

HOOFDSTUK 6

AANSPRAKELIJKHEID VAN DE BANK VOOR ONJUISTE OF ONGEAUTORISEERDE BETALINGSTRANSACTIES

A. Stortelder¹

6.1 Inleiding

Titel 7B van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (titel 7.7B BW) draagt de titel “Betalingstransacties” en betreft een implementatie van de Richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt (Richtlijn 2007/64/EG, ook wel de richtlijn betaaldiensten of de *Payment Services Directive* (PSD1)).² Deze richtlijn is inmiddels vervangen door de herziene richtlijn betaaldiensten (Richtlijn (EU) 2015/2366 (PSD2)), welke richtlijn ook in titel 7.7B BW is geïmplementeerd.³ Onderdeel van deze titel is een aansprakelijkheidsregeling. Het gaat om een vergaande aansprakelijkheid van betaaldienstverleners, zoals banken, voor de uitvoering van betalingstransacties zonder instemming van de betaler (niet-toegestane betalingstransacties) en niet-uitgevoerde, onjuist uitgevoerde of niet tijdig uitgevoerde betalingsopdrachten. Door deze aansprakelijkheidsregeling wordt de betaler

1 Mr. drs. A. Stortelder is (cassatie)advocaat bij Houthoff te Amsterdam. Zij stond ING in cassatie bij in de zaak *ING/Van den Hurk* die in deze bijdrage meermalen aan de orde komt. Deze bijdrage is afgerond op 10 september 2021. Met dank aan collega B.T.M. van der Wiel voor zijn commentaar op een eerdere versie.

2 Wet van 15 oktober 2009 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek en de Wet inzake geldtransactiekantoren en intrekking van de Wet op het grensoverschrijdend betalingsverkeer ter implementatie van richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (*PbEU* 2007, L 319) (*Stb.* 2009, 436).

3 Wet van 5 december 2018 tot wijziging van de Wet op het financieel toezicht, de Wet bekostiging financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek en de Wet handhaving consumentenbescherming ter implementatie van richtlijn nr. 2015/2366/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betaaldiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG (*PbEU* 2015, L 337) (*Stb.* 2018, 503).

en in het bijzonder de consument in vergaande mate beschermd tegen de risico's verbonden aan betalingsverkeer.

De bepalingen in titel 7.7B BW zijn een vrijwel letterlijke vertaling van de bepalingen van PSD2. De reden daarvoor is dat met de richtlijn volledige harmonisatie is beoogd.⁴ Daarmee is sprake van een op zichzelf staande regeling die niet steeds goed past in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht. Ook los daarvan is de aansprakelijkheidsregeling niet op alle onderdelen even duidelijk. In deze bijdrage wordt de aansprakelijkheidsregeling in titel 7.7B BW toegelicht, met aandacht voor de onduidelijkheden en aansluiting bij het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

6.2 Belangrijke begrippen

Titel 7.7B gaat over betalingstransacties. De eerste bepaling van deze titel, art. 7:514 BW, bevat definities. Verschillende van deze definities worden in deze bijdrage besproken. Voor een compleet overzicht van de definities wordt verwezen naar art. 7:514 BW.⁵

Een *betalingstransactie* is in art. 7:514 sub k BW gedefinieerd als een door of voor rekening van de betaler of door de betalingsbegunstigde geïnitieerde handeling waarbij elektronisch geld wordt gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen, ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de begunstigde zijn. Titel 7.7B is niet van toepassing op betalingsstransacties in contanten of met papieren cheques. Een *betaalrekening* is een op naam van een of meer betaaldienstgebruikers aangehouden rekening die voor de uitvoering van betalingstransacties wordt gebruikt (art. 7:514 sub i BW). Volgens de memorie van toelichting bij de implementatie van PSD1 vallen spaarrekeningen hier niet onder, omdat deze rekeningen niet worden aangehouden met als hoofddoel het kunnen verrichten van betalingen.⁶ Titel 7.7B is daarom niet van toepassing op betalingstransacties ten gunste of ten laste van een spaarrekening. Het Hof van Justitie heeft onder het regime van PSD1 ook geoordeeld dat een spaarrekening waarop respectievelijk uitsluitend geld gestort en opgenomen kan worden via een rekening-courant met dezelfde rechthebbende, niet onder het begrip

4 Art. 107 PSD2. Zie ook *Kamerstukken II 2008/09*, 31 892, nr. 3, p. 12.

5 Zie voor een uitvoerige toelichting ook W.A.K. Rank, in: *T&C BW*, art. 7:514 BW.

6 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 892, nr. 3, p. 16.

betaalrekening valt.⁷ Of sprake is van een spaarrekening of van een betaalrekening zal niet op basis van de benaming van een rekening, maar op basis van de kenmerken ervan moeten worden vastgesteld.

De regeling bevat als gezegd bepalingen over aansprakelijkheid van betaaldienstverleners. Voor de definitie van *betaaldienst* verwijst art. 7:514 sub d BW naar de bijlage (I) bij PSD2, waar de verschillende betaaldiensten worden opgesomd. De bijlage noemt onder meer (i) diensten waarbij de mogelijkheid wordt geboden contanten op een betaalrekening te storten of (ii) op te nemen en (iii) uitvoering van betalingstransacties, zoals geldovermakingen, op een betaalrekening bij de betaaldienstaanbieder van de gebruiker of een andere betaaldienstaanbieder. Het begrip betaaldienst is breder dan alleen de uitvoering van betalingstransacties. Zo omvat het begrip betaaldienst bijvoorbeeld ook betaalinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten. Voor wat *betaaldienstverleners* zijn, verwijst art. 7:514 sub f BW naar art. 1 lid 1 van PSD2.⁸ Daar worden zes categorieën betaaldienstverleners genoemd, waaronder kredietinstellingen (oftewel banken⁹), instellingen voor elektronisch geld (egi's), betalingsinstellingen en betaalinitiatiedienstverleners. De *betaalinitiatiedienstverlener* is een door PSD2 nieuw geïntroduceerde betaaldienstverlener. Een betaalinitiatiedienstverlener is een betaaldienstverlener die betalingsinitiatiediensten uitoefent (art. 7:514 sub y BW¹⁰). Een *betaalinitiatiedienst* is een onlinedienst voor het initiëren van een betaalopdracht op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een betaalrekening die bij een andere betaaldienstverlener wordt aangehouden (art. 7:514 sub v BW). De betaalinitiatiedienstverlener biedt zelf geen betaalrekeningen aan, maar stelt klanten bijvoorbeeld in staat om online aankopen rechtstreeks te betalen vanaf hun betaalrekening, door op hun verzoek betalingstransacties te initiëren ten laste van hun betaalrekening. Het gaat om een alternatief voor betalen via bijvoorbeeld iDEAL, een Nederlandse betaalwijze, die voor aankopen bij buitenlandse webwinkels vaak niet kan worden gebruikt, of een creditcard.

7 HvJ 4 oktober 2018, C-191/17, ECLI:EU:C:2018:809, r.o. 18-33 (*ING-DiBa Direktbank Austria*).

8 Daarmee wijkt de definitie af van de definitie van betaaldienstverlener in art. 1:1 Wft, waar een betaaldienstverlener in lijn met de systematiek van de Wft wordt gedefinieerd als degene die zijn bedrijf maakt van het verlenen van betaaldiensten. Materieel hebben de begrippen echter dezelfde betekenis, *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 6, p. 11.

9 Vgl. art. 1:1 Wft.

10 Met verwijzing naar bijlage I, punt 7, bij PSD2.

Een *betaalopdracht* is een door een betaler¹¹ of begunstigde¹² aan zijn betaaldienstverlener gegeven opdracht om een betalingstransactie uit te voeren (art. 7:514 sub h BW). Over de juridische kwalificatie van een betaalopdracht wordt in de literatuur verschillend gedacht.¹³ Met Van Esch meen ik dat de betaalopdracht kan worden beschouwd als aanbod tot het sluiten van een (bijzondere) overeenkomst van opdracht, waaruit voor de betaaldienstverlener de verplichting voortvloeit om de betalingstransactie conform de instructie uit te voeren en voor de betaler de verplichting om het daarmee gemoeide bedrag aan de betaaldienstverlener te betalen. De betaalopdracht kwalificeert daarmee als rechtshandeling (art. 3:33 BW).

6.3 Niet-toegestane betalingstransacties

6.3.1 Instemming met een betalingstransactie

Art. 7:522 lid 1 BW bepaalt dat een betaaldienstverlener een betalingsstransactie slechts uitvoert met instemming van de betaler met uitvoering van de betaalopdracht. Instemming wordt verleend overeenkomstig de tussen de betaler en de betaaldienstverlener overeengekomen vorm en procedure (lid 2). De overeengekomen vorm en procedure zullen moeten blijken uit de raamovereenkomst tussen de betaler en de betaaldienstverlener en de daarvan deel uitmakende toepasselijke algemene voorwaarden.¹⁴ Instemming kan worden gegeven per transactie of voor een reeks van transacties. Bij gebreke van instemming wordt een betalingstransactie als niet-toegestaan aangemerkt (lid 2).

Als de bank bijvoorbeeld een formulier of communicatiemiddel voorschrijft, dient dat door de betaler te worden gebruikt om een betaalopdracht te initiëren. Een voorgeschreven procedure kan zijn het verstrekken

11 Een *betaler* is een natuurlijk persoon of rechtspersoon die houder is van een betaalrekening en een betalingstransactie vanaf die betaalrekening toestaat, hetzij bij ontbreken van een betaalrekening, een natuurlijk persoon of rechtspersoon die een betaalopdracht geeft (art. 7:514 sub j BW).

12 Een *begunstigde* is een natuurlijk persoon of rechtspersoon die de beoogde ontvanger is van de geldmiddelen waarop een betalingstransactie betrekking heeft (art. 7:514 sub c BW).

13 Zie R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 246-247 met verwijzingen.

14 De overeenkomst die de uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en die de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten (art. 7:514 sub o BW).

van een betaalopdracht door gebruik van een betaalkaart met invoering van de bijbehorende pincode, via internetbankieren of door het overhandigen van een acceptgiroformulier of overschrijvingsformulier met de handtekening van de betaler. Een gepersonaliseerd communicatiemiddel of een voorgeschreven procedure waarmee een betaalopdracht wordt verstrekt wordt ook wel een betaalinstrument genoemd. Een *betaalinstrument* wordt gedefinieerd als een gepersonaliseerd instrument of gepersonaliseerde instrumenten of het geheel van procedures, overeengekomen tussen een betaaldienstgebruiker en betaaldienstverlener, waarvan gebruik wordt gemaakt voor het initiëren van een betaalopdracht (art. 7:514 sub g BW). Een betaalinstrument kan enkel als gepersonaliseerd worden aangemerkt als het de betalingsdienstverlener in staat stelt om te verifiëren dat de betaalopdracht is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker.¹⁵ Betaalinstrumenten zijn bijvoorbeeld betaalkaarten met bijbehorende pincodes of inloggegevens en wachtwoorden voor het geven van betaalopdrachten via internet.¹⁶ Ook het overhandigen van een door de betaler persoonlijk ondertekend acceptgiroformulier of overschrijvingsformulier dient te worden aangemerkt als betaalinstrument.¹⁷

Ervan uitgaande dat de betaalopdracht kwalificeert als rechtshandeling (zie hiervoor §6.2), kan de vraag worden gesteld hoe de instemming juridisch moet worden gekwalificeerd. Een rechtshandeling vereist op grond van art. 3:33 BW een wil die zich in een verklaring heeft geopenbaard. Volgens Van Esch betreft de instemming niet de wil, maar de verklaring die voor een rechtshandeling is vereist.¹⁸ Deze kwalificatie biedt ruimte voor toepassing van art. 3:35 BW – het gerechtvaardigd vertrouwen door de betaaldienstverlener op de door de betaler geuite verklaring, ook al ontbreekt een daarmee overeenstemmende wil – en zou ik daarom graag onderschrijven. Aanknopingspunten daarvoor zijn ook wel te vinden in de verwijzing in art. 7:522 lid 2 BW naar de wijze waarop instemming wordt verleend en in art. 7:542 BW, waaruit blijkt dat de betaaldienstverlener mag vertrouwen op de door de betaler in de betaalopdracht verschaft informatie en niet aansprakelijk is voor uitvoering in overeenstemming daarmee (zie hierna §6.4.2). Uitleg van het begrip instemming is echter uiteindelijk aan het Hof van Justitie.

15 HvJ 9 april 2014, C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, r.o. 33 (*T-Mobile Austria*).

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

17 HvJ 9 april 2014, C-616/11, ECLI:EU:C:2014:242, r.o. 44 (*T-Mobile Austria*).

18 R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 250.

6.3.2 *Instemming verleend via een begunstigde*

Instemming met de uitvoering van de betalingstransactie kan ook worden verleend via de begunstigde van de betalingstransactie. Het meest bekende voorbeeld daarvan is de automatische afschrijving oftewel de incasso. De begunstigde initieert in zo'n geval de betaalopdracht door een incasso-opdracht te verstrekken aan diens betaaldienstverlener. De betaaldienstverlener van de begunstigde stuurt deze betaalopdracht door naar de betaaldienstverlener van de betaler. Een begunstigde kan alleen een betaalopdracht ten laste van de betaler initiëren op basis van een door de betaler aan de begunstigde, aan de betaaldienstverlener van de begunstigde of aan de betaaldienstverlener van de betaler verstrekte instemming (art. 7:514 sub b BW).

Sinds 1 januari 2015 kan een automatische incasso alleen nog worden verricht via het systeem van de Europese (SEPA) incasso volgens de door de *European Payments Council* (EPC) bepaalde standaarden en procedures. Instemming wordt verleend door een ondertekende machtiging. De Europese incasso biedt ook de mogelijkheid voor een digitale machtiging en de Nederlandse banken hebben deze mogelijkheid geïmplementeerd.¹⁹ Ontbreekt een machtiging dan ontbreekt de voor de automatische incasso benodigde instemming.

6.3.3 *Terugbetalingsverplichting niet-toegestane betalingstransacties*

Art. 7:528 lid 1 BW bepaalt dat de betaaldienstverlener in geval van een niet-toegestane betalingstransactie de betaler onmiddellijk het bedrag van die transactie terugbetaalt. Lid 2 bepaalt dat de betaaldienstverlener de betaalrekening die met het bedrag is gedebiteerd herstelt in de toestand zoals die geweest zou zijn wanneer de niet-toegestane betalingstransactie niet had plaatsgevonden. De valutadatum van de creditering van de betaalrekening van de betaler is uiterlijk de datum waarop het bedrag is gedebiteerd. Daarmee wordt gewaarborgd dat de betaler als gevolg van de onterechte afboeking geen debetrente verschuldigd is of vergoeding van creditrente misloopt.

Waarschijnlijk gaat het in deze bepaling, anders dan de bewoordingen suggereren, niet om een terugbetalingsverplichting, maar om een verplichting van de betaaldienstverlener tot administratieve ongedaanmaking. In

¹⁹ W.A.K. Rank, in: *T&C BW*, art. 7:514 BW, aant. 3.

titel 7.7B worden verschillende begrippen gebruikt voor dezelfde handeling; terugbetaling in art. 7:528 BW lid 1, herstel in art. 7:528 lid 2 BW en rectificatie in art. 7:526 BW. In het arrest *Standard Groep Holland/ING*, gewezen vóór inwerkingtreding van titel 7.7B, oordeelde de Hoge Raad dat de bank een girale betaling die zonder geldige opdracht is uitgevoerd niet ten laste van de rekeninghouder mag brengen.²⁰ Er is geen reden om hierover na inwerkingtreding van titel 7.7B anders te denken.²¹ Indien de betaaldienstverlener het betaalde bedrag wel ten laste van de rekeninghouder zou mogen brengen en slechts een terugbetalingsverplichting zou hebben, dan heeft dit consequenties in geval van een faillissement van de betaaldienstverlener of de betaler. Naar mijn mening is aannemelijk dat steeds wanneer in titel 7.7B over een terugbetalingsverplichting wordt gesproken, administratieve ongedaanmaking wordt bedoeld. Hierna wordt niettemin de term terugbetalingsverplichting gebruikt, waar die term ook in de betreffende bepalingen in titel 7.7B wordt gebruikt, maar daarmee wordt dus niet iets anders bedoeld dan administratieve ongedaanmaking.

Deze terugbetalingsverplichting rust ook op de betaaldienstverlener indien de betalingstransactie via een betalingsinitiatiedienstverlener is geïnitieerd.²² Hierna in §6.6 zal ik nog uitvoerig stilstaan bij betaalinitiatiedienstverlening en de verhouding tussen de betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener. Een uitzondering op de terugbetalingsverplichting geldt in geval de betaaldienstverlener van de betaler redelijke gronden heeft om fraude te vermoeden en hij deze gronden schriftelijk aan de AFM meedeelt (art. 7:528 lid 3 BW).

De betaaldienstgebruiker heeft alleen recht op herstel van de niet-toegestane betalingstransactie van zijn betaaldienstverlener, als hij de betaaldienstverlener onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum waarop zijn rekening is gedebiteerd, kennisgeeft van de bewuste transactie, tenzij de betaaldienstverlener de op hem rustende informatieverplichtingen niet heeft nageleefd.²³ Dit volgt uit art. 7:526 lid 1 BW. Doet de betaler dit niet onverwijld dan vervalt zijn recht op herstel. In ieder geval vervalt zijn recht op herstel wanneer hij niet uiterlijk binnen dertien maanden na debitering van zijn rekening kennisgeeft. De vraag of

20 HR 1 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6100, r.o. 3.4.1, NJ 2002/118, m.nt. J. Hijma.

21 Vgl. B.A. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40), 2019/28.

22 Art. 7:528 lid 4 BW.

23 Zie voor deze informatieverplichting art. 4:22 Wft en art. 71g van het Besluit Gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (BGfo Wft).

kennisgeving onverwijld heeft plaatsgevonden, moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval.

In de literatuur is wel betoogd dat bij de beoordeling of kennisgeving onverwijld heeft plaatsgevonden ook betekenis kan worden toegekend aan de omstandigheid dat de betaler niet onverwijld of binnen een redelijke termijn kennis heeft genomen van de door de betaaldienstverlener verschaft informatie.²⁴ Dat lijkt redelijk. Indien de betaaldienstverlener immers gehouden is tot informatieverschaffing, in de vorm van bijvoorbeeld rekeningafschriften,²⁵ mag van de betaler ten minste worden verwacht daarvan binnen een redelijke termijn kennis te nemen. Dat voor de betaler een dergelijke verplichting bestaat en dat schending van die verplichting kan leiden tot verval van het recht op terugbetaling, is ook neergelegd in art. 19 en 20 van de algemene bankvoorwaarden (ABV). De tekst van art. 7:526 lid 1 BW – en duidelijker het daaraan ten grondslag liggende art. 71 PSD2²⁶ – wijst er echter op dat de betaler daadwerkelijk bekend moet zijn met, oftewel subjectieve bekendheid moet hebben van, de niet-toegestane betalingstransactie voordat een verplichting tot onverwijld kennisgeving ontstaat.²⁷ Advocaat-generaal Vlas zag in de zaak *ING/Van den Hurk* ruimte om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie over de uitleg van het PSD1-equivalent van (onder meer) art. 7:526 BW, waaronder de vraag of bij de beoordeling of de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener onverwijld in kennis heeft gesteld betekenis kan toekomen aan de tijd die de betaaldienstgebruiker heeft laten verstrijken zonder de door de bank verschaft informatie in te zien.²⁸ De Hoge Raad zag daartoe echter gelet op de tekst van de PSD-bepalingen geen aanleiding. De Hoge Raad overwoog:

“Het voorgaande geldt op overeenkomstige wijze voor de in art. 7:526 BW (art. 58 PSD1) opgenomen regel. Deze regel behelst (ook in de Nederlandse tekst van art. 58 PSD1) dat een betaaldienstgebruiker ‘die bekend is met een niet-toegestane of

24 Zie bijvoorbeeld R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 283; zie ook W.A.K. Rank, in: *T&C BW*, art. 7:526 BW, aant. 2.

25 Zie voetnoot 400.

26 The Engelstalige tekst van art. 71 lid 1 PSD2 bepaalt “*The payment service user shall obtain rectification of an unauthorized or incorrectly executed payment transaction from the payment service provider only if the payment service user notifies the payment service provider without undue delay on becoming aware of any such transaction giving rise to a claim, including that under Article 89, and no later than 13 months after the debit date.*”

27 Zo oordeelde ook Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, r.o. 5.6 en 5.24, *JOR* 2020/235, m.nt. J.A. Voerman.

28 Conclusie A-G Vlas van 13 november 2020, ECLI:NL:PHR:2020:1081. De auteur van deze bijdrage was als cassatieadvocaat betrokken bij deze zaak.

onjuist uitgevoerde betalingstransactie' alleen rectificatie van een niet-toegestane betalingstransactie verkrijgt, indien hij de betaaldienstaanbieder 'onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum van de debitering' kennis geeft van de bewuste transactie (behoudens in het hier niet aan de orde zijnde geval dat de betaaldienstverlener niet heeft voldaan aan zijn informatieverplichting). Ook hier wordt in de Engelse tekst van art. 58 PSD1 gesproken van 'without undue delay on becoming aware of ... (etc.)', en worden in de Franse en Duitse tekst van deze bepaling eveneens bewoordingen gebruikt die inhouden dat de verplichting om de betaaldienstverlener 'onverwijld' van de niet-toegestane transactie in kennis te stellen, aanvangt wanneer hij daarmee subjectieve bekendheid heeft verkregen."²⁹

Tegen deze achtergrond zal bij de beoordeling of de betaaldienstgebruiker onverwijld tot kennisgeving aan de betaaldienstverlener van niet-toegestane betalingstransacties is overgegaan geen rol kunnen spelen of de betaaldienstgebruiker onverwijld of binnen een redelijke termijn de door de betaaldienstverlener verschaft informatie heeft gecontroleerd. Alleen indien hij daarmee wacht tot dertien maanden na debitering van de betaalrekening, zal hij niet langer rectificatie van de met deze niet-toegestane betalingstransacties gedebiteerde bedragen van zijn betaaldienstverlener kunnen vorderen.

De Franse *Cour de cassation* heeft prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de verhouding tussen art. 58 en 60 PSD1³⁰ (in Nederland geïmplementeerd in art. 7:526 en 7:528 BW) en het gemene recht.³¹ De *Cour de cassation* heeft onder meer de vraag gesteld of art. 58 PSD1 in de weg staat aan een aansprakelijkheidsvordering naar gemeen recht op basis van dezelfde feiten wegens niet-nakoming door de betaaldienstverlener³² van zijn verplichtingen, met name wanneer de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener niet binnen dertien maanden na debitering in kennis heeft gesteld van het feit dat een betalingstransactie niet is toegestaan of onjuist is uitgevoerd. Het Hof van Justitie heeft hierop, in lijn met de conclusie van advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe³³, onder verwijzing naar de bewoordingen en context van de bepalingen, in het licht van de doelstellingen en ontstaansgeschiedenis van de richtlijn geantwoord dat de bepalingen inderdaad in de weg staan aan dat een betaaldienstgebruiker de

29 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, r.o. 3.3.3.

30 Voor zover relevant gelijk aan art. 71 en 73 PSD2.

31 HvJ 2 september 2021, C-337/20, ECLI:EU:C:2021:671.

32 In de Nederlandse versie van PSD2 wordt het begrip betalingsdienstaanbieder gehanteerd, maar daarmee wordt niet iets anders bedoeld.

33 Conclusie A-G Saugmandsgaard Øe, ECLI:EU:C:2021:564.

aanbieder van deze diensten aansprakelijk kan stellen op basis van een andere aansprakelijkheidsregeling dan de regeling in deze bepalingen wanneer deze gebruiker de kennisgevingsverplichting niet is nagekomen.³⁴ De kantonrechter van de rechtbank Amsterdam oordeelde eerder dat de vervaltermijn van dertien maanden van art. 7:526 BW ook van toepassing is indien de bank toerekenbaar is tekortgeschoten dan wel onrechtmatig heeft gehandeld door gedurende langere tijd zonder opdracht daartoe bedragen van een betaalrekening te hebben afgeschreven. Het beroep op de vervaltermijn was in dat geval volgens de kantonrechter echter naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Daarvoor achtte de kantonrechter van belang dat de betalingstransacties op initiatief van de bank en zonder opdracht van de, inmiddels 77 jaar oude, betaaldienstgebruiker waren uitgevoerd en dat de betaaldienstgebruiker deze wellicht op haar rekeningafschriften had kunnen zien, maar dat dat haar, nu het ging om relatief kleine bedragen, met een cryptische omschrijving en zonder dat daarbij de naam van de ontvanger was vermeld, niet mocht worden tegengeworpen.³⁵ Gelet op het hiervoor besproken arrest van het Hof van Justitie laat de richtlijn wat mij betreft geen ruimte voor het buiten toepassing laten van de vervaltermijn op grond van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, zodat dit vonnis van de kantonrechter onjuist is.

Wel kan gelet op art. 7:528 lid 6 BW, indien een terugbetalingsverplichting bestaat, op grond van het gemene recht aanvullende financiële compensatie verschuldigd zijn. Art. 7:528 lid 6 BW bepaalt immers dat aanvullende financiële compensatie kan worden vastgesteld overeenkomstig het recht dat van toepassing is op de tussen de betaler en zijn betaaldienstverlener gesloten overeenkomst of de overeenkomst zelf, indien van toepassing. Gaat de betaaldienstverlener niet tijdig over tot herstel van de betaalrekening van de betaler, dan betreft dit een tekortkoming in de nakoming (art. 6:74 BW) en zal de betaler bijvoorbeeld tevens aanspraak kunnen maken op wettelijke rente.³⁶ Uit overweging 70 van de PSD2 volgt verder dat nationale verjaringstermijnen van toepassing zijn op de vorderingen van de betaaldienstgebruiker jegens de betaaldienstverlener uit hoofde van titel 7.7B.

34 HvJ 2 september 2021, C-337/70, ECLI:EU:C:2021:671, r.o. 30-52.

35 Rb Amsterdam 8 december 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5817, r.o. 10-14, NJF 2021/32.

36 Zie ook W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019, p. 116.

6.3.4 Bewijslast instemming rust op de betaaldienstverlener

Ontkent een betaler met een betaalopdracht te hebben ingestemd, dan is het aan de betaaldienstverlener om aan te tonen dat een betaalopdracht is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen van de door de betaaldienstverlener aangeboden diensten is beïnvloed (art. 7:527 lid 1 BW). De term 'ingestemd' in deze bepaling dient te worden uitgelegd als 'toegestaan'.³⁷ Deze bewijsregel is een bijzondere regel in de zin van art. 150 Rv en dus een uitzondering op de hoofdregel dat de partij die zich op rechtsgevolgen beroept de bewijslast draagt van de daartoe te stellen feiten of rechten.³⁸ *Authenticeren* of *authenticatie* is in art. 7:514 sub a BW gedefinieerd als het volgen van een procedure die de betaaldienstverlener in staat stelt de identiteit van de betaaldienstgebruiker dan wel de validiteit van het gebruik van een specifiek betaalinstrument te verifiëren, met inbegrip van de persoonlijke beveiligingsgegevens van de betaaldienstgebruiker. Authenticatie dient als waarborg om de identiteit van de betaaldienstgebruiker te controleren en de juistheid van het gebruik van een specifiek betaalinstrument te verifiëren.³⁹

Indien de betaaldienstverlener niet slaagt in het leveren van dit bewijs, wordt de instemming geacht te ontbreken en de betalingstransactie aangemerkt als niet-toegestaan. Art. 7:527 BW schrijft niet voor wat rechtens is indien de betaaldienstverlener wel slaagt in het leveren van bewijs van authenticatie en registratie van het gebruik van een betaalinstrument. Volgens art. 7:527 lid 2 BW vormt het feit dat het gebruik van een betaalinstrument, bijvoorbeeld een pincode behorend bij een betaalkaart, door de betaaldienstverlener is geregistreerd niet noodzakelijkerwijs afdoende bewijs dat de betalingstransactie door de betaler is toegestaan. Er kan dus ook dan nog sprake zijn van een niet-toegestane betalingstransactie, die door de betaaldienstverlener dient te worden gerectificeerd. Uit het woord 'noodzakelijkerwijs' en het in de parlementaire geschiedenis gegeven voorbeeld dat de betaaldienstgebruiker de betaaldienstverlener in kennis heeft gesteld van het gecompromitteerd zijn van zijn betaalinstrument,⁴⁰ zou kunnen worden afgeleid dat het door de betaaldienstverlener

37 Zo heeft de Commissie van Beroep van het KiFiD bepaald vanwege de verplichting tot Richtlijnconforme interpretatie (Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, nr. 2020-027, r.o. 5.5, JOR 2020/235, m.nt. J.A. Voerman).

38 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 37.

39 W.A.K. Rank, in: *T&C BW*, art. 7:514 BW, aant. 2.

40 *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 37.

geleverde bewijs van het gebruik van het betaalinstrument in beginsel wel afdoende bewijs vormt van het toestaan van de betalingstransactie door de betaaldienstgebruiker. In het arrest *ING/Van den Hurk* oordeelde de Hoge Raad echter dat het hof kon oordelen dat sprake was van niet-toegestane betalingstransacties, zonder de bank überhaupt toe te laten tot het leveren van bewijs van authenticatie.⁴¹ Hieruit kan worden afgeleid dat (bewijs van) authenticatie geen, althans onvoldoende bewijs oplevert van het toestaan door de betaaldienstgebruiker van de betalingstransactie. Nu de betaaldienstverlener in de praktijk vaak weinig andere mogelijkheden zal hebben om bewijs te leveren van het toestaan door de betaaldienstgebruiker van de betalingstransactie indien de betaaldienstgebruiker ontkent met een betalingstransactie te hebben ingestemd, zal vrijwel steeds een terugbetalingsverplichting voor de betaaldienstverlener bestaan, behoudens de hierna in §6.3.5 besproken uitzondering. De regeling zou beter in balans zijn als de betaaldienstverlener wel in de gelegenheid zou worden gesteld bewijs van authenticatie te leveren en de betaaldienstgebruiker vervolgens zou moeten bewijzen dat, ondanks het door de betaaldienstverlener geleverde bewijs van gebruik van het betaalinstrument, sprake is van een niet-toegestane betalingstransactie. De betaaldienstverlener zal immers als gezegd, afgezien van het bewijs van authenticatie, in het algemeen weinig mogelijkheden hebben om de stelling van de betaler dat hij niet met een betalingstransactie heeft ingestemd, gemotiveerd te betwisten, laat staan te bewijzen dat hij de betalingstransactie heeft toegestaan.⁴² Wordt de stelling van de betaler dat zijn toestemming voor een betalingsstransactie ontbrak te gemakkelijk, zonder bewijs en ondanks het door de betaaldienstverlener geleverde of aangeboden bewijs van authenticatie, aanvaard, dan zal hier eenvoudig misbruik van kunnen worden gemaakt, zonder dat dit door de betaaldienstverlener valt aan te tonen. Dat doet af aan de effectiviteit van de hierna te bespreken fraude-uitzondering.

6.3.5 De uitzondering voor fraude, opzet of grove nalatigheid van de betaler

Een uitzondering op de terugbetalingsverplichting van de betaaldienstverlener geldt op grond van art. 7:529 lid 1 BW indien de verliezen die voortvloeien uit niet-toegestane betalingstransacties zijn veroorzaakt door frauduleus handelen of opzettelijk of met grove nalatigheid niet nakomen van een of meer verplichtingen uit hoofde van art. 7:524 BW door de

41 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, r.o. 3.2.2.

42 Zie bijvoorbeeld Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, r.o. 5.18 en 5.25-5.26, *JOR* 2020/235, m.nt. J.A. Voerman.

betaler. Bij frauduleus handelen kan worden gedacht aan het onder één hoedje spelen van de betaler met een derde die het betaalinstrument van de betaler heeft gebruikt.⁴³

Op grond van art. 7:524 BW rust op de betaler (i) de verplichting om een betaalinstrument overeenkomstig de voorwaarden die op uitgifte en gebruik van het betaalinstrument van toepassing zijn te gebruiken, waaronder het nemen van alle redelijke maatregelen om de veiligheid van de persoonlijke beveiligingsgegevens van het betaalinstrument te waarborgen en (ii) de verplichting om de betaaldienstverlener onverwijld in kennis te stellen van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument of van het niet-toegestane gebruik ervan. Komt de betaler een of meer van deze verplichtingen opzettelijk of met grove nalatigheid niet na, dan dient hij in beginsel zelf de als gevolg daarvan door niet-toegestane betalingstransacties geleden verliezen te dragen.

De verplichting om een betaalinstrument overeenkomstig de voorwaarden die op uitgifte en gebruik van het betaalinstrument van toepassing zijn te gebruiken (art. 7:524 lid 1 sub a (en lid 2) BW), ziet bijvoorbeeld op het geheimhouden van gegevens of het veilig bewaren van betaalkaarten of overschrijvingsformulieren. De voorwaarden dienen op grond van art. 7:524 lid 3 BW wel objectief, niet-discriminerend en evenredig te zijn. De Nederlandse banken hebben in overleg met de Consumentenbond de Uniforme veiligheidsregels particulieren opgesteld.⁴⁴ Deze hebben betrekking op elektronisch bankieren en elektronisch betalen en zijn sinds 1 januari 2014 van toepassing.

Voor de in art. 7:524 lid 1 sub b BW opgenomen verplichting tot onverwijld kennisgeving (de tweede hiervoor genoemde verplichting) geldt, anders dan voor diezelfde uit art. 7:526 lid 1 BW blijkende verplichting (zie hiervoor §6.3.3), niet dat uit de bepaling volgt dat de verplichting pas ontstaat zodra de betaler daadwerkelijk bekend is met (bijvoorbeeld) het niet-toegestane gebruik van het betaalinstrument. Dit lijkt een vergissing. In het PSD-equivalent van de bepaling (art. 69 PSD2) wordt de koppeling

⁴³ *Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 38.*

⁴⁴ www.betalvereniging.nl/actueel/nieuws/aangepaste-uniforme-veiligheidsregels-voor-consumenten.

met bekendheid wel gemaakt.⁴⁵ Advocaat-generaal Vlas heeft in de zaak *ING/Van den Hurk* aan de Hoge Raad voorgesteld (ook) hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie (zie hiervoor §6.3.3). De Hoge Raad zag daarvoor evenmin ten aanzien van art. 7:524 lid 1 sub b BW aanleiding. Ook de in art. 7:524 lid 1 sub b BW opgenomen verplichting tot onverwijld kennisgeving vereist volgens de Hoge Raad subjectieve bekendheid met de niet-toegestane betalingstransacties.⁴⁶ Grove nalatigheid kan dan ook volgens de Hoge Raad niet reeds bestaan in geval van schending van de verplichting van de betaaldienstgebruiker om de door de betaaldienstverlener verschaft informatie onverwijld of binnen redelijke termijn te controleren, ook niet indien de door de betaaldienstverlener gehanteerde algemene voorwaarden een dergelijke controleplicht bevatten.⁴⁷ Art. 19 ABV bepaalt bijvoorbeeld onder meer dat de betaaldienstgebruiker de verschaft informatie zo spoedig mogelijk dient te controleren. Schending van die verplichting kan dus op zichzelf niet de conclusie dragen dat sprake is van grove nalatigheid en leiden tot verval van het recht op terugbetaling van niet-toegestane betalingstransacties door de betaaldienstverlener. Dat zou immers meebrengen dat de schuldeiser al voordat sprake is van subjectieve bekendheid met de betalingstransacties

45 In art. 69 lid 1 sub b van de richtlijn staan opnieuw de woorden “*without undue delay on becoming aware*”. In de Franse en Duitse taalversies wordt de kennisgevingsverplichting ook aan bekendheid gekoppeld. Zie ook Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, r.o. 5.10, *JOR* 2020/235, m.nt. J.A. Voerman.

46 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, r.o. 3.3.2: “Art. 7:529 lid 2 BW bepaalt onder meer dat de betaler alle verliezen uit niet-toegestane betalingstransacties draagt indien deze zich hebben voorgedaan doordat hij met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit hoofde van art. 7:524 BW niet is nagekomen. Laatstgenoemd artikel bevat onder meer de verplichting om de betaaldienstverlener “onverwijld” in kennis te stellen van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument of van het niet-toegestane gebruik ervan. De Nederlandse tekst van art. 56 PSD1, waaraan art. 7:524 BW is ontleend, formuleert deze meldingsplicht als volgt: “stelt (...) onverwijld in kennis wanneer hij zich rekenschap geeft van (...) het niet-toegestane gebruik ervan.” In de Engelse, Franse en Duitse tekst van art. 56 PSD1 staat “without undue delay on becoming aware of (...) its unauthorised use”, respectievelijk “lorsqu’il a connaissance (...) de toute utilisation non autorisée de son instrument de paiement”, respectievelijk “sobald er davon Kenntnis erhält”. Uit deze formuleringen volgt dat de in art. 56 PSD1 bedoelde verplichting van de betaaldienstgebruiker om de betaaldienstverlener ‘onverwijld’ in kennis te stellen van niet-toegestaan gebruik van een betaalinstrument, aanvangt op het moment dat hij (subjectieve) bekendheid heeft met de niet-toegestane betalingstransactie. Art. 7:524 BW moet in dezelfde zin worden gelezen.”

47 Zie anders Geschillencommissie KiFiD 22 juli 2020, nr. 2020-605 waarin werd geoordeeld dat de consument grof onzorgvuldig handelde door de in de voorwaarden opgenomen verplichting om zijn rekeninginformatie periodiek te controleren niet na te komen.

zijn recht op terugbetaling verliest en dat zou volgens de Hoge Raad gelet op art. 7:550 BW, voor zover de betaaldienstgebruiker een consument is, een ongeoorloofde afwijking zijn van de wet.⁴⁸

Op dit punt brengt de aansprakelijkheidsregeling veel risico voor rekening van de betaaldienstverlener. De betaaldienstverlener is verplicht aan de betaaldienstgebruiker informatie te verschaffen over het verloop van zijn betaalrekening. De betaaldienstgebruiker kan vervolgens echter ongestraft, gedurende dertien maanden (gelet op art. 7:526 lid 1 BW), verzuimen die informatie in te zien of ontkennen dat hij die informatie heeft ingezien en bekend was met de niet-toegestane transacties. Zolang de betaaldienstgebruiker niet bekend is met wat er op zijn betaalrekening is gebeurd, ontstaat voor hem ook geen verplichting de betaaldienstverlener te waarschuwen. Ondertussen kan de schade verder oplopen en dit allemaal voor rekening van de betaaldienstverlener. Met een wijziging van art. 7:524 lid 1 sub b BW op dit punt, door toevoeging van een controleplicht voor de betaaldienstgebruiker, althans ruimte voor het aannemen van grove nalatigheid vanwege schending van een contractuele controleplicht, zou de regeling beter in balans zijn en kan schade beter worden voorkomen, evenals misbruik van de aansprakelijkheidsregeling door de betaaldienstgebruiker zelf. Daarvoor is echter wijziging van de richtlijn nodig of, op verzoek van een rechter van een andere lidstaat, die net als advocaat-generaal Vlas ruimte ziet voor het stellen van een prejudiciële vraag, een uitspraak van het Hof van Justitie. Ik meen overigens dat het arrest *ING/Van den Hurk* niet in de weg staat aan het handhaven door betaaldienstverleners van de controleplicht in de algemene voorwaarden en het meewegen van de wijze waarop de betaaldienstgebruiker al dan niet aan deze controleplicht heeft voldaan als omstandigheid bij de beoordeling of de betaaldienstgebruiker met grove nalatigheid in de zin van art. 7:529 lid 1 BW zijn verplichtingen niet is nagekomen.⁴⁹

In overweging 72 van de preambule bij PSD2 wordt opgemerkt dat de mate van de beweerde nalatigheid (fraude, opzet of grove nalatigheid) in de regel moet worden beoordeeld volgens het nationale recht, aan de hand van alle omstandigheden van het geval. Wel geeft de preambule een aantal aanwijzingen. Grove nalatigheid dient meer dan louter nalatigheid in te houden en dus gedrag dat een aanzienlijke mate van onvoorzichtigheid vertoont. Omdat het hier een uitzondering op de aansprakelijkheid

⁴⁸ HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, r.o. 3.3.4 (*ING/Van den Hurk*).

⁴⁹ Vgl. r.o. 3.3.5.

van de betaaldienstverlener betreft, is het aan de betaaldienstverlener om dit te bewijzen. Gelet op art. 7:527 lid 2 BW vormt het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betaaldienstverlener is geregistreerd niet noodzakelijkerwijs voldoende bewijs dat de betaler frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van art. 7:524 BW niet is nagekomen. De lat voor het aannemen van grove nalatigheid ligt (ook) blijkens de beschikbare rechtspraak hoog.⁵⁰ Men kan zich afvragen of dat terecht is, nu de aansprakelijkheidsregeling de betaler ook zonder die hoge lat al vergaande bescherming biedt. De betaaldienstverlener wordt door de Geschillencommissie van het KiFiD enigszins geholpen. De Geschillencommissie heeft herhaaldelijk geoordeeld dat, hoewel het aan de betaaldienstverlener is om grove nalatigheid te bewijzen, op de betaaldienstgebruiker een verzwaarde stelplicht rust ten aanzien van de wijze waarop het betaalinstrument in onbevoegde handen zou kunnen zijn geraakt, zodat de betaaldienstverlener zich daarover een beeld kan vormen. Een andere regel zou volgens de Geschillencommissie de betaaldienstverlener voor onaanvaardbare risico's van misbruik plaatsen.⁵¹ Deze verzwaarde stelplicht is, voor zover mij bekend, door de Commissie van Beroep van het KiFiD en de overheidsrechter nog niet overgenomen.

Hierna worden een paar voorbeelden uit de rechtspraak besproken die de hoge lat die wordt aangelegd voor het aannemen van grove nalatigheid illustreren.

In een geval waarin een betaler voor het doen van betalingen gedurende lange tijd – achteraf ten onrechte – vertrouwd op zijn schoonzoon, oordeelde de Commissie van Beroep van het KiFiD dat de betaler weliswaar nalatig was geweest in het treffen van maatregelen ter voorkoming van misbruik, maar niet grof nalatig in de zin van bewust roekeloos nalatig. Van grove nalatigheid zou volgens de Commissie van Beroep onder omstandigheden (bijvoorbeeld) sprake kunnen zijn indien de betaler zijn pincode en/of bankpas bewust had afgegeven.⁵²

50 Zo concludeert ook J.A. Voerman in zijn noot onder Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, *JOR* 2020/235, nr. 9.

51 Zie onder meer Geschillencommissie KiFiD 22 maart 2021, nr. 2021-0265, r.o. 3.3; Geschillencommissie KiFiD 4 december 2020, nr. 2020-994, r.o. 3.7; Geschillencommissie KiFiD 8 juli 2020, nr. 2020-561, r.o. 4.6 en Geschillencommissie KiFiD 31 januari 2020, nr. 2020-089, r.o. 4.5.

52 Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, r.o. 5.33, *JOR* 2020/235, m.nt. J.A. Voerman.

In *ING/Van den Hurk* was volgens het hof Amsterdam geen sprake van grove nalatigheid. De betaler die maandenlang in het buitenland verbleef hoefde er volgens het hof geen rekening mee te houden dat zijn stiefzoon tijdens zijn afwezigheid frauduleus gebruik zou maken van zijn bankrekening. Hij mocht ervan uitgaan dat zijn ex-vrouw op het huis zou passen en zijn post zou bewaren en hoefde geen extra maatregelen te treffen zoals het elders laten bezorgen van zijn post, het meenemen of vernietigen van betaalkaarten (in plaats van deze achter te laten in een afgesloten kast, waarvan hij de sleutel had verstopt) of het op afstand controleren van zijn bankrekening.⁵³ De Hoge Raad bevestigde dit oordeel.⁵⁴

Een voorbeeld van een geval waarin wel grove nalatigheid werd aangenomen was een geval waarin consumenten slachtoffer waren geworden van een volgens de Geschillencommissie van het KiFiD algemeen bekende vorm van fraude, waarop zij in alle redelijkheid bedacht hadden kunnen en moeten zijn. De fraudeurs deden zich voor als Microsoft-medewerkers en de consumenten hebben hen toegang verschaft tot hun computer, op de eigen digitale bankomgeving ingelogd en transacties verricht. Deze handelwijze in strijd met de contractuele voorwaarden, waaronder de veiligheidsinstructies van de bank, moest als grove nalatigheid worden gekwalificeerd.⁵⁵

In gevallen van grove nalatigheid kan de rechter de aansprakelijkheid van de betaler op de voet van art. 7:529 lid 1 BW beperken, met name rekening houdend met de aard van de persoonlijke beveiligingsgegevens van het betaalinstrument, zo bepaalt lid 2. Onder het oude art. 7:529 BW gold in beginsel een eigen risico voor de betaler van €150 in geval van nalatigheid. Het eigen risico is met de implementatie van PSD2 komen te vervallen.⁵⁶ Tenzij de betaler frauduleus heeft gehandeld, draagt de betaler geen financiële verliezen indien de betaaldienstverlener geen sterke cliënt-authenticatie verlangt (lid 3), nadat de betaler de betaaldienstverlener overeenkomstig art. 7:524 lid 1 sub b BW in kennis heeft gesteld (lid 4) of indien de betaaldienstverlener nalaat om op grond van art. 7:525 lid 1 sub c BW passende middelen beschikbaar te stellen voor die kennisgeving (lid 5). *Sterke cliëntauthenticatie* is een vorm van authenticatie die zo is opgezet

53 Hof Amsterdam 8 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2019:3612, r.o. 3.9, *JOR* 2020/64, m.nt. J.A. Voerman.

54 HR 21 mei 2021, ECLI:NL:HR:2021:749, r.o. 3.3.5.

55 Geschillencommissie KiFiD 29 juli 2020, nr. 2020-629.

56 PSD2 liet wel nog ruimte voor een eigen risico van €50, maar dat is in titel 7.7B BW uiteindelijk niet overgenomen.

dat de vertrouwelijkheid van de persoonlijke beveiligingsgegevens wordt beschermd en waarbij gebruik wordt gemaakt van twee of meer van de volgende factoren: iets wat alleen de gebruiker weet, iets waarover alleen de gebruiker beschikt of een unieke persoonlijke eigenschap van de gebruiker.⁵⁷

Naast de uitzondering van art. 7:529 BW lijkt geen ruimte te bestaan voor een beroep op eigen schuld (art. 6:101 BW). Althans, dat kan niet leiden tot toekenning van een lager vorderingsrecht aan de betaaldienstgebruiker dan op grond van louter titel 7.7B zou zijn verkregen.⁵⁸ Dat zou immers afbreuk doen aan de volledige harmonisatie die met de richtlijn is beoogd.

6.3.6 *Uitzondering mogelijk voor instrumenten voor betaling van kleine bedragen*

Art. 7:521 lid 1 sub b BW geeft de betaaldienstverlener en de betaaldienstgebruiker de mogelijkheid om voor betaalinstrumenten (i) waarvoor een uitgavenlimiet geldt van €150 of waarop een maximaal bedrag van €150 tegelijk kan worden opgeslagen en (ii) die uitsluitend kunnen worden gebruikt voor afzonderlijke transacties van maximaal €30, overeen te komen dat art. 7:527, 7:528 en 7:529 BW niet van toepassing zijn, indien het betaalinstrument anoniem wordt gebruikt of de betaaldienstverlener om andere met het betaalinstrument verband houdende redenen niet het bewijs kan leveren dat de betalingstransactie was toegestaan. Oftewel, voor instrumenten voor betaling van kleine bedragen kan aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener voor niet-toegestane betalingstransacties onder bepaalde voorwaarden worden uitgesloten. Voor deze instrumenten voor betaling van kleine bedragen kan gelet op art. 7:521 lid 1 sub a BW ook worden overeengekomen dat de verplichting tot onverwijld kennisgeving van de betaaldienstgebruiker (art. 7:524 lid 1 sub b BW), bijbehorende verplichtingen van de betaaldienstverlener (art. 7:525 lid 1 sub c en e BW) en gevolgen voor de aansprakelijkheid (art. 7:529 lid 4 en 5 BW) niet van toepassing zijn, indien het betaalinstrument niet kan worden geblokkeerd of verder gebruik daarvan niet kan worden voorkomen.

Een voorbeeld van een betaalinstrument voor betaling van kleine bedragen is de aan een betaalkaart verbonden functie om kleine betalingen te

57 Art. 7:514 sub ab BW en art. 26h lid 2 Bpr Wft.

58 Zie ook Commissie van Beroep KiFiD 15 juni 2020, 2020-027, r.o. 5.9 en 5.35, JOR 2020/235, m.nt. J.A. Voerman.

verrichten zonder dat de betaalkaart in de betaalterminal hoeft te worden gestoken en zonder dat een pincode hoeft te worden ingevoerd.⁵⁹ Het contactloos betalen van een klein bedrag met de betaalkaart wordt aangemerkt als een anoniem gebruik in de zin van art. 7:521 lid 1 sub b BW.⁶⁰ Daarvoor kan de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener voor niet-toegestane betalingstransacties dus worden uitgesloten.

6.4 Aansprakelijkheid voor niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties

6.4.1 Verplichting tot uitvoering betaalopdracht

Op grond van art. 7:533 lid 4 BW is de rekeninghoudende betaaldienstverlener gehouden een door de betaler toegestane betaalopdracht uit te voeren, indien alle in de raamovereenkomst van de betaler gestelde voorwaarden zijn vervuld, ongeacht of de betaalopdracht door de betaler zelf, onder meer door een betaalinitiatiedienstverlener, dan wel door of via een begunstigde is geïnitieerd, tenzij ander toepasselijk Unierecht of nationaal recht dit verbiedt. Dit uitvoerbeod richt zich tot de rekeninghoudende betaaldienstverlener, niet tot de betaalinitiatiedienstverlener. De vraag of een betaalinitiatiedienstverlener gehouden is om een betalingstransactie te initiëren wordt door titel 7.7B niet geregeld en dient dus aan de hand van het algemeen verbintenissenrecht te worden beantwoord. Indien de betaaldienstverlener weigert een betaalopdracht uit te voeren of de betaalinitiatiedienstverlener een betalingstransactie te initiëren, moet de betaaldienstgebruiker in kennis worden gesteld van de weigering en, indien mogelijk, van de redenen daarvoor en van de procedure voor de correctie van eventuele feitelijke onjuistheden die tot de weigering hebben geleid (lid 1 t/m 3). Feitelijke onjuistheden zijn bijvoorbeeld een onjuist, niet-bestaand, rekeningnummer.

Wettelijke gronden voor het weigeren van de uitvoering van de betaalopdracht zijn bijvoorbeeld te vinden in art. 7:528 lid 3 BW en de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (Wwft). Uit de raamovereenkomst tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaler zal ook voortvloeien dat de betaaldienstverlener onder bepaalde

⁵⁹ Vgl. over de betreffende PSD2-bepaling HvJ 11 november 2020, C-287/19, ECLI:EU:C:2020:897, r.o. 67-79 (*Denizbank*).

⁶⁰ R.o. 80-93.

omstandigheden de uitvoering van een betaalopdracht mag weigeren, bijvoorbeeld indien een ongeoorloofde debetstand zou ontstaan of een uitgavenlimiet zou worden overschreden.⁶¹ Een ander voorbeeld is het geval waarin de betaaldienstverlener fraude, misbruik of onregelmatigheden vermoedt (art. 17 lid 3 ABV, dit betreft echter ook een wettelijke weigeringsgrond gelet op art. 7:528 lid 3 BW) of het geval waarin een beslag aan de uitvoering in de weg staat. Van Esch noemt ook als voorbeeld art. 17 lid 3 ABV dat bepaalt dat de betaaldienstverlener de uitvoering van een betaalopdracht mag opschorten of weigeren als deze niet correct is gegeven, waarbij hij wijst op het voorbeeld dat de betaalopdracht wordt gegeven op een vodge papier. In dat geval zal echter in de regel geen sprake zijn van een toegestane betalingstransactie, omdat geen instemming is verleend overeenkomstig de overeengekomen vorm en procedure, en is de betaaldienstverlener al daarom niet gehouden tot uitvoering.

Om te voorkomen dat vanwege een op toelaatbare gronden geweigerde opdracht aansprakelijkheden zouden ontstaan, bepaalt art. 7:533 lid 5 BW dat de betaalopdracht waarvan de uitvoering is geweigerd, voor de toepassing van art. 7:537, 7:543, 7:544 en 7:545 BW geacht wordt niet ontvangen te zijn.

Art. 7:536 t/m 7:541 BW bevatten maximale uitvoeringstermijnen voor betalingstransacties. Deze bepalingen blijven in deze bijdrage verder onbesproken.⁶²

6.4.2 Geen aansprakelijkheid voor fouten van de betaaldienstgebruiker

De betaaldienstgebruiker moet kunnen vertrouwen op een correcte en tijdige uitvoering van een betalingstransactie. Daarom bevatten art. 7:543 t/m 7:545a BW bepalingen over de aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener voor de niet, niet tijdig of onjuist uitgevoerde betalingstransactie. De daaraan voorafgaande bepaling, art. 7:542 BW, regelt (onder meer) wanneer de betaaldienstverlener niet aansprakelijk is.

Art. 7:542 lid 1 BW bepaalt dat als een betaalopdracht wordt uitgevoerd op basis van een unieke identifier, die betaalopdracht wordt geacht correct te zijn uitgevoerd wat de in de unieke identifier gespecificeerde

61 Zie ook R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 272.

62 Zie hierover bijvoorbeeld R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 275-278.

begunstigde betreft. Een unieke identificator is bijvoorbeeld het rekeningnummer (IBAN) van de begunstigde.⁶³ Indien de betaaldienstgebruiker in de betaalopdracht een onjuiste unieke identificator heeft vermeld, is de betaaldienstverlener niet aansprakelijk (lid 2). Lid 5 bepaalt dat de betaaldienstverlener alleen aansprakelijk is voor de uitvoering van de betalingstransactie overeenkomstig de unieke identificator. De betaaldienstverlener is niet gehouden tot controle van aanvullende verstrekte informatie. De betaaldienstverlener is bijvoorbeeld niet gehouden tot een naam- en nummercontrole en is vanwege het nalaten van een dergelijke controle dus evenmin aansprakelijk.⁶⁴ Uit art. 7:542 lid 5 BW zou ook kunnen worden afgeleid dat de betaaldienstverlener niet aansprakelijk is indien de betaaldienstgebruiker een onjuist bedrag heeft vermeld bij het geven van de betaalopdracht. De beperking van aansprakelijkheid zoals in deze bepaling geregeld, geldt ook voor de betaaldienstverlener van de begunstigde.⁶⁵

Het voorgaande sluit niet uit dat de zorgplicht van de betaaldienstverlener jegens de betaaldienstgebruiker onder omstandigheden zou kunnen meebrengen dat de betaaldienstverlener actie onderneemt om schade te voorkomen en tekortschiet in de nakoming van die verplichting (art. 6:74 jo. art. 2 ABV) en/of onrechtmatig handelt in de zin van art. 6:162 BW wegens schending van de bijzondere zorgplicht indien hij dat nalaat. Daarvoor is wel nodig dat de betaaldienstverlener kennis had van omstandigheden die een risico op schade meebrengen. Mogelijk is de betaaldienstverlener die wel een naam- en nummercontrole heeft uitgevoerd en daardoor wist dat naam en nummer niet overeenkwamen aansprakelijk jegens de betaler, indien hij de betaalopdracht uitvoert zonder bij de betaler te verifiëren of de betaler inderdaad de met de unieke identificator aangeduide begunstigde heeft bedoeld of de betaler te waarschuwen.⁶⁶ Onvoldoende is dat de betaaldienstverlener kennis had kunnen krijgen

63 Het begrip *unieke identificator* wordt in art. 7:514 sub s BW gedefinieerd als een door de betaaldienstverlener aan de betaaldienstgebruiker medegedeelde combinatie van letters, nummers en symbolen, die de betaaldienstgebruiker dient te verstrekken om de andere bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstgebruiker of zijn betaalrekening ondubbelzinnig te identificeren. Zie ook *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 813, nr. 3, p. 48 (MvT).

64 Hof Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:591, r.o. 3.3, *NJF* 2021/214; Geschillencommissie KiFiD 13 augustus 2019, nr. 2020-071, r.o. 4.7; Geschillencommissie KiFiD 8 mei 2017, nr. 2018-599, r.o. 4.2; Rb Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4656, r.o. 7; Rb 21 maart 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:1601, r.o. 4.2, *JOR* 2018/155, m.nt. R.E. van Esch.

65 HvJ 21 maart 2019, C-245/18, r.o. 25-30, ECLI:EU:C:2019:242, C-245/18.

66 Zie voor een ander voorbeeld Hof Amsterdam 2 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:591, r.o. 3.21, *NJF* 2021/214.

als een naam- en nummercontrole zou zijn uitgevoerd.⁶⁷ Een dergelijke aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener wordt geregeld door het algemene verbintenissenrecht.

De betaaldienstverlener is op grond van art. 7:542 lid 3 BW gehouden redelijke inspanningen te leveren om de met de (door een fout van de betaler) onjuiste betalingstransactie verband houdende geldmiddelen terug te krijgen. De betaaldienstverlener van de begunstigde dient hieraan mee te werken, onder meer door alle voor de te innen geldmiddelen relevante informatie aan de betaaldienstverlener van de betaler mee te delen. Indien het innen van geldmiddelen niet mogelijk is, verstrekt de betaaldienstverlener van de betaler aan de betaler, op diens schriftelijke verzoek, alle voor hem beschikbare informatie die relevant is voor de betaler om een rechtsoverdracht in te stellen om de geldmiddelen terug te krijgen. Vergelijkbare wettelijke verplichtingen voor een dienstverlener om diens opdrachtgever die een fout heeft gemaakt te helpen, kent het algemene aansprakelijkheidsrecht niet. Wel zouden vergelijkbare verplichtingen kunnen voortvloeien uit de zorgplicht van de opdrachtnemer (art. 7:401 BW), een contractuele zorgplicht of uit de (aanvullende werking van de) redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW).

6.4.3 Aansprakelijkheid voor een niet, niet tijdig of onjuist uitgevoerde betalingstransactie

Art. 7:543 BW regelt de aansprakelijkheid van de bij een betalingstransactie betrokken betaaldienstverleners (van de betaler en de begunstigde) indien de betaalopdracht door de betaler zelf wordt geïnitieerd en niet, niet tijdig of niet juist wordt uitgevoerd. Lid 1 bepaalt dat de betaaldienstverlener van de betaler jegens de betaler aansprakelijk is voor de juiste uitvoering van de betaalopdracht, tenzij de betaaldienstverlener kan bewijzen dat de betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie (tijdig⁶⁸) heeft ontvangen. In het tenzij-geval is de betaaldienstverlener van de begunstigde aansprakelijk jegens de begunstigde voor de juiste uitvoering van de betalingstransactie. De bewijslast rust ook hier dus, net als bij de vermeend niet-toegestane betalingstransactie, in de eerste plaats op de betaaldienstverlener van de betaler.

67 Rb Amsterdam 13 juli 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:4656, r.o. 8.

68 Verwezen wordt naar art. 7:537 lid 1 BW.

Op grond van lid 2 betaalt de aansprakelijke betaaldienstverlener onverwijld het bedrag van de niet-uitgevoerde of gebrekkig (daaronder begrepen niet tijdig of niet juist) uitgevoerde betalingstransactie terug en herstelt hij onverwijld, in voorkomend geval, de betaalrekening die is gedebiteerd, in de toestand zoals die geweest zou zijn, indien de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden. De valutadatum van de creditering van de betaalrekening van de betaler is uiterlijk de datum waarop het bedrag was gedebiteerd, zodat de betaler geen rente misloopt of betaalt (vgl. voor niet-toegestane transacties hiervoor §6.3.3). Wat mij betreft is aannemelijk dat ook hier geen terugbetalingsverplichting, maar een administratieve ongedaanmaking is bedoeld (zie hiervoor §6.3.3). Een letterlijke toepassing van art. 7:543 lid 2 BW leidt niet steeds tot het gewenste resultaat. Indien de rekening van de betaler bijvoorbeeld wel is gedebiteerd, maar de rekening van de begunstigde niet is gecrediteerd, is met herstel van de rekening van de betaler immers nog steeds geen sprake van een juiste uitvoering van de betalingstransactie. Een juiste toepassing van dit artikel kan dan meebrengen dat de betaaldienstverlener in overleg met de betaler alsnog zorgt dat de betalingstransactie juist wordt uitgevoerd op een wijze die meebrengt dat betaler en begunstigde in de positie worden gebracht waarin zij zouden hebben verkeerd indien de betalingsstransactie meteen juist was uitgevoerd.⁶⁹

Indien de betaaldienstverlener van de begunstigde aansprakelijk is, stelt hij onmiddellijk het bedrag van de betalingstransactie ter beschikking van de begunstigde en crediteert hij, voor zover van toepassing, de betaalrekening van de begunstigde met het overeenkomstige bedrag. De valutadatum voor de creditering van de betaalrekening van de begunstigde is uiterlijk de datum waarop het bedrag bij een juiste uitvoering van de transactie zou zijn gevaluteerd, zodat de begunstigde geen rente misloopt.

Art. 7:544 BW regelt de aansprakelijkheid van de betrokken betaaldienstverleners indien een betaalopdracht door of via de begunstigde is geïnitieerd en niet of gebrekkig wordt uitgevoerd. In dat geval is de betaaldienstverlener van de begunstigde op grond van lid 1 aansprakelijk jegens de begunstigde voor de juiste verzending van de betaalopdracht aan de betaaldienstverlener van de betaler. Is de betaaldienstverlener van de begunstigde aansprakelijk dan geeft hij de betrokken betaalopdracht alsnog

⁶⁹ Zie voor meer voorbeelden van toepassing van deze bepaling R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 289-290.

onmiddellijk door aan de betaaldienstverlener van de betaler en wordt het bedrag op de betaalrekening van de begunstigde gevaluteerd uiterlijk op de datum waarop het bij een correcte uitvoering van de transactie zou zijn gevaluteerd (lid 2). Is de betaaldienstverlener van de begunstigde niet aansprakelijk, dan is de betaaldienstverlener van de betaler aansprakelijk jegens de betaler (lid 4). Er geldt dan een gelijklopende verplichting tot herstel als in het geval de betaalopdracht door de betaler zou zijn geïnitieerd (waarover art. 7:543 lid 2 BW). Ook hier geldt dat de betaaldienstverlener van de betaler deze aansprakelijkheid kan doen overgaan op de betaaldienstverlener van de begunstigde, indien hij bewijst dat de betaaldienstverlener van de begunstigde het bedrag van de betalingstransactie heeft ontvangen (art. 7:544 lid 5 BW).

Op grond van art. 7:545 BW zijn de betaaldienstverleners bovendien aansprakelijk jegens hun respectieve betaaldienstgebruikers voor de kosten waarvoor zij aansprakelijk zijn en de rente die voor rekening van de betaaldienstgebruiker komt wegens niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie.

Ook voor aansprakelijkheid van de betaaldienstverlener (van de betaler of de begunstigde) voor een niet of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie geldt dat de betaaldienstgebruiker verplicht is zijn betaaldienstverlener onverwijld en uiterlijk binnen dertien maanden na de valutadatum waarop zijn rekening is gedebiteerd respectievelijk gecrediteerd kennis te geven van de onjuist uitgevoerde betalingstransactie op grond van art. 7:526 BW, op straffe van verval van zijn recht op rectificatie en schadevergoeding (zie over deze kennisgevingsplicht, op straffe van verval van recht §6.3.3).

De aansprakelijkheid van de rekeninghoudende betaaldienstverlener op grond van art. 7:545a BW indien een betaalopdracht via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd, wordt hierna in §6.6.2 besproken.

Over de hiervoor besproken aansprakelijkheidsgronden lijkt weinig onenigheid te bestaan. Er is, voor zover mij bekend, nog geen rechtspraak over deze bepalingen. De hiervoor besproken aansprakelijkheidsgronden laten het recht op aanvullende schadevergoeding op grond van het algemene verbintenissenrecht onverlet, zo wordt uitdrukkelijk bepaald door art. 7:546 BW (vgl. art. 7:528 lid 6 BW, waarover hiervoor §6.3.3).

6.5 Recht op terugbetaling op grond van art. 7:530 BW

Voor betalingstransacties die door of via een begunstigde worden geïnitieerd (de automatische incasso) geldt nog een extra recht op terugbetaling. Art. 7:530 BW geeft onder bepaalde voorwaarden een recht op terugbetaling aan de betaler door zijn betaaldienstverlener van een met zijn instemming, door of via een begunstigde geïnitieerde, uitgevoerde betalingstransactie. Een recht op terugbetaling bestaat indien a) bij het toestaan van de betalingstransactie niet het precieze bedrag van de betalingstransactie is gespecificeerd en b) het bedrag van de betalingstransactie hoger ligt dan de betaler op grond van zijn eerdere uitgavenpatroon, de voorwaarden van zijn raamovereenkomst en relevante aspecten van de zaak, redelijkerwijs had kunnen verwachten (lid 1). De memorie van toelichting noemt als voorbeeld dat de betaler heeft ingestemd met incasso van het bedrag dat verschuldigd zal worden voor het gebruik van de minibar in een hotel en het bedrag dat van zijn rekening wordt afgeschreven de volledige inhoud van de minibar lijkt te betreffen, terwijl deze betaler een regelmatig bezoeker is van hotels en altijd zeer beperkt gebruikmaakt van de minibar.⁷⁰ De betaler dient op verzoek van de betaaldienstverlener aan te tonen dat aan de voorwaarden van art. 7:530 lid 1 BW is voldaan (lid 2). Is hieraan voldaan, dan heeft de betaler recht op terugbetaling van het volledige bedrag van de uitgevoerde betalingstransactie (lid 3).

Lid 5 bepaalt dat de betaler en de betaaldienstverlener kunnen overeenkomen dat de betaler geen recht heeft op terugbetaling mits a) hij zijn instemming met de uitvoering van de betalingstransactie rechtstreeks aan zijn betaaldienstverlener heeft gericht en b) informatie betreffende de betalingstransactie ten minste vier weken voor de vervaldag op een overeengekomen wijze door de betaaldienstverlener of de begunstigde aan de betaler is verstrekt.

Art. 7:531 BW geeft een aantal termijnen voor de uitoefening van het recht op terugbetaling van art. 7:530 BW. De betaler heeft op grond van lid 1 gedurende een periode van acht weken na de debitering van zijn betaalrekening een onvoorwaardelijk recht om de in art. 7:530 BW bedoelde terugbetaling te verzoeken. De betaaldienstverlener betaalt binnen tien werkdagen na ontvangst van een verzoek om terugbetaling het volledige bedrag van de uitgevoerde betalingstransactie terug dan wel meldt hij dat hij weigert tot terugbetaling over te gaan (lid 2), met vermelding van

⁷⁰ *Kamerstukken II 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 39.*

redenen en opgave van de geschilleninstantie (KiFiD) waartoe de betaler zich kan wenden (lid 3).

Uit art. 7:550 BW volgt dat niet ten nadele van een consument mag worden afgeweken van art. 7:530 en 531 BW. Is de betaaldienstgebruiker geen consument, dan mag dat wel (meer over de (on)mogelijkheid om af te wijken van bepalingen van titel 7.7B, hierna §6.7.4). Ook is het toegestaan om een voor de betaler voordeliger regeling overeen te komen, bijvoorbeeld door overeen te komen dat de betaler op meer gronden gerechtigd is een automatische incasso terug te draaien.

In de praktijk heeft de betaler op grond van de met de betaaldienstverlener overeengekomen voorwaarden vrijwel altijd het recht om binnen een bepaalde termijn, zonder opgave van redenen, een ten laste van zijn betaalrekening automatisch geïncasseerd bedrag te laten terugboeken. De betaaldienstverlener van de betaler bedingt daarnaast meestal het recht om een uitgevoerde incasso te laten terugboeken als het saldo op de betaalrekening onvoldoende is of als de betaalrekening is geblokkeerd. In de door de meeste banken gehanteerde incassovooraarden is bovendien overeengekomen dat een bijschrijving uit hoofde van een automatische incasso geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de betaler of diens betaaldienstverlener binnen de daarvoor gestelde termijn gebruikmaakt van zijn bevoegdheid de incasso ongedaan te maken. Gelet op de aard van het incassocontract wordt aangenomen dat ook de debitering van de rekening van de betaler geschiedt onder de ontbindende voorwaarde dat de debiteur of diens betaaldienstverlener binnen de daarvoor geldende termijn gebruikmaakt van de bevoegdheid tot terugboeking. Dat geldt ook indien dit niet uitdrukkelijk in de voorwaarden ten aanzien van de debitering, maar alleen ten aanzien van de creditering is overeengekomen.⁷¹ Van terugbetaling is bij het vervuld raken van deze ontbindende voorwaarde eigenlijk geen sprake. Er is vanwege vervulling van de ontbindende voorwaarde namelijk van betaling geen sprake geweest. Terugboeking of stornering zijn beter passende termen voor deze louter administratieve ongedaanmaking.⁷² Niet zeker, maar wel aannemelijk, is dat ook bij de uitoefening van het in art. 7:530 lid 1 BW bedoelde recht sprake is van een

71 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, r.o. 4.2, NJ 2012/89, m.nt. P. van Schilfgaarde (*SNS/Pasman q.q.*).

72 W.A.K. Rank, in: *T&C BW*, art. 7:530 BW, aant. 2 en HR 3 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1943, NJ 2005/200, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Mendel q.q./ABN Amro*).

administratieve ongedaanmaking en niet van terugbetaling, zoals de bevoordingen van de bepaling suggereren (zie ook hiervoor §6.3.3).⁷³

Bevoegd gebruik van een storneringsbevoegdheid door de betaaldienstverlener is niet onrechtmatig tegenover de begunstigde van de automatische afschrijving. Ook niet als de betaler en de begunstigde zijn overeengekomen dat de betaler van zijn bevoegdheid tot stornering geen gebruik zal maken.⁷⁴ In het arrest *SNS/Pasman q.q.* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de betaaldienstverlener onder bijzondere omstandigheden misbruik maakt van zijn bevoegdheid om een automatische afschrijving te storneren en daardoor onrechtmatig handelt jegens de schuldenaar/geïncasseerde (en na diens faillissement jegens de gezamenlijke schuldeisers van de gefailleerde).⁷⁵

6.6 De verhouding tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener

6.6.1 Recht op gebruik betaalinitiatiedienstverlener

Art. 7:522b BW bepaalt dat de betaler het recht heeft om voor betaaldiensten gebruik te maken van een betaalinitiatiedienstverlener. De betaaldienstverlener moet een betaalinitiatiedienstverlener toegang geven tot een betaalrekening van een betaaldienstgebruiker indien de betaaldienstgebruiker daartoe uitdrukkelijk instemming verleent. Uitdrukkelijke instemming wordt verleend door middel van sterke cliëntauthenticatie.⁷⁶ Toegang tot de betaalrekening mag niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van een contractuele relatie tussen de betaaldienstverlener bij wie de rekening wordt aangehouden (de rekeninghoudende betaaldienstverlener) en de betaalinitiatiedienstverlener.⁷⁷

73 Zie ook B.A. Schuijling, *Verrekening* (Mon. BW nr. B40), 2019/48 en R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 302.

74 Hof Amsterdam 7 oktober 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BH1053.

75 HR 16 september 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8732, r.o. 5.2-5.3, *NJ* 2012, 89, m.nt. P. van Schilfgaarde (*SNS/Pasman q.q.*).

76 Art. 26h lid 4 sub d Besluit prudentiële regels Wft (Bpr Wft). Zie voor de definitie van sterke cliëntauthenticatie hiervoor §6.2.6.

77 Uitgebreid over de verhouding tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en payment initiation service providers onder de Payment Services Directive II', *FR* 2016/4.

6.6.2 *De positie van de betaalinitiatiedienstverlener in de aansprakelijkheidsregeling*

Met de introductie van de betaalinitiatiedienstverlener is een aantal bepalingen aan de aansprakelijkheidsregeling toegevoegd om de verhouding tussen de rekeninghoudende betaaldienstverlener en de betaalinitiatiedienstverlener te regelen. Deze bepalingen brengen mee dat de betaler altijd terecht kan bij de rekeninghoudende betaaldienstverlener die een door een betaalinitiatiedienstverlener gegeven betaalopdracht heeft uitgevoerd. Art. 7:526 lid 2 BW bepaalt dat wanneer een betaalinitiatiedienstverlener bij een betalingstransactie betrokken is, de betaaldienstgebruiker rectificatie verkrijgt van de rekeninghoudende betaaldienstverlener overeenkomstig art. 7:526 lid 1 BW, onverminderd art. 7:528 lid 1 en 5 BW en art. 7:543 BW.

Art. 7:528 lid 4 BW bepaalt voor het geval dat een betalingstransactie via een betaalinitiatiedienstverlener is geïnitieerd dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetaalt en de betaalrekening herstelt in de toestand zoals die geweest zou zijn wanneer de niet-toegestane betalingstransactie niet had plaatsgevonden. De rekeninghoudende betaaldienstverlener kan daarna eventueel regres nemen op de betaalinitiatiedienstverlener, maar alleen indien de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk is. Lid 5 bepaalt immers dat de betaalinitiatiedienstverlener op verzoek van de rekeninghoudende betaaldienstverlener onmiddellijk de geleden verliezen of de aan de betaler terugbetaalde bedragen, waaronder het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie, vergoedt, indien de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk is voor de niet-toegestane betalingstransactie. Op grond van art. 7:527 lid 1 BW tweede zin rust op de betaalinitiatiedienstverlener de verplichting bewijs te leveren dat, binnen zijn verantwoordelijkheid, de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd en niet door een technische storing of enig ander falen in verband met de betaaldienst waarmee hij is belast, is beïnvloed.

Art. 7:545a lid 1 BW bepaalt voor de niet of gebrekkig (waarmee ik ook bedoel niet tijdig) uitgevoerde betalingstransactie, geïnitieerd door een betaler via een betaalinitiatiedienstverlener, dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener het bedrag waarmee de betaalrekening is gedebiteerd, terugbetaalt en de betaalrekening herstelt in de toestand zoals die zou zijn geweest wanneer de gebrekkige betalingstransactie niet had plaatsgevonden. Ook hier geldt op grond van lid 2 dat op de

betaalinitiatiedienstverlener de bewijslast rust dat de betaalopdracht door de rekeninghoudende betaaldienstverlener tijdig is ontvangen, dat de betalingstransactie binnen de bevoegdheid van de betaalinitiatiedienstverlener is geauthenticeerd, correct is geregistreerd en niet door een technische storing of enig ander falen in verband met de niet-uitvoering of de gebrekkige uitvoering van de transactie is beïnvloed. Indien de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk is voor de niet-uitvoering of de gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie, vergoedt hij de rekeninghoudende betaaldienstverlener op diens verzoek onmiddellijk de geleden verliezen of naar aanleiding van het terugbetalen aan de betaler betaalde bedragen (lid 3).

Volgens Godlieb en Rank laat art. 7:526 lid 2 BW geen ruimte voor de interpretatie inhoudende dat de bepaling er slechts toe strekt om buiten twijfel te stellen dat de betaaldienstgebruiker steeds bevoegd is om de rekeninghoudende betaaldienstverlener aan te spreken, maar er ook voor zou kunnen kiezen om tegen de betaalinitiatiedienstverlener in het geweer te komen.⁷⁸ De memorie van toelichting bij deze bepaling vermeldt inderdaad dat de betaaldienstgebruiker zich tot de rekeninghoudende betaaldienstverlener *moet* richten om een rectificatie van zijn betalingstransactie te krijgen.⁷⁹ Bedoeld lijkt echter te zijn het niveau van bescherming van de betaaldienstgebruiker, in het bijzonder de consument, te vergroten door hem het recht te geven zich tot de rekeninghoudende betaaldienstverlener te richten, ook indien een betaalinitiatiedienstverlener betrokken is.⁸⁰ Bovendien geldt in het algemeen dat de in titel 7.7B geregelde vorderingsrechten andere vorderingen op grond van het algemene verbintenisrecht onverlet laten.⁸¹ Dit is wat mij betreft alleen anders voor zover de aansprakelijkheid van een betaaldienstverlener jegens een betaaldienstgebruiker voor een bepaalde gebeurtenis wordt geregeld in titel 7.7B (vgl. het hiervoor in §6.3.3 besproken arrest van het Hof van Justitie naar

78 A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en payment initiation service providers onder de Payment Services Directive II', *FR* 2016/4, p. 140; W.A.K. Rank, 'Betalingstransacties onder PSD2', *MvV* 2019, p. 115 en 121-122.

79 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 813, nr. 3, p. 42.

80 *Kamerstukken II* 2017-2018, 34 813, nr. 3, p. 50. Zie ook overweging 73 van de Preambule van PSD2: "Om een hoog niveau van consumentenbescherming te garanderen, moeten betalers altijd het recht hebben hun restitutieverzoek aan hun rekeninghoudende betalingsdienstaanbieder te richten, ook indien een betalingsinitiatiedienstaanbieder bij de betalingstransactie betrokken is. Dit laat de toewijzing van aansprakelijkheid tussen de betaaldienstaanbieders onverlet."

81 Zie art. 7:528 lid 6 BW respectievelijk art. 7:546 BW. Zie ook de preambule bij PSD2 in overweging 70: "Deze Richtlijn laat andere vorderingen tussen betalingsdienstgebruikers en betalingsdienstaanbieders onverlet."

aanleiding van prejudiciële vragen gesteld door de Cour de cassation). Met Van Esch meen ik dan ook dat een redelijke uitleg van art. 7:526 lid 2 BW de mogelijkheid onverlet laat dat de betaaldienstgebruiker zich (ook) tot de betaalinitiatiedienstverlener richt op grond van het algemene verbintenissenrecht.⁸² Het zal echter voor de betaaldienstgebruiker veelal eenvoudiger zijn de rekeninghoudende betaaldienstverlener aan te spreken op grond van titel 7.7B.

Hoe dan ook brengt het steeds bestaande recht van de betaaldienstgebruiker om de rekeninghoudende betaaldienstverlener aan te spreken mee dat die rekeninghoudende betaaldienstverlener een aanzienlijk risico draagt. Hij zal slechts een regresrecht hebben op de betaalinitiatiedienstverlener indien deze laatste aansprakelijk is (of niet slaagt in het leveren van bewijs van het tegendeel). Ook indien duidelijk is dat de betaalinitiatiedienstverlener aansprakelijk en in zijn onderlinge verhouding met de rekeninghoudende betaaldienstverlener volledig draagplichtig is, is nog maar de vraag of de betaalinitiatiedienstverlener verhaal biedt. Dat tegenover het feit dat de rekeninghoudende betaaldienstverlener de betaalinitiatiedienstverlener niet mag weigeren of uitkiezen, maar iedere betaalinitiatiedienstverlener toegang moet verlenen tot de betaalrekening van een betaaldienstgebruiker indien deze daarvoor zijn instemming geeft (art. 7:522b BW), en gehouden is tot uitvoering van een door een betaalinitiatiedienstverlener geïnitieerde betaalopdracht (art. 7:533 lid 4 BW) maakt dat ik meen dat consumentenbescherming hier mogelijk een beetje is doorgeschooten.⁸³ Daarbij wijst Voerman er terecht op dat het voor de betaalinitiatiedienstverleners wellicht eenvoudiger zal zijn om gelden die in het kader van een niet-toegestane of foutieve betalingstransactie zijn betaald, terug te halen. Deze betaalinitiatiedienstverleners hebben immers vaak een overeenkomst met de begunstigen van de gelden, zoals een webwinkel. Deze overeenkomst zal er meestal in voorzien dat de betaalinitiatiedienstverlener een betalingstransactie terug kan draaien. De betaalinitiatiedienstverlener heeft in ieder geval, anders dan de betaaldienstverlener, de mogelijkheid om dit met de begunstigde overeen te komen.⁸⁴

82 R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer, Elektronisch betalingsverkeer (Recht en Praktijk nr. FR7)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 292.

83 Anders A.P.C. Godlieb, 'De aansprakelijkheidsverdeling tussen banken en payment initiation service providers onder de Payment Services Directive II', *FR* 2016/4, p. 141 die spreekt van een "evenwichtig aansprakelijkheidsregime".

84 J.A. Voerman, *Betaaldiensten 2.0, Toezicht op innovatieve betaaldiensten (Financieel Juridische Reeks 15)*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 178-179.

6.7 Overige onderwerpen in verband met de aansprakelijkheidsregeling

6.7.1 Mogelijkheden voor regres door de betaaldienstverlener

Hiervoor werd reeds besproken het geval dat een betaalinitiatiedienstverlener is betrokken (art. 7:545a BW). De rekeninghoudende betaaldienstverlener heeft dan een recht van regres op de betaalinitiatiedienstverlener indien deze aansprakelijk is (of niet slaagt in het leveren van bewijs van het tegendeel).

Art. 7:547 lid 1 BW bepaalt dat de betaaldienstverlener die uit hoofde van art. 7:528, 543, 544 en 545 BW verliezen heeft geleden en bedragen heeft betaald, een regresrecht heeft op een andere betaaldienstverlener of intermediair aan wie de aansprakelijkheid kan worden toegerekend. De bepaling noemt één keer alleen art. 7:543 t/m 7:545 BW en ook in de memorie van toelichting worden alleen deze artikelen genoemd en art. 7:528 BW (aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties) niet. Dat lijkt een vergissing. PSD2 noemt de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties wel (art. 92) en nergens blijkt uit dat beoogd is daarvan af te wijken. Dat zou overigens ook niet zijn toegestaan in het licht van het feit dat met de richtlijn volledige harmonisatie is beoogd.

6.7.2 De positie van de begunstigde

De verhouding tussen de betaler en een begunstigde wiens rekening is gecrediteerd door een fout van de betaler of de betaaldienstverlener wordt niet geregeld door titel 7.7B BW en net zomin de verhouding tussen de betaaldienstverlener en de betreffende begunstigde, in het geval de betaaldienstverlener door de betaler tot terugbetaling is aangesproken. Mogelijk kan de begunstigde worden aangesproken op grond van onverschuldigde betaling of ongerechtvaardigde verrijking. Hiervoor moet worden teruggevallen op het algemene verbintenisrecht. Art. 7:542 lid 3 BW regelt slechts de voor de betaaldienstverlener geldende inspanningsverplichting om de betaler die een fout heeft gemaakt te helpen zijn vordering jegens de begunstigde geldend te maken (zie hiervoor §6.4.2).

6.7.3 Overmacht

Art. 7:548 BW bepaalt dat aansprakelijkheid op grond van de afdelingen 2 en 3 van titel 7.7B BW niet geldt in abnormale en onvoorziene

omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden voorkomen, noch indien de betaaldienstverlener uit hoofde van nationaal recht of Unierecht andere wettelijke verplichtingen heeft. Deze bepaling regelt wat bij de toepassing van de aansprakelijkheidsregeling van titel 7.7B BW als overmacht heeft te gelden. Deze bepaling moet, net als de andere bepalingen van titel 7.7B BW, worden uitgelegd in het licht van de richtlijn. Dat brengt mee dat overmacht in de zin van deze bepaling niet hoeft samen te vallen met overmacht in de zin van het algemene verbintenissenrecht.⁸⁵ Er is vooralsnog echter geen reden om aan te nemen dat een materieel verschil bestaat.⁸⁶

6.7.4 Dwingend recht

Art. 7:550 lid 1 BW bepaalt dat van het bepaalde in titel 7.7B niet kan worden afgeweken ten nadele van de betaaldienstgebruiker, tenzij anders is bepaald. Betaaldienstverleners mogen wel gunstiger voorwaarden aanbieden aan de betaaldienstgebruiker. Voor een aantal bepalingen geldt op grond van lid 2 een uitzondering. Daarvan kan wel worden afgeweken ten nadele van de betaaldienstgebruiker, voor zover de betaaldienstgebruiker geen consument is. Dit betreft ook een belangrijk deel van de hiervoor besproken aansprakelijkheidsregeling.⁸⁷

6.8 Tot slot

Hiervoor kwam aan de orde dat onder meer vanwege de letterlijke implementatie van PSD2 in titel 7.7B niet steeds duidelijk is hoe die regeling en de daarin gebruikte terminologie zich verhoudt tot het algemene verbintenissenrecht. Hierna wordt nog kort meer in het algemeen stilgestaan bij de vraag of de aansprakelijkheidsregeling van titel 7.7B past in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht.

85 *Kamerstukken II 2008/09*, 31 892, nr. 3, p. 44-45.

86 Voor een toepassing van overmacht op grond van het algemene verbintenissenrecht in het giraal betalingsverkeer Hof Amsterdam 6 oktober 2020, ECLI:NL:GHAMS:2020:2621, *JOR* 2021/95, m.nt. B. Bierens. De omstandigheden die in dat geval een beroep op overmacht rechtvaardigden, zouden ook op grond van art. 7:548 BW overmacht opleveren.

87 Art. 7:551 BW bepaalt ook voor de ter uitvoering van een aantal bepalingen van titel 7.7B bij algemene maatregel van bestuur geldende regels dat daarvan niet ten nadele van de betaaldienstgebruiker of voor de betaaldienstgebruiker die consument is kan worden afgeweken.

Met de aansprakelijkheidsregeling voor betaaldienstverleners van titel 7.7B lijkt vooral te zijn beoogd het vertrouwen in het betaalsysteem met een toenemend aantal spelers en innovatieve betaaldiensten te vergroten door een hoog niveau van consumentenbescherming. Vragen zoals of de aangesproken betaaldienstverlener een fout heeft gemaakt en of die fout kan worden toegerekend, worden overgeslagen, in het bijzonder voor niet-toegestane betalingstransacties. In geval van niet-toegestane betalingstransacties bestaat in beginsel een verplichting voor de betaaldienstverlener om de schade van de betaler ongedaan te maken, tenzij de betaler fraude, opzet of grove nalatigheid kan worden verweten. De betaaldienstverlener draagt op grond van titel 7.7B het risico van fouten en onrechtmatige daden van derden en van nalatigheid van betalers. Dat biedt de betaaldienstgebruiker een hoge mate van bescherming en komt het vertrouwen in het betaalsysteem wellicht ten goede, maar strookt, in gevallen waarin de betaaldienstverlener geen enkel verwijt kan worden gemaakt en derden of zelfs de betaaldienstgebruiker wel, niet goed met aan het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggende uitgangspunten en niet met het rechtsgevoel. Misbruik door betaaldienstgebruikers van deze aansprakelijkheidsregeling ligt bovendien op de loer en zal voor betaaldienstverleners onmogelijk vast te stellen zijn.

Deze verstrekkende aansprakelijkheidsregeling past wel bij de trend dat aan de bank steeds meer verantwoordelijkheden worden toegekend (bijvoorbeeld bij het voorkomen en opsporen van financiële criminaliteit) en dat de maatschappelijke functie van de bank een bijzondere zorgplicht met zich brengt waaruit een toenemend aantal meer specifieke verplichtingen voortvloeit voor de bank. Zo kan de bijzondere zorgplicht bijvoorbeeld meebrengen dat een bank die kennisneemt van ongebruikelijke activiteiten of ongebruikelijke transacties op een bij haar aangehouden rekening actie dient te ondernemen ter bescherming van derden die daardoor zouden kunnen worden benadeeld. Doet zij dit niet dan is zij mogelijk jegens die derden aansprakelijk voor door de rekeninghouder berokkende schade.⁸⁸

Met PSD2 zijn bovendien in een gedelegeerde verordening publiekrechtelijke verplichtingen geïntroduceerd voor betaaldienstverleners om

88 HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. M.R. Mok (*Safe Haven*); HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399, NJ 2016/245, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Ponzi-zwendel*); Hof Amsterdam 14 mei 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:1611 (*ING/Footlocker*).

op fraude te monitoren.⁸⁹ Betaaldienstverleners moeten mechanismen hebben voor het monitoren van transacties waarmee zij ongeoorloofde of frauduleuze betaaltransacties kunnen opsporen. Hieraan is geen aansprakelijkheid voor de betaaldienstverlener gekoppeld, maar deze publiekrechtelijke verplichtingen zullen op den duur ook de privaatrechtelijke zorgplicht voor betaaldienstverleners mede bepalen en via die weg tot aansprakelijkheid kunnen leiden.⁹⁰

In gevallen waarin aansprakelijkheid van de bank wordt aangenomen wegens schending van de zorgplicht, wordt deze aansprakelijkheid echter, anders dan bij niet-toegestane betalingstransacties op grond van titel 7.7B, wel steeds verbonden aan een verwijtbaar handelen of nalaten van de bank.

89 Art. 2 van de Gedelegeerde verordening (EU) 2018/389 van de Commissie van 27 november 2017 tot aanvulling van Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen voor sterke cliëntauthenticatie en gemeenschappelijke en veilige open communicatiestandaarden. Zie ook art. 98 lid 1 en lid 4 PSD2.

90 Zie ook E.J. van Praag, *PSD2: naar open banking en bankieren in een ecosysteem (Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2020)* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 169), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 143-144.