekking op art. 7:524 BW, zoals dat luidde voor de implementatie van PSD2 op basis van art. 56 PSD1. Het huidige art. 7:524 BW en het thans daaraan ten grondslag liggende art. 69 PSD2 bevatten een soortgelijke en nagenoeg gelijkkluidende regeling. Het lijdt dan ook geen twijfel dat de Hoge Raad ook op basis van het huidige recht tot hetzelfde oordeel zou komen.

Volgens de Hoge Raad geldt het voorgaande op overeenkomstige wijze voor de in art. 7:526 BW neergelegde regel, die destijds was gebaseerd op art. 58 PSD1 en thans is gebaseerd op art. 71 lid 1 PSD2. De Hoge Raad leest in art. 58 PSD1 dat de verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener onverwijld van de niet-toegestane betalingstransactie in kennis te stellen aanvangt wanneer hij daarmee subjectieve bekendheid heeft verkregen, en oordeelt dat art. 7:526 BW op dezelfde wijze moet worden geïnterpreteerd. De eveneens in art. 58 PSD1 en art. 7:526 BW opgenomen dertienmaanden-termijn moet volgens de Hoge Raad worden begrepen als een additionele, algemeen geldende termijn, die aanvangt de dag

²¹ Hof Amsterdam 8 oktober 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:3612, JOR 2020/64 m.nt. Voerman.

na de valutadatum van de bewuste transactie (zie r.o. 3.3.3). De Hoge Raad verwijst in dit verband naar art. 7:526 BW, zoals dat luidde voor de implementatie van PSD2 op basis van art. 58 PSD1. Het huidige art. 7:526 lid 1 BW en het daaraan ten grondslag liggende art. 71 lid 1 PSD2 bevatten een soortgelijke en nagenoeg gelijklopende regeling. De Hoge Raad zou dan ook op basis van het thans geldende recht zeker tot eenzelfde oordeel komen.

Actieve controleplicht

De Hoge Raad wil niet weten van een (contractuele) verplichting voor de betaaldienstgebruiker om zijn rekeningafschriften direct na ontvangst te controleren, zo blijkt uit r.o. 3.3.4. Hij stelt voorop dat op grond van art. 7:550 BW niet ten nadele van de betaaldienstgebruiker die een consument is van het bepaalde in titel 7.7B BW kan worden afgeweken. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat noch PSD1, noch titel 7.7B BW voorziet in een verplichting voor de betaaldienstgebruiker om zijn rekeningafschriften direct na ontvangst te controleren. Het aanvaarden van een dergelijke controleplicht als een contractuele verplichting, althans het aanvaarden van het aan de niet-naleving van die verplichting te koppelen gevolg dat dan zonder meer sprake is van grove nalatigheid als bedoeld in art. 7:529 lid 2 BW, zou volgens de Hoge Raad met zich brengen dat de betaaldienstgebruiker zijn recht op rectificatie zou kunnen verliezen ingeval hij een niet-toegestane betalingstransactie niet onverwijld na ontvangst van zijn rekeningafschrift zou melden, maar pas na het (in voorkomend geval) latere ontstaan van subjectieve bekendheid met die transactie. Dat zou volgens de Hoge Raad in strijd zijn met art. 7:550 BW. Ook op dit punt zou de beslissing van de Hoge Raad op basis van het thans geldende recht niet anders hebben geluid.

Afwijkende contractvoorwaarden

De Hoge Raad is met het hof van oordeel dat een contractuele bepaling die de betaaldienstgebruiker verplicht om de opgaven van zijn betaaldienstverlener direct na ontvangst te controleren, op grond van art. 7:550 BW buiten toepassing dient te blijven indien de betaaldienstgebruiker een consument is, voor zover een dergelijke bepaling inhoudt dat (reeds) sprake is van grove nalatigheid wanneer de betaaldienstgebruiker niet direct nadat hij dat had behoren te ontdekken melding heeft gemaakt van verlies, diefstal of misbruik van een betaalinstrument (zie r.o. 3.3.5). Ook ten aanzien van dit punt geldt dat een beslissing op basis van het huidige, op PSD2 gebaseerde regime niet anders zou uitpakken.

3.4 Conclusie A-G Vlas

Zoals uit de conclusie voor het arrest blijkt en hiervoor in paragraaf 2.5 al kort is besproken, had A-G Vlas de nodige twijfels over de aanvangsmomenten van de verplichtingen tot onverwijld melden zoals neergelegd in art. 7:524 lid 1 onder b en art. 7:526 BW (zoals deze bepalingen luiden voor de implementatie van PSD2). Zijns inziens wijst de tekst van art. 7:524 lid 1 onder b BW op een geobjectiverd bekendheidscriterium, maar wijst de tekst van het onderliggende art. 56 lid 1 onder b

PSD1 op een subjectief bekendheidscriterium. Dat geldt zowel voor de Nederlandse versie als voor de in de conclusie geciteerde Engelse, Franse en Duitse versies van deze bepaling. Het feit dat de betaaldienstgebruiker volgens de tekst van art. 7:526 BW bekend moet zijn met de niet-toegestane betalingstransactie wijst volgens de A-G op een subjectief bekendheidscriterium. Dat geldt ook voor het onderliggende art. 58 PSD1, op grond waarvan de betaaldienstgebruiker zich daarvan rekenschap moet geven. Ook de in nr. 2.47 van de conclusie geciteerde Engelse, Franse en Duitse versies van art. 58 lid 1 PSD1 wijzen in die richting. De koppeling die in art. 58 PSD1 en art. 7:526 BW wordt gelegd met het voldoen door de betaaldienstverlener aan zijn informatieverplichtingen – het sturen of beschikbaar stellen van rekeningoverzichten – wijst volgens A-G Vlas echter in de richting van een geobjectiverde benadering. Daarnaast gingen ook de praktijk, de literatuur en de rechtspraak – volgens de conclusie van de A-G ook de Duitse literatuur en rechtspraak – uit van een geobjectiverd bekendheidscriterium. Om de gewenste duidelijkheid te verkrijgen moesten volgens A-G Vlas dan ook prejudiciële vragen worden gesteld aan het HvJ EU over de uitleg van art. 56 en 58 PSD1 (en daarmee dus indirect ook over de implementatie van deze bepalingen (en nog indirecter de op PSD2 gebaseerde bepalingen) in ons BW en de toepassing van bedoelde regels in Nederland).

De Hoge Raad heeft opmerkelijk genoeg geen enkele twijfel over de aanvangsmomenten van de meldingsplichten in art. 7:524 lid 1 onder b BW-oud en art. 7:526 BW-oud. Ons hoogste rechtscollege gaat zonder nadere overwegingen voorbij aan de suggestie van A-G Vlas om daarover prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU en beantwoordt de door de A-G opgeworpen uitlegvragen simpelweg zelf. Voor aanvang van de verplichting tot onverwijld melding is volgens de Hoge Raad vereist dat de betaaldienstgebruiker subjectieve bekendheid heeft met het misbruik respectievelijk de niet-toegestane betalingstransactie. De Hoge Raad sanctioneert ook het oordeel van het hof dat de door de bank gehanteerde voorwaarden – waarin stond dat (reeds) sprake is van grove nalatigheid wanneer de betaaldienstgebruiker niet direct nadat hij dat had behoren te ontdekken melding heeft gemaakt van verlies, diefstal of misbruik van een betaalinstrument – buiten toepassing dienden te blijven (zie r.o. 3.3.2-3.3.5). De Hoge Raad merkt in r.o. 3.3.3 wel dat voor niet-toegestane betalingstransacties ook een algemeen geldende, objectieve dertienmaandentermijn van toepassing is, te rekenen vanaf de valutadatum van de bewuste transactie.

Wat ons betreft zijn er goede gronden om te betogen dat de Hoge Raad, door het advies van de A-G om prejudiciële vragen te stellen niet te volgen, de 'Europese spelregels' op dit terrein met voeten heeft getreden. Volgens deze spelregels – in de weergave van Wissink – moet de hoogste nationale rechter prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU als de interpretatie van gemeenschapsrecht relevant is voor de beslissing van de zaak. Dat is slechts anders als over de juiste toepassing van het ge-

meenschapsrecht geen twijfel kan bestaan (*acte claire*) of als het gerezen punt reeds door het Hof is opgehelderd (*acte éclairé*).²² Om te beoordelen of er aanleiding is om een prejudiciële vraag te stellen, moet worden gekeken naar de eigen kenmerken van het Unierecht, de bijzondere moeilijkheden die de uitlegging ervan meebrengt, en het risico van verschillen in rechterlijke beslissingen binnen de EU.²³

Al heeft de Hoge Raad *in casu* wellicht gekozen voor een interpretatie die het meest met de letterlijke tekst van PSD1 in overeenstemming is, daarmee is nog niet gezegd dat er redelijkerwijs geen twijfel mogelijk was over de uitleg van de betreffende PSD1-bepalingen. Dat klemmt temeer nu er op basis van Nederlandse en Duitse literatuur en rechtspraak de nodige vragen waren te plaatsen bij de uitleg van de hier besproken bepalingen uit het BW en uit PSD1 (en daarmee ook uit PSD2). Zie de conclusie van A-G Vlas. Daarbij is het praktisch belang van een uniforme uitleg van de onderhavige bepalingen enorm groot. Op grond van het Cilfit-arrest was een verplichting tot het stellen van prejudiciële vragen daarmee al gegeven. Het Cilfit-arrest verplicht de nationale hoogste rechter immers om het HvJ EU te consulteren als er serieuze twijfel mogelijk is omtrent de uitleg van een Europese regeling en het risico bestaat op verschillende rechterlijke uitspraken in verschillende EU-lidstaten. Door het HvJ EU niet te benaderen heeft de Hoge Raad willens en wetens het risico aanvaard dat in andere EU-lidstaten een andere uitleg aan deze bepalingen wordt gegeven. In een recent arrest heeft het HvJ EU geoordeeld dat een beslissing van de nationale hoogste rechter om niet te verwijzen naar het HvJ EU moet worden gemotiveerd aan de hand van de in het Cilfit-arrest genoemde criteria.²⁴ Die uitspraak is weliswaar van later datum dan het arrest van de Hoge Raad en bovendien van bestuursrechtelijke aard, maar dat neemt niet weg dat een motivering waarom de Hoge Raad gemeend heeft voorbij te kunnen gaan aan het stellen van prejudiciële vragen node wordt gemist.

3.5 Commentaar en consequenties voor de toekomst

In ons vermogensrecht is voor de bekendheid met verklaringen voldoende dat een verklaring de persoon heeft bereikt tot wie de verklaring is gericht. Daadwerkelijke bekendheid met de inhoud van die verklaring door de persoon tot wie die verklaring is gericht, is niet vereist, zo volgt uit art. 3:37 lid 3 BW.²⁵ Die geobjectiveerde bekendheid ziet vooral op de werking van de verklaring en daarmee op de totstandkoming van rechtshandelingen. In geval van verval, bekorting of inperking van vermogens- en procesrechtelijke rechten wordt in de regel (en naar onze opvatting steeds meer) daadwerkelijke of subjec-

tieve bekendheid van de benadeelde vereist. Wij wijzen op de uitspraak van de Hoge Raad van 9 oktober 2020 over het aanvangsmoment van de (korte) verjaringstermijn bij een op schadevergoeding gebaseerde vordering in geval van een ondeugdelijk fiscaal advies.²⁶ De Hoge Raad oordeelde – in lijn met eerder gewezen uitspraken²⁷ – dat de verjaring onder omstandigheden niet gaat lopen zolang de benadeelde door een gebrek aan kennis of inzicht niet in staat is om de deugdelijkheid van de prestatie te beoordelen.

Hoe moet de hier door ons besproken uitspraak in dit spectrum van uitersten worden gezien? Los van het feit dat sprake is van wetgeving gebaseerd op (consumentbeschermende) Europese richtlijnen, is de uitspraak van de Hoge Raad op zijn zachtst gezegd opmerkelijk te noemen. De geldende rechtsopvatting in Nederland (en, volgens de conclusie van de A-G, in Duitsland) was dat voor de goedkeuring van betalingstransacties – en daarmee voor de onaantastbaarheid van de transactie – mocht worden aangesloten bij (de combinatie van) de boeking van de betalingstransactie én de (opvolgende) mededeling daarvan door de betaaldienstverlener aan de betaaldienstgebruiker, waarbij op de betaaldienstgebruiker de verplichting kwam te rusten om van die informatie kennis te nemen. Met de hier besproken uitspraak van de Hoge Raad lijkt daarvan geen sprake meer. Voor het ontstaan van de in art. 7:524 en 7:526 BW neergelegde verplichtingen tot onverwijld melding van misbruik of een niet-toegestane betalingstransactie bij de betaaldienstverlener vereist de Hoge Raad dat sprake is van subjectieve bekendheid met het misbruik of de niet-toegestane betalingstransactie bij de betaaldienstgebruiker. Dat betekent dat als een betaaldienstgebruiker zich niet bewust is van het feit dat zijn pinpas is gestolen en dat daarmee geld is opgenomen bij een gelduitgifteautomaat, bijvoorbeeld doordat die betaaldienstgebruiker zijn papieren of elektronische rekeningafschriften niet controleert, de betaaldienstgebruiker in beginsel niets hoeft te melden en dat zijn recht op terugbetaling en herstel van zijn rekening in de oude toestand daardoor niet in gevaar komt.

Dat betekent echter niet dat de betaaldienstgebruiker het per definitie tot dertien maanden na de valutadatum ‘in zijn macht’ heeft om een betaaldienstverlener te nopen een niet-toegestane betalingstransactie ongedaan te maken. Is binnen de termijn van dertien maanden bij de betaaldienstgebruiker sprake van subjectieve bekendheid met de niet-toegestane betalingstransactie, dan moet hij immers wel degelijk onverwijld melden. Niet-melden betekent dan dat hij zijn recht op rectificatie verspeelt. Ook is het mogelijk dat er sprake is van grove nalatigheid in de zin van art. 7:529 BW, in welk geval de betaaldienstgebruiker om die reden geen aanspraak kan maken op schadevergoeding. In het ergste geval blijft er rechtson-

22 Zie M.H. Wissink, Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2001, p. 14 en 347-350.

23 HvJ EU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335 (Cilfit).

24 HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:799, JB 2021/179 m.nt. J. Krommendijk (Consortio Italian Management/Rete Ferroviaria Italiana).

25 Asser/Sieburgh 6-I 2020/388. Zie over art. 3:37 lid 3 BW en de bewijslastverdeling bij een beroep op dat artikel HR 14 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ4104, NJ 2013/391 (Centavos/Stichting Nieuwenhuis).

26 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, JOR 2020/302 m.nt. Strijbos.

27 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552 (Mispelhoef c.s./Staat) en HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, JOR 2013/106 m.nt. Van der Wiel (Van de Steeg/Rabobank).

zekerheid bestaan voor een termijn van maximaal dertien maanden na de valutadatum. Dat is een lange termijn, die mogelijk negatieve consequenties heeft voor de bewijspositie van de betaaldienstverlener en de mogelijkheid om verhaal te nemen op een voor het misbruik verantwoordelijke derde. Het is wel een termijn die al sinds jaar en dag in de ABV te vinden was. Nadien zijn in beginsel geen rectificaties meer mogelijk (zoals ook volgt uit het hierna te bespreken arrest van het HvJ EU van 2 september 2021).

De uitspraak kan naar onze mening wel worden gezien als een stevige breuk met de bestaande praktijk. Sinds jaar en dag gaan de ABV, die in samenspraak met consumentenorganisaties zijn opgesteld, ervan uit dat op betaaldienstgebruikers een (afdwingbare) verplichting rust om door de betaaldienstverlener ter beschikking gestelde opgaven over uitgevoerde transacties zo spoedig mogelijk te controleren. In de meest recente versie van de ABV (zie art. 19 ABV 2017) is deze verplichting tot controle van (samengevat) 'rekeningafschriften' zo medium-neutraal mogelijk opgeschreven, zodat deze zich ook uitstrekt tot door middel van 'internetbankieren' en applicaties ter beschikking gestelde (transactie)informatie. De bepaling leek daarmee toekomstbestendig. Voornoemde als onderzoekplicht te kwalificeren verplichting, die tot de uitspraak van de Hoge Raad in Nederland onomstreden leek,²⁸ lijkt met die uitspraak verleden tijd.

Voor nu zal de praktijk het met deze uitspraak moeten doen. De toekomst zal uitwijzen in hoeverre tussen de NVB en consumentenorganisaties afspraken kunnen worden gemaakt over voorwaarden die in lijn zijn met deze uitspraak en PSD2.

4 HvJ EU 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:671

4.1 Feiten

In deze Franse zaak heeft Caisse régionale de Crédit agricole mutuel (CRCAM) een rekening-courantkrediet verstrekt aan Groupe Centrale Automobiles (GCA), waarvoor LR borg stond en hoofdelijk aansprakelijk was. Nadat CRCAM het krediet had opgezegd en geen terugbetaling van GCA had weten te verkrijgen, heeft zij LR als borg in rechte aangesproken tot betaling. LR verweerde zich tegen deze vordering met de stelling dat CRCAM onrechtmatig had gehandeld door zonder toestemming van GCA ten laste van het krediet overschrijvingen ten gunste van derden te verrichten en dat het bedrag van deze overschrijvingen in mindering moest worden gebracht op het van LR gevorderde bedrag.

4.2 Rechtsgang in feitelijke instanties

Nadat een rechtbank zich in eerste aanleg over de zaak had gebogen, kwam de zaak in hoger beroep bij het gerechtshof van Aix-en-Provence. Dit hof oordeelde dat de betwistingen van LR niet-ontvankelijk waren, omdat LR de in art. L. 133-24

van de Franse Code monétaire et financier neergelegde termijn van dertien maanden om deze overschrijvingen te betwisten, niet had nageleefd. Volgens dit artikel, dat de implementatie in het Franse recht betreft van het toenmalige art. 58 PSD1, het huidige art. 71 PSD2, en dat het Franse equivalent vormt van art. 7:526 BW, moet de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum van de debitering kennisgeven van een niet-toegestane betalingstransactie, op straffe van verval van zijn recht op rectificatie, tenzij de betaaldienstverlener hem niet omtrent de uitvoering van de betalingstransactie heeft geïnformeerd. Indien de betaaldienstgebruiker deze kennisgeving doet, heeft hij op grond van art. L. 133-18 van diezelfde Code monétaire et financier, welk artikel strekte tot implementatie van art. 60 PSD1, thans art. 73 PSD2, en dat het Franse equivalent vormt van art. 7:528 BW, recht op terugbetaling van het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie en herstel van zijn rekening in de oude toestand. Bij gebreke van een melding binnen de gestelde termijn kon LR volgens het hof niet in zijn eis worden ontvangen.

LR ging vervolgens in cassatie bij het *Cour de Cassation*, de Franse Hoge Raad. Hij betoogde daar dat de omstandigheid dat art. L. 133-18 van de Code monétaire et financier voorziet in een regeling van de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener bij niet-toegestane betalingstransacties er niet aan in de weg staat dat de betaaldienstverlener op grond van dezelfde feiten op basis van het gemene recht aansprakelijk wordt gesteld wegens een tekortkoming in de nakoming van zijn contractuele verplichtingen, meer in het bijzonder zijn zorgvuldigheidsplicht, met name wanneer de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener niet binnen dertien maanden na de valutadatum van de debitering omtrent het plaatsvinden van de niet-toegestane betalingstransactie heeft geïnformeerd.

4.3 Uitspraak Cour de Cassation

Naar aanleiding van het beroep in cassatie heeft het Cour de Cassation een tweetal prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. Het Cour de Cassation wenste allereerst te vernemen in hoeverre art. 58 en 60 lid 1 PSD1 eraan in de weg staan dat een betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener aansprakelijk kan stellen op basis van een andere aansprakelijkheidsregeling dan de regeling gebaseerd op deze richtlijnbevestigingen, wanneer de betaaldienstgebruiker zijn in art. 58 PSD1 bepaalde 'kennisgevingsverplichting' niet is nagekomen, dat wil zeggen de op de betaaldienstgebruiker rustende verplichting een niet-toegestane betalingstransactie onverwijld en uiterlijk binnen dertien maanden na de valutadatum van die transactie te melden bij de betaaldienstverlener. Met de tweede prejudiciële vraag wenste het Cour de Cassation van het HvJ EU te vernemen of, als de eerste vraag bevestigend zou worden beantwoord, ook de borg van een betaaldienstgebruiker een dergelijke beperking tegen zich zou moeten laten gelden.

²⁸ Een eerste aanzet voor wijziging van dit uitgangspunt kan mogelijk worden gezien in CvB Kifid 15 juni 2020, nr. 2020-027.

4.4 Uitspraak HvJ EU

In lijn met de conclusie van A-G Saugmandsgaard Øe²⁹ beantwoordt het HvJ EU de eerste prejudiciële vraag aldus, dat de op art. 58 en 60 PSD1 gebaseerde regeling ‘exclusief’ werkt (r.o. 30-52). Indien de betaaldienstgebruiker niet binnen dertien maanden melding maakt van de niet-toegestane betalings-transactie, vervalt het recht om op andere gronden (feitelijk) rectificatie te bewerkstelligen, bijvoorbeeld door een op het gemene recht gebaseerde schadevergoedingsvordering. Volgens het HvJ EU beoogt PSD1 maximumharmonisatie en is er daarom geen ruimte (meer) voor een ‘parallele aansprakelijkheidsregeling voor hetzelfde feit’ (r.o. 41-42). Volgens het HvJ EU zou een dergelijke parallele aansprakelijkheidsregeling ook in strijd zijn met de rechtszekerheid (r.o. 48). Het HvJ EU beantwoordt de tweede prejudiciële vraag aldus, dat genoemde artikelen zich er niet tegen verzetten dat de borg van een betaaldienstgebruiker zich beroept op de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener onder het gemene recht om het bedrag van de gewaarborgde schuld te betwisten (r.o. 53-69). Het belangrijkste argument daarvoor is dat de bepalingen van de richtlijn zich nu eenmaal richten tot de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener, en dat de borg van de betaaldienstgebruiker daarbuiten staat.

4.5 Commentaar en consequenties voor de toekomst

De vraag is nu wat de consequenties van deze uitspraak zijn voor de Nederlandse praktijk. Wij begrijpen de uitspraak van het HvJ EU zo, dat in het geval van een niet-toegestane betalingstransactie de regeling van art. 7:526 e.v. BW exclusieve werking heeft, met name waar het de kennisgevingsverplichting betreft. Dat betekent volgens ons echter niet dat acties uit wanprestatie of onrechtmatige daad in het geheel niet meer mogelijk zijn. In gevallen waarin de betalingstransactie wel conform de overeengekomen vorm en procedures is geïnitieerd of geaccordeerd, maar niet door de betaaldienstgebruiker is gewild – bijvoorbeeld omdat hij door oplichting of misleiding is bewogen tot het initiëren of accorderen van de betalingstransactie –, zal ons inziens nog steeds een beroep kunnen worden gedaan op de (bijzondere) zorgplicht van de betaaldienstverlener in plaats van of naast een beroep op het ontbreken van instemming. Naar onze mening zal voor de ontvanke-lijkheid van een dergelijke vordering echter wel moeten zijn voldaan aan de in de richtlijn(en) neergelegde kennisgevingsverplichting. Aanvullende financiële compensatie op grond van de overeenkomst van partijen of het algemene overeenkomstenrecht zoals thans voorzien in art. 7:528 lid 6 BW, en voor de implementatie van PSD2 art. 7:528 lid 2 BW, blijft ons inziens eveneens tot de mogelijkheden behoren, zolang maar voldaan is aan de kennisgevingsverplichting. Wij wijzen er in dit verband op dat het oude art. 7:528 lid 2 BW de implementatie vormde van art. 60 lid 2 PSD1, dat het huidige art. 7:528 lid 6 BW de implementatie vormt van art. 73 lid 3 PSD2, en dat het HvJ EU in de uitspraak ook geen aandacht schenkt aan deze artikelen.

5 Conclusie

Het afgelopen jaar zijn twee voor de praktijk van de betaaldienstverlening belangrijke arresten geweest. Het eerste arrest is een arrest van onze eigen Hoge Raad: HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749. Het tweede is een arrest van het HvJ EU: HvJ EU 2 september 2021, ECLI:EU:C:2021:671. Wat deze arresten met elkaar gemeen hebben, is dat zij beide zien op de vraag wat de rechten van een betaaldienstgebruiker zijn indien ten laste van zijn rekening een betalingstransactie plaatsvindt die als een ‘niet-toegestane’ betalingstransactie kan worden aangemerkt.

Uit het arrest van de Hoge Raad blijkt dat de wettelijke verplichting van de betaaldienstgebruiker om een niet-toegestane betalingstransactie onverwijld te melden, op straffe van verlies van zijn recht op rectificatie, pas ingaat op het moment dat de betaaldienstgebruiker subjectieve bekendheid heeft met de niet-toegestane betalingstransactie. De Hoge Raad wil niet weten van een contractuele verplichting van de betaaldienstgebruiker om de opgaven van zijn betaaldienstverlener direct na ontvangst te controleren en is van oordeel dat een contractuele bepaling die de betaaldienstgebruiker daartoe verplicht, en aan de niet-naleving van die verplichting het gevolg verbindt dat er per definitie sprake is van grove nalatigheid van de betaaldienstgebruiker, buiten toepassing dient te blijven als de betaaldienstgebruiker een consument is. Naar ons oordeel betreft het hier een uitspraak met grote gevolgen voor het door betaaldienstverleners gehanteerde systeem van controle- en klachtplicht bij de uitvoering van betalingstransacties. Ons inziens had de Hoge Raad ook niet voorbij mogen gaan aan de suggestie van A-G Vlas in zijn conclusie voor het arrest om prejudiciële vragen te stellen aan het HvJ EU over het ingangsmoment van de verplichting tot onverwijld melden.

Uit het arrest van het HvJ EU blijkt dat de PSD-bepalingen over de verplichting tot onverwijld melden en terugbetaling en herstel bij een niet-toegestane betalingstransactie eraan in de weg staan dat een betaaldienstgebruiker een betaaldienstverlener aansprakelijk kan stellen op basis van een andere aansprakelijkheidsregeling dan de regeling in de PSD-bepalingen wanneer de betaaldienstgebruiker de verplichting tot onverwijld melding niet is nagekomen. Wat ons betreft brengt deze beslissing meer duidelijkheid over de verhouding tussen de verschillende aansprakelijkheidsregimes, al had het HvJ EU op bepaalde punten nog wel iets explicieter kunnen zijn.

²⁹ Concl. A-G Saugmandsgaard Øe 8 juli 2021, ECLI:EU:C:2021:564.