

Voorstel herziene richtlijn betaaldiensten en toegang tot de betaalrekening

Betalingsinitiatie- en rekeninginformatiediensten gereguleerd

mr. J.A. Voerman*

1. Inleiding

Geef uw pincode nooit aan anderen! Met deze zin waarschuwen de Nederlandse banken al jaren tegen betaalfraude. Op grond van de Algemene Bankvoorwaarden is de rekeninghouder ook verplicht zorgvuldig met persoonlijke pin- en toegangscodes om te gaan en deze geheim te houden voor andere personen.¹ Aan dit alles ligt ten grondslag dat uitsluitend de rekeninghouder toegang moet hebben tot zijn betaalrekening, maar dit uitgangspunt is inmiddels achterhaald. Er zijn dienstverleners actief die tussen de betaler en de bank staan. Hun diensten kunnen zo ver gaan dat namens de betaler een betalingsopdracht wordt geïnitieerd. Deze nieuwe werkelijkheid is voor de Europese Commissie aanleiding geweest om in het - deze zomer gepubliceerde - voorstel voor de herziene richtlijn betaaldiensten regels voor te stellen voor zogenoemde betalingsinitiatie- en rekeninginformatiediensten.² Deze bijdrage bespreekt de voorgestelde aanpassingen. Het accent ligt daarbij op de toegang tot de betaalrekening. De overige voorgestelde wijzigingen van de richtlijn betaaldiensten blijven buiten beschouwing. De oorspronkelijke richtlijn³ zal worden aangeduid als PSD (de afkorting van Payment Services Directive) en het commissievoorstel voor de PSD II als Richtlijnvoorstel.

2. Het veranderende betaallandschap

2.1 Betaalmethoden

Betalen kan op veel manieren. Uitgaande van een aankoop in een normale winkel kan contant, met debet- of creditkaarten of met elektronisch geld worden afgerekend. Ook zijn er winkels die inmiddels virtueel geld, zoals Bitcoin, accepteren. Mobiele betalingen (m-betalingen) zijn ook sterk in opkomst. Bij de plaats van aankoop (Point of Sale ofwel PoS) kan dan met een speciale betaalpas of met een smartphone via *Near Field Communication* (NFC) technologie worden afgerekend. De betaalpas of smartphone communiceert 'op afstand' met de betaalterminal in de winkel, waarna de betaling via de reguliere (kaart)betalingssystemen wordt afgewikkeld. Eén stap verder gaat 'cloud-based' betalen. Met de smartphone wordt toegang verkregen tot een digitale wallet 'in the cloud' waarmee een (credit)kaartbetaling kan worden geïnitieerd of met e-money kan worden afgerekend. Voor betalingen bij online-aankopen (e-betalingen) zijn er in hoofdzaak drie betaalmethoden. De eerste betreft een trans-

actie met een betaalkaart (vaak creditkaart) die op afstand wordt uitgevoerd. De tweede manier is via online bankieren. De betaler wordt naar zijn eigen online bankomgeving geleid en kan dan opdracht geven voor een betaling. Het Nederlandse iDEAL is daar een voorbeeld van. De derde manier is via de digitale wallet. Met bijvoorbeeld een e-money account (zoals PayPal) kan opdracht worden gegeven de PayPal-account van de winkelier (hierna: de merchant) ten laste van de PayPal-account van de klant te crediteren met het aankoopbedrag. De rol van de betaalrekening bij de bank is daarbij beperkt tot het voeden van de e-money account en het laten terugstorten (en opnemen) van een tegoed. De werkelijke betalingstransacties gaan buiten de bank om.

2.2 De spelers

Tot zover lijkt het betaallandschap betrekkelijk overzichtelijk. Ook de spelers zijn eenvoudig aan te wijzen. Het gaat om klanten en merchants die rekeningen bij banken aanhouden. Ook zijn er de grote internationale kaartsystemen zoals Visa en Mastercard. Daarnaast bestaan eveneens grote aanbieders van e-money (zoals het al genoemde PayPal). Er is echter een andere, belangrijke, groep spelers. Het betreft de niet-bancaire betaaldienstverleners. Zij verlenen diensten aan betaaldienstgebruikers (de betaler en/of de merchant). Het gaat daarbij om een intermediaire rol.

In het algemeen wordt onderscheid gemaakt tussen distributie en collecting betaaldienstverleners. Een distributie betaaldienstverlener biedt alleen een betaalplatform aan met daarop een pallet aan verschillende betaalmethoden (zoals bijvoorbeeld iDEAL, eenmalige incasso, de 'normale' bank-

* Mr. J.A. Voerman is advocaat te Amsterdam.

1. Art. 21 lid 1 Algemene Bankvoorwaarden 2009.
2. Voorstel van de Europese Commissie voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2013/36/EU en 2009/110/EG en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, Brussel, 24.7.2013, COM(2013) 547 final.
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 tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG, *PbEU* 2007 L 319/1.

overschrijving, creditcard en PayPal). Het voordeel voor de merchant is dat hij niet individueel met de aanbieders van de diverse betaalmethoden hoeft te onderhandelen. Formeel komen de overeenkomsten niettemin wel tussen de merchant en de diverse aanbieders tot stand. Betalingen lopen ook niet via de betaaldienstverlener, maar worden rechtstreeks op de eigen rekening(en) van de merchant bijgeboekt. Ook de stroom van informatie vloeit direct naar de merchant. Dit betekent dat de merchant zijn eigen cashmanagement en reconciliatie (het op elkaar afstemmen van ontvangen bedragen met openstaande posten) moet doen.⁴ Een collecting betaaldienstverlener doet meer. Er wordt betaald aan de betaaldienstverlener die de gelden voor de merchant verzamelt en vervolgens op grond van in een raamovereenkomst gemaakte afspraken, al dan niet via een stichting derdengelden, doorbetaalt. Deze laatste categorie heeft in Nederland in ieder geval een vergunning van De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) nodig voor het uitoefenen van het bedrijf van betaaldienstverlener.⁵ Een niet-bancaire vergunninghoudende betaaldienstverlener wordt in de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) aangeduid als betaalinstantie.⁶ De groep niet-bancaire betaaldienstverleners is echter ruimer. Het betreft alle partijen die op een of andere manier in de betaalketen een dienst verlenen ten behoeve van het tot stand komen van (online) betalingstransacties. Die dienst kan op zich zelf ook weer als betaalmethode wordt aange-merkt. Een voorbeeld daarvan is het Duitse SofortÜberweisung (hierna: Sofort). Met Sofort kan een klant online een opdracht invoeren voor een betaling ten laste van zijn eigen betaalrekening. Zo op het eerste gezicht lijkt Sofort op het Nederlandse iDEAL. Er zijn echter verschillen.

2.3 iDEAL versus Sofort

Bij iDEAL wordt de klant doorgeleid naar zijn eigen online bankomgeving. Na de identificatie komt er een directe beveiligde verbinding tussen de computer van de klant en zijn bank tot stand. De betalingsopdracht voor de bestelling staat 'klaar' en dat is de enige opdracht die de klant kan geven. Na goedkeuring van de betaalopdracht, wordt het bedrag direct van de rekening van de koper geboekt. De merchant krijgt bericht dat de transactie succesvol is en kan tot levering overgaan. De iDEALbetaling is een onherroepelijke betaling en wordt door de bank van de betaler (de issuing bank) aan de bank van de begunstigde (de acquiring bank) gegarandeerd. Deze bank garandeert de betaling vervolgens aan de begunstigde (de merchant of collecting betaaldienstverlener). De merchant of de collecting betaaldienstverlener ontvangt de girale bijschrijving binnen één à twee werkdagen op zijn betaalrekening.⁷

In het geval van Sofort is er een partij die tussen de koper en zijn bank staat. Wanneer de klant een betaalopdracht geeft, voert hij in feite zijn persoonlijke gegevens in op de site van Sofort die vervolgens de gegevens weer invult in de online bankomgeving van de klant. Sofort verricht daarbij handelingen namens de klant bij de bank en krijgt daartoe van de klant ook de beschikking over zijn persoonlijke (geheime) gegevens.⁸ De diensten die Sofort en vergelijkbare partijen aanbieden, worden doorgaans aangeduid als overlay services.

Het bestaan van overlay services was voor DNB aanleiding op 15 oktober 2009 al een persbericht te versturen waarin DNB aangeeft ernstige bezwaren te hebben.⁹ Volgens DNB gaat het om nieuwe internetbetaaldiensten die een doorbreking vormen van de beveiliging van bestaande internetban-

kierentoeepassingen. Het is van groot belang dat de klant zijn gegevens geheim houdt en niet aan derden verstrekt, aldus DNB.

3. Third party providers: betalings-initiatie- en rekeninginformatiediensten

Partijen als Sofort worden wel aangeduid als *third party providers* ofwel TPPs. Zolang een TPP niet zelf over gelden (van klanten of merchants) komt te beschikken, noch één van de diensten verricht als genoemd in de bijlage bij de PSD, heeft een TPP thans geen vergunning nodig. De diensten van een TPP kunnen betrekking hebben op het initiëren van betaalopdrachten (de *payment initiation services*) zoals bij een overlay dienst. Het kan echter ook (mede) gaan om diensten ten aanzien van rekeninginformatie (de *account information services*). Een dergelijke dienst kan er eenvoudigweg uit bestaan dat wordt aangegeven of er voldoende saldo is (een ja/nee antwoord dus) om een betaalopdracht uit te voeren. Meer omvattende informatie is ook mogelijk, zoals de hoogte van het banksaldo of zelfs het verloop op een betaalrekening. De TPP kan bijvoorbeeld ook ten aanzien van een klant alle informatie van één of meer betaalrekeningen bij één of meer banken bundelen en er een budgetplanner van maken.

Berndsen en Van Oudheusden van DNB gaan in een paper nader in op wat zij x-payments noemen.¹⁰ Zij definiëren x-payments als de stroom van informatie, ongeacht het kanaal, tussen een koper en een merchant bij een verkoop op afstand die er uiteindelijk op gericht is een betaling ten laste van de rekening van de koper ten gunste van die van de merchant te realiseren. Berndsen en Van Oudheusden stellen voorop dat een merchant niet noodzakelijkerwijs een real-time bankontvangst wil hebben, voordat hij tot levering overgaat, maar dat een garantie van een derde partij ten aanzien van de betaling voldoende is. Vervolgens geven zij aan welke niveaus van informatie die derde partij van de bank van de koper zou willen ontvangen. Het eerste niveau is of de koper een rekening bij een bank aanhoudt (*identification*). Op het tweede niveau wordt aangegeven dat de koper een rechtmatige rekeninghouder is (*authentication*). Het derde niveau houdt in dat de koper voldoende tegoed of krediet heeft voor het transactiebedrag (*verification*). Bij het vierde niveau wordt aangegeven dat het transactiebedrag is geblokkeerd op de rekening van de koper (*reservation*). Ten slot-

4. Zie publicatie VBIN: 'Betaalinstellingen en Elektronisch-geldinstellingen. Wat zijn dat?', te vinden via www.vbin.nl.

5. Art. 2:3a Wft.

6. Art. 1:1 Wft.

7. Aldus de eigen beschrijving van iDEAL op <http://www.ideal.nl/acceptant/?s=wat>; zie ook de brochure 'Algemene Toelichting, Rules & Regulations iDEAL' van Currence IDEAL B.V., versie 3.3, januari 2012.

8. Zie Study on the impact of directive 2007/64/EC on Payment Services in the Internal Market and on the Application of Regulation (EC) No 924/2009 on cross-border payments in the Community, een onderzoeksrapport van London Economics en iff in samenwerking met PaySys, februari 2013, p. 4.

9. Te vinden via www.dnb.nl.

10. R.J. Berndsen en D. van Oudheusden, 'A Dual Consent Approach for x-payments', 18 april 2012, ook te vinden via www.dnb.nl.

te geeft het vijfde niveau aan dat de betaling ten laste van de rekening van de koper is geboekt (*final settlement*). Aan deze informatieniveaus kan de derde partij vervolgens garanties koppelen die in sterkte toenemen naarmate het informatieniveau hoger is.

Toegang tot de betaalrekening, althans tot rekeninginformatie, kan dus worden gebruikt om merchants betalingsgaranties te bieden. Vanzelfsprekend zal de TPP daarvoor een vergoeding (een fee) vragen, maar deze is volgens de Europese Commissie beduidend lager dan de fees die betaald moeten worden voor creditkaartbetalingen. De Commissie baseert zich daarbij op de cijfers in Nederland. Geëxtrapoleerd zou dat de merchants volgens de Commissie in Europa een besparing kunnen opleveren van minimaal € 863 miljoen tot € 3.520 miljoen.¹¹

Interessant is nog of aanbieders van een betalingsinitiatief- of rekeninginformatiedienst als een afwikkelonderneming in de zin van het - thans nog aanhangige - wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2014 kunnen worden aangemerkt. Een afwikkelonderneming in de zin van het wetsvoorstel is degene die afwikkeldiensten aanbiedt, waaronder de werkzaamheid gericht op het doorzenden door een ander dan een aanbieder van communicatienetwerken van verzoeken die betrekking hebben op de goedkeuring van betaalopdrachten.¹² De aanbieder van een betalingsinitiatiefdienst lijkt onder deze ruime definitie te kunnen vallen. Volgens de Nota naar aanleiding van het verslag wordt het verlenen van betaaldiensten aan eindgebruikers in het voorliggende wetsvoorstel echter niet als een afwikkeldienst gezien. Het verlenen van deze diensten leidt er volgens de nota dus niet toe dat betaalinstanties en banken worden gekwalificeerd als afwikkelondernemingen.¹³ Naar mag worden aangenomen zal dit voor TPPs niet anders zijn.

4. Dual consent?

4.1 Groenboek Europese Commissie

De Europese Commissie publiceerde op 11 januari 2012 een groenboek over het bereiken van een geïntegreerde markt voor kaart-, internet- en mobiele betalingen.¹⁴ De Commissie gaat onder meer in op informatie over de beschikbaarheid van middelen. Voorop wordt gesteld dat in veel bedrijfsmodellen voor betalingsdiensten voorafgaande informatie over de beschikbaarheid van middelen – noodzakelijk voor de machtiging en/of betalingsgarantie van een specifieke betalingstransactie – een sleutelement is. De Commissie constateert dan dat banken als bewaarders van de bankrekening een ‘poortwachtersfunctie’ vervullen, die de levensvatbaarheid van veel nieuwe betalingsdiensten bepaalt. Zelfs bij toestemming van de rekeninghouder kan een bank weigeren een andere betaaldienstverlener toegang tot die informatie te verlenen, aldus het groenboek. De Commissie acht dergelijke weigeringen in bepaalde gevallen op zich wel rechtvaardig. Dit vanwege het belang van veilige betalingen en vertrouwen in het betalingssysteem in het algemeen en het feit dat banken aan toezicht onderworpen zijn. De Commissie ziet echter ook dat dit een ongewenste belemmering kan betekenen voor de opkomst van veilige en efficiënte alternatieve betalingsoplossingen.

4.2 Kabinetsreactie op het groenboek

Het Nederlandse kabinet reageerde op het groenboek.¹⁵ Vanwege de risico's toont Nederland zich voorstander van Europese afspraken over voorwaarden voor toegang tot

(informatie met betrekking tot saldi van) de betaalrekening. In elk geval is volgens het kabinet noodzakelijk dat zowel de consument zelf als de betaaldienstverlener waar de betaalrekening wordt aangehouden, toestemming aan derden geeft voor toegang tot (informatie die betrekking heeft op) die rekening. Het kabinet bepleit daarmee een *dual consent* model. Voor de relatie tussen de betaaldienstverlener en de bank betekent dit dat er in feite een (aansluit)overeenkomst tot stand moet komen. Volgens het kabinet zouden daarin in ieder geval afspraken moeten worden gemaakt over (i) aansprakelijkheden en (ii) een gebruiksvergoeding voor de bank.

4.3 DNB en EBF

DNB heeft zich ook duidelijk uitgesproken voor het *dual consent* model. In de toelichting van 23 mei 2012 bij de al genoemde paper van Bernds en Van Oudheusden zegt DNB voor een brede klasse van betalingen op het internet een *dual consent* benadering toe te willen passen. Deze tweevoudige toestemming geeft de klant volgens DNB zekerheid dat zijn bank de betaaldienstverlener kent, de communicatie plaatsvindt via goed beveiligde kanalen en er een contract is gesloten waarin onder andere aansprakelijkheden zijn vastgelegd. DNB acht het ook redelijk dat banken voor de toegang een kleine vergoeding ontvangen van betaaldienstverleners omdat de bij de bank aanwezige (rekening)informatie economisch waardevol is. In april 2013 publiceerde DNB in samenwerking met de Consumentenbond, Currence, de Nederlandse Vereniging van Banken en Thuiswinkel.org de ‘Position paper on the issue of access of the payment account’ waarin ook het *dual consent* wordt bepleit.¹⁶

Ongeveer een week vóór publicatie van het Richtlijnvoorstel kwam de European Banking Federation (de EBF) ook met een position paper.¹⁷ Weinig verrassend is dat de Europese belangenbehartiger van de banksector, met verwijzing naar de position paper van DNB c.s., ook voorstander is van het *dual consent* model.

4.4 Bankenlobby sterk genoeg?

Met de genoemde position papers is de toon gezet. Naar mag worden aangenomen, zal er in Brussel ook goed zijn gelobbyd om het *dual consent* model in het Richtlijnvoorstel te krijgen. De belangen van de banksector zijn ook groot. Los van op zich terecht opgeworpen thema's als veiligheid, privacy en verdeling van aansprakelijkheden, gaat het ook om de verdeling van de koek. Banken zien dat TPPs voor

11. Impact Assessment van de Europese Commissie bij het Richtlijnvoorstel, Brussel, 24.7.2013, SWD(2013) 288 final, (hierna: Impact Assessment), p. 224.
12. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 2, p. 1.
13. *Kamerstukken II* 2012/13, 33 632, nr. 6, p. 3.
14. Groenboek Europese Commissie, ‘Naar een geïntegreerde Europese markt voor kaart-, internet- en mobiele betalingen’, Brussel, 11.1.2012, COM(2011) 941 definitief.
15. Aangeboden aan de Tweede Kamer bij brief van de minister van Financiën van 7 maart 2012, Referentie FM/2012/353 M.
16. Ook te raadplegen via www.dnb.nl.
17. EBF Position Paper on Payment Account Access Service: Innovation and security should go hand in hand, EBF_002582, 16 July 2013, te raadplegen via www.ebf-fbe.eu.

hun dienstverlening *fees* van merchants ontvangen terwijl 'gratis' gebruik wordt gemaakt van de systemen van de banken. Dat geeft voeding voor het idee dat de banken wel de lasten, maar niet de lusten hebben van hun (continue) investeringen. Betrek daarbij dat de consument zijn betaalrekening ook steeds meer gebruikt om alleen nog maar salaris te ontvangen, om daarna bijvoorbeeld meteen een PayPal-account te funden, dan is duidelijk dat het business model van de banken wat betreft de retailkant ernstig wordt bedreigd (zeker in het licht van teruglopende inkomsten uit kaartbetalingen). Of de bankenlobby sterk genoeg is gebleken, wordt hierna besproken.

5. PSD II - Richtlijnvoorstel

5.1 PSD

De PSD is op 13 november 2007 tot stand gekomen. De implementatiedatum voor de lidstaten was 1 november 2009. In Nederland heeft implementatie onder meer in de Wft en het Burgerlijk Wetboek (nieuwe titel 7.7B) plaatsgevonden. De limitatieve beschrijving van het begrip betaaldiensten is te vinden in de bijlage bij de PSD. Het gaat onder meer om de uitvoering van betalingstransacties op een betaalrekening bij de betaaldienstverlener van de gebruiker of een andere betaaldienstverlener, zoals de uitvoering van (eenmalige) automatische incasso's, transacties via een betaalkaart of de uitvoering van overmakingen.

Volgens het register van DNB zijn er op dit moment 36 in Nederland gevestigde vennootschappen met een vergunning om als betaalinstituut diensten te verlenen. In Nederland zijn overigens veel meer betaalinstituten actief. Betaalinstituten uit andere lidstaten kunnen in Nederland actief zijn nadat zij hun eigen toezichthouder kennis hebben gegeven van het voornemen in Nederland actief te willen zijn.¹⁸

5.2 Aanleiding voor herziening

De Commissie wijst er op dat sinds de totstandkoming van de PSD in 2007 de markt van de retailbetalingen grote technische innovaties heeft gezien, met de snelle toename van het aantal elektronische en mobiele betalingen en de opkomst van nieuwe soorten betalingsdiensten in de markt.¹⁹ Deze ontwikkelingen stellen de wet- en regelgeving voor grote uitdagingen. Ook omdat talrijke innoverende betalingsproducten of -diensten (grotendeels) buiten het toepassingsgebied van de PSD vallen, is er rechtsonzekerheid, zijn er potentiële veiligheidsrisico's in de betaalketen en bestaat een gebrek aan consumentenbescherming op sommige gebieden. De Commissie constateert verder dat innoverende en gebruiksvriendelijke digitale betalingsdiensten daardoor maar moeilijk ingang konden vinden.²⁰

Overweging 18 gaat nader in op TPPs die betalingsinitiatiediensten aanbieden. Als voordelen worden genoemd dat deze diensten de e-commercebetalingen vergemakkelijken, een goedkoop alternatief voor kaartbetalingen zowel voor handelaren als voor consumenten bieden en consumenten een mogelijkheid bieden ook zonder creditkaart online te winkelen. Omdat deze TPPs niet onder toezicht vallen, zegt de overweging verder dat dit een reeks juridische vragen opwerpt, onder meer op het gebied van aansprakelijkheid en gegevensbescherming. De nieuwe voorschriften in de PSD II moeten hierop een antwoord bieden.

5.3 Uitbreiding reikwijdte PSD

Eén van de wijzigingen is dat TPPs die betalingsinitiatie- en rekeninginformatiediensten aanbieden, onder het toepassingsgebied van de PSD worden gebracht. Deze TPPs moeten een vergunning hebben of geregistreerd zijn. Om dat te bereiken wordt een nieuwe categorie (punt 7) werkzaamheden aan de bijlage bij de PSD toegevoegd. Het betreft 'op toegang tot betaalrekeningen gebaseerde diensten die worden verricht door een betaaldienstverlener die niet de rekeninghoudende betaaldienstverlener is in de vorm van (i) betalingsinitiatiediensten of (ii) rekeninginformatiediensten'. De PSD zal daarmee onderscheid gaan maken tussen rekeninghoudende betaaldienstverleners en andere betaaldienstverleners. Ook introduceert het Richtlijnvoorstel het begrip 'derde betaaldienstverlener'. Hiermee worden de betaaldienstverleners bedoeld die de in punt 7 van de bijlage bedoelde werkzaamheden verrichten.

In art. 4 Richtlijnvoorstel worden de begrippen betalingsinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten nader uitgewerkt. Een 'betalingsinitiatiedienst' is een door een derde betaaldienstverlener aangeboden betaaldienst die toegang biedt tot een betaalrekening, waarbij de betaler actief betrokken kan zijn bij de initiatie van de betaling of de software van de derde betaaldienstverlener, of waarbij de betaler of de begunstigde betaalinstrumenten kunnen gebruiken om de gegevens van de betaler door te geven aan de rekeninghoudende betaaldienstverlener. Een 'rekeninginformatiedienst' is een betalingsdienst waarbij aan een betalingsdienstgebruiker geconsolideerde en gebruikersvriendelijke informatie wordt verstrekt over een of meer betaalrekeningen die de betalingsdienstgebruiker aanhoudt bij een of meer rekeninghoudende betaaldienstverleners.

6. PSD II en toegang tot de betaalrekening

6.1 Kernartikel

Art. 58 van het Richtlijnvoorstel regelt de toegang van de TPP tot betaalrekeningen.²¹ Het eerste lid stelt voorop dat de lidstaten er voor zorgen dat een betaler het recht heeft via een TPP betalingsdiensten af te nemen op basis van de in punt 7 van de bijlage bij de PSD bedoelde toegang tot betaalrekeningen. In het tweede lid wordt meer in het bijzonder aangegeven waartoe een TPP is verplicht wanneer de betaler hem heeft toegestaan betalingsdiensten aan te bieden. Een TPP dient er ten eerste voor te zorgen dat de gepersonaliseerde beveiligingskenmerken van de betalingsdienstgebruiker niet voor andere partijen toegankelijk zijn. Een TPP dient zich ten tweede op ondubbelzinnige wijze bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener(s) van de rekeninghouder te authenticeren. Of de TPP bij elke transactie zijn identiteit bekend moet maken, blijkt niet duidelijk uit het Richtlijnvoorstel. Ten derde mag een TPP geen gevoelige betalingsgegevens of gepersonaliseerde beveiligingsgegevens van de betalingsdienstgebruiker opslaan.

18. Art. 2:106a Wft met daarin nadere voorwaarden.

19. Overweging 2 Richtlijnvoorstel.

20. Ook overweging 2 Richtlijnvoorstel.

21. Art. 59 Richtlijnvoorstel voorziet in toegang tot en gebruik van rekeninginformatie door een derde uitgever van betaalinstrumenten. PayFair is een voorbeeld van een dergelijke uitgever.

Het derde en vierde lid zien op de positie van de rekeninghoudende betaaldienstverlener. Volgens het derde lid stelt de rekeninghoudende betaaldienstverlener bij een betalingsinitiatiedienst de TPP onmiddellijk van de ontvangst van de betalingsopdracht in kennis indien deze via een TPP wordt ontvangen en verstrekt hij de TPP informatie over de beschikbaarheid van voldoende financiële middelen voor de desbetreffende betalingsopdracht. Hieruit lijkt te volgen dat de TPP zich wel per transactie dient te authenticeren. Anders is voor de rekeninghoudende betaaldienstverlener niet duidelijk of hij bij een betalingsopdracht tegenover een TPP verplichtingen heeft. Op grond van het vierde lid is de rekeninghoudende betaaldienstverlener verplicht betalingsopdrachten die via de diensten van een TPP worden gegeven, qua termijn en prioriteit niet anders dan betalingsopdrachten die de betaler zelf rechtstreeks geeft, tenzij er objectieve redenen zijn om deze ongelijk te behandelen.

In het Richtlijnvoorstel blijft staan dat de betalingsdienstgebruiker, zodra hij een betaalinstrument ontvangt, in het bijzonder alle redelijke maatregelen neemt om de veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken ervan te waarborgen. Nieuw is de bepaling dat de zorgvuldigheidsplichten van de betalingsdienstgebruikers geen beletsel vormen voor het gebruik van de in het kader van deze richtlijn toegestane betaalinstrumenten en betalingsdiensten.²² Op deze manier wordt het mogelijk gemaakt om persoonsgegevens aan een TPP te verstrekken.

6.2 Dual consent?

Art. 58 van het Richtlijnvoorstel stelt dus aan de ene kant het recht voorop van een rekeninghouder om betalingsdiensten via een TPP af te nemen. Aan de andere kant is de rekeninghoudende betaaldienstverlener verplicht betalingsopdrachten die via een TPP binnenkomen in beginsel te behandelen als opdrachten die de rekeninghouder zelf geeft. Is daarmee nu gegeven dat het Richtlijnvoorstel het *dual consent* model verwerpt?

In de tekst van de richtlijnbevestigingen zelf, noch in de overwegingen is terug te vinden dat ook de rekeninghoudende betaaldienstverlener toestemming moet geven. Uit de Impact Assessment blijkt dit een bewuste keuze van de Commissie te zijn. Bij de beschrijving van de mogelijke regimes voor toegang tot de betaalrekening wordt het *dual consent* model bewust niet omarmd.²³ Volgens de Commissie laat dit model de uiteindelijke beslissing om toegang te verstrekken bij de rekeninghoudende betaaldienstverleners en niet bij de klant. Het kan daarom nog steeds een potentiële barrière opleveren voor markttoegang omdat het rekeninghoudende betaaldienstverleners de mogelijkheid geeft overeenkomsten te weigeren of bijzondere voorwaarden te eisen (bijvoorbeeld een significante vergoeding vergelijkbaar aan de merchantfees voor kaarttransacties). Om deze redenen kiest de Commissie voor (alleen) het onder toezicht brengen van TPP's en niet voor het *dual consent* model.

6.3 Instemming betaler

6.3.1 PSD

De mogelijkheid van TPP's om betalingstransacties te initiëren, noodzaakt tot wijziging van de regels ten aanzien van toegestane betalingstransacties. In de PSD is al opgenomen dat een betalingstransactie pas als toegestaan wordt aangemerkt indien de betaler heeft ingestemd met de uitvoering van de betalingsopdracht. Ook is bepaald dat de instemming

om een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties te doen uitvoeren, wordt verleend in de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener overeengekomen vorm.²⁴

6.3.2 Ook via begunstigde

Het Richtlijnvoorstel voegt ten eerste toe dat de instemming ook direct of indirect via de begunstigde kan worden verleend.²⁵ Deze toevoeging is op zich logisch omdat een betalingstransactie in de PSD is gedefinieerd als een door de betaler of de begunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen, terwijl art. 62 PSD, dat onder omstandigheden een recht op terugbetaling toekent, ook al verwijst naar een 'door of via een begunstigde geïnitieerde betalingstransactie'.²⁶ Nu de begunstigde ook de betalingstransactie kan initiëren, ligt het voor de hand dat in PSD II uitdrukkelijk wordt opgenomen dat de instemming ook via de begunstigde kan worden verleend. Wel kan worden afgevraagd wat wordt bedoeld met een *indirecte* verlening via de begunstigde. Vermoedelijk wordt hier rekening gehouden met een TPP die in opdracht van de begunstigde een betaalopdracht bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener indient. In dat geval wordt de instemming indirect via de begunstigde verleend.

6.3.3 Ook via TPP

De definitie van betalingstransactie in het Richtlijnvoorstel wijzigt overigens iets. Toegevoegd wordt dat het ook om een namens de betaler geïnitieerde handeling kan gaan.²⁷ Deze wijziging zal verband houden met de TPP die betalingstransacties namens de betaler kan initiëren. Op die situatie ziet tevens de tweede toevoeging in art. 57 lid 2 Richtlijnvoorstel. Aan het slot van die bepaling is opgenomen dat de instemming wordt geacht te zijn verleend wanneer de betaler een TPP toestaat de betalingstransactie bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener te initiëren. Deze toevoeging vergt meer aandacht. Niet duidelijk is namelijk of hier sprake is van een weerlegbaar vermoeden met als gevolg dat de betaler moet en kan bewijzen jegens de rekeninghoudende betaaldienstverlener dat de instemming ontbrak. Of gaat het hier om een onweerlegbaar vermoeden? De Engelse tekst van het Richtlijnvoorstel spreekt over 'shall also be considered given'. Dit wijst meer op een onweerlegbaar vermoeden. Ten tweede is relevant dat de instemming wordt geacht te zijn verleend wanneer de betaler een TPP toestaat een betalingstransactie te initiëren. De vraag die dan actueel wordt, is op welke manier de betaler een TPP kan 'toestaan' een betalingsopdracht te initiëren. Het Richtlijnvoorstel hult zich op dat punt in stilzwijgen.

22. Art. 61 lid 2 Richtlijnvoorstel.

23. Impact Assessment, p. 63.

24. Art. 54 lid 2 PSD.

25. Art. 57 lid 2 Richtlijnvoorstel.

26. Art. 62 PSD wordt ook wel zo uitgelegd dat er sprake is van 'via een begunstigde' als er in een winkel met een betaalkaart wordt betaald. Van een door de betalingsbegunstigde gegeven betaalopdracht is bijvoorbeeld sprake bij een machtiging voor een automatische incasso die door de betaler aan de betalingsbegunstigde wordt gegeven. Zie R.E. van Esch, *Giraal Betalingsverkeer; Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2011, p. 188.

27. Art. 4 onder 5 Richtlijnvoorstel.

6.3.4 Toestaan?

Iets 'toestaan' kent vele variaties. Het kan een expliciete verklaring zijn, maar bijvoorbeeld ook volgen uit andere handelingen (of zelfs bestaan uit een niet-handelen).²⁸ Vanuit dat perspectief zou het enkele gebruik maken van de diensten van een TPP voor een betalingstransactie al voldoende kunnen zijn om tot (het vermoeden van) instemming te komen. Wanneer wordt bedacht dat de merchant een (raam)overeenkomst met een TPP aangaat en de TPP dus in feite diensten voor de merchant verricht, kan worden afgevraagd of de TPP toch niet een meer of minder expliciet akkoord van de betaler moet verlangen. Het alleen invoeren van de bankgegevens met daarna de authenticatiegegevens is aan de magere kant, hoewel op grond van art. 37 lid 2 Richtlijnvoorstel de lidstaten er voor moeten zorgen dat in het geval van betalingsinitiatiediensten de TPP de betaler informatie over de aangeboden dienst en zijn contactgegevens verstrekt. De bescherming van de betaler zit dus kennelijk in de informatieverstrekking. In de Engelse tekst van het Richtlijnvoorstel wordt overigens het woord 'authorises' gebruikt. Dit lijkt toch wat meer uit te gaan van een expliciete toestemming. Duidelijkheid op dit punt is in het belang van alle partijen, maar vooral ook in het belang van de banken vanwege het voorgestelde aansprakelijkheidsregime. Het risico wordt namelijk in eerste instantie bij de banken gelegd (zie 7 hierna).

7 Aansprakelijkheid bij niet-toegestane transacties

7.1 Uitgangspunt

De PSD neemt tot uitgangspunt dat in geval van een niet-toegestane betalingstransactie, de betaaldienstverlener onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetaalt en, in voorkomend geval, de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd, herstelt in de toestand zoals die geweest zou zijn mocht de niet-toegestane betalingstransactie niet hebben plaatsgevonden.²⁹ In het Richtlijnvoorstel blijft dit uitgangspunt ongewijzigd. Wel is nog toegevoegd dat de lidstaten er ook voor moeten zorgen dat de valutadatum van de creditering van de betaalrekening van de betaler uiterlijk de datum is waarop het bedrag was gedebiteerd.³⁰

7.2 Anders bij betrokkenheid TPP?

Wanneer een TPP betrokken is, ligt het niet zonder meer voor de hand dat de primaire aansprakelijkheid bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener ligt. Betoogd kan worden dat de TPP er voor moet instaan dat de betaler zijn instemming met de betalingstransactie heeft verleend en dat bij gebreke van instemming, de TPP er voor moet zorgen dat de rekening van de betaler wordt gecrediteerd. Bij betrokkenheid van een TPP lijkt art. 64 lid 1 Richtlijnvoorstel de bewijslast dat een transactie is toegestaan ook vooral bij de TPP neer te leggen.³¹ Daarbij speelt ook dat, naar mag worden aangenomen, het voor de TPP eenvoudiger is de gelden terug te halen. Denk vooral aan die gevallen waarin de TPP ten onrechte gelden aan een bij hem aangesloten merchant heeft uitbetaald. De overeenkomst tussen de TPP en de merchant zal er meestal in voorzien dat de TPP een betaling kan terugdraaien. Wanneer het gaat om een collecting TPP kan er zelfs ook nog verrekening plaatsvinden met het eventuele saldo dat de TPP voor de merchant aanhoudt (terwijl sommige TPPs juist voor die gevallen ook een bepaald reserve-

bedrag - een rolling reserve - onder zich houden). Overigens gaat een en ander natuurlijk niet op voor malafide TPPs die met geld en al met de Noorderzon vertrekken, maar voor dergelijke partijen moet het toezichtregime de veiligheidsklep zijn.

7.3 Lijn Commissie

Het Richtlijnvoorstel legt het risico niettemin toch primair bij de banken. De eerste volzin van het tweede lid van art. 65 Richtlijnvoorstel bepaalt dat bij betrokkenheid van een TPP de rekeninghoudende betaaldienstverlener het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetaalt en de betaalrekening in voorkomend geval crediteert met het bedrag dat was gedebiteerd. In zoverre maakt het dus niet uit of de betalingsopdracht door de betaler of via een TPP wordt geïnitieerd. Is de opdracht niet toegestaan, dan draait de rekeninghoudende betaaldienstverlener daarvoor in eerste instantie op. Wellicht is vanuit het oogpunt van consumentenbescherming de gedachte geweest dat de betaler makkelijker bij zijn eigen bank terecht kan dan bij een online TPP (die mogelijk ook nog in een andere lidstaat is gevestigd), maar zeker ook wanneer banken niet eens een aansluitingsovereenkomst met de TPP kunnen afsluiten waarin nadere afspraken over aansprakelijkheid en regres zijn gemaakt, is deze risicoverdeling voor de banken een hard gelag. De tweede volzin van het tweede lid van art. 65 Richtlijnvoorstel, waarin is bepaald dat in een dergelijke situatie een financiële compensatie van de TPP aan de rekeninghoudende betaaldienstverlener van toepassing kan zijn, maakt dat niet veel anders. Tenzij natuurlijk daarmee de mogelijkheid voor de lidstaten wordt opengelaten om een eigen (nationaal) aansprakelijkheidsregime te introduceren, maar dat zou weer op gespannen voet staan met de harmoniseringsgedachte.

7.4 Heroverweging?

Het Nederlandse kabinet toont zich in de zogenaamde BNC-fiche op het punt van de aansprakelijkheidsverdeling kritisch over het Richtlijnvoorstel.³² Volgens het kabinet worden de risico's bij de verkeerde partij gelegd. Daardoor heeft het voorstel, meer dan in de optiek van het kabinet nodig is, invloed op de bestaande rechtsverhouding tussen private partijen (namelijk tussen rekeninghouders enerzijds en de bank

28. Vgl. R.E. van Esch, *Giraal Betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2011, p. 189.

29. Art. 65 lid 1 Richtlijnvoorstel.

30. Art. 65 lid 1 Richtlijnvoorstel.

31. Art. 64 lid 1 Richtlijnvoorstel schrijft voor dat de lidstaten voorschrijven dat, wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie onjuist is uitgevoerd, de betaaldienstverlener en in passende gevallen de derde betaaldienstverlener indien deze erbij betrokken is, gehouden zijn het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthentiseerd, juist is geregistreerd, is geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.

32. Aanbiedingsbrief van 27 september 2013 van de minister van Buitenlandse Zaken aan de Tweede Kamer bij een fiche die werd opgesteld door de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC) ten aanzien van het voorstel voor de herziene richtlijn betaaldiensten, Referentie Minbuza-2013.272930 (hierna: BNC-fiche).

of betaalinstelling die de rekening beheert en aanhoudt anderzijds). Met name de wijze waarop de aansprakelijkheid voor foutieve of malafide transacties geëffectueerd moet worden, vereist aanpassing. Het kabinet geeft in de BNC-fiche aan zich er tijdens de onderhandelingen voor in te zetten dat de regeling die betrekking heeft op TPPs met meer waarborgen te omkleden en de prikkels voor alle betrokken partijen zo te leggen dat zij verantwoordelijk worden gehouden voor hetgeen in hun invloedssfeer ligt.³³ Tevens zet het kabinet er daarbij op in dat TPPs die betalingsinitiatiediensten verlenen, niet alleen met de consument afspraken maken, maar ook met de betrokken betaaldienstverleners die de rekening van die consument aanhouden.³⁴

8. Afronding

De Europese Commissie verwacht dat mogelijk 20 nieuwe TPPs een vergunning zullen aanvragen. Het voordeel voor deze TPPs zal zijn dat zij, mits de herziene richtlijn conform het voorstel wordt vastgesteld, niet met individuele banken over toegang tot de betaalrekeningen hoeven te onderhandelen en in Europa voor hen overal hetzelfde regime ontstaat. Voor de merchants ligt volgens de Commissie een goedkopere betaaldienst in het verschiet, waardoor de consumenten (normaliter) ook voordeel zullen hebben. De reguliere banken blijven vooralsnog met lege handen achter. Wellicht wordt via lobbywerk en druk van individuele lidstaten alsnog uitgekomen bij een *dual consent* model waarin zij (commerciële) voorwaarden voor toegang kunnen neerleggen, maar dat zal de komende tijd moeten leren. Omdat er in 2014 verkiezingen zijn voor het Europees Parlement is het overigens nog maar de vraag of de herziene richtlijn betaaldiensten op korte termijn definitief wordt vastgesteld.

33. BNC-fiche, p. 6.

34. BNC-fiche, p. 9.