



Edwin JACOBS

Advocaat Partner *time.lex*

Vrij medewerker aan het

ICRT, K.U.Leuven

# De verdeling van de aansprakelijkheid in geval van frauduleus gebruik van een betaalinstrument

## Situering van de Richtlijn Betalingsdiensten

In dit artikel wordt een overzicht geboden van de belangrijkste bepalingen in verband met de toestemming voor en de uitvoering van betalingstransacties alsook de aansprakelijkheid van betalingsdianstaaubieders ten opzichte van diegene die gebruikmaakt van de betaaldiensten. De aansprakelijkheid van een betalingsdianstaaubieder behelst twee aspecten: de aansprakelijkheid voor verliezen wegens verrichtingen waarvoor geen toestemming was gegeven, en die voor de niet-uitvoering of de gebrekkige uitvoering van een betalingstransactie. In dit overzicht ligt de klemtoon op de eerste categorie en wordt nader ingegaan op de vrijstelling van aansprakelijkheid in geval van grove nalatigheid en frauduleus gebruik door diegene die gebruikmaakt van de betaaldiensten.

### The Way in which Liability is Split Up in Case of Fraudulent Use of a Payment Instrument. Putting the Payment Services Directive Into Perspective

*This article provides an overview of the main provisions dealing with the authorisation and the execution of payment transactions, and also the liabilities of payment service providers with respect to the payment service user. The liability of the payment service provider can be divided in two main categories: liability for losses from unauthorised transactions, and the liability for non-execution or defective execution of a payment transaction. The present overview focuses on the first category and discusses the exemption from liability in case of gross negligence and fraudulent use of the payment service user.*

#### 1. Inleiding

De richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG, (hierna “Richtlijn Betalingsdiensten”)<sup>1</sup> beoogt een nieuw rechtskader voor betalingsverkeer in de Interne Markt. Het vloeit voort uit het Actieplan Financiële Diensten<sup>2</sup> (APFD) en moet resulteren in efficiëntere betaaldiensten, meer gelijke concurrentieverhoudingen,

een afdoende bescherming van gebruikers van betalingsdiensten en veilige betaalproducten op Europees niveau.

De invoering van de euro en van verordening nr. 2560/2001/EG betreffende grensoverschrijdende betalingen in euro<sup>3</sup> hebben bijgedragen aan de daling van de kosten voor grensoverschrijdende betalingen in de Interne Markt en hebben een eerste aanzet gegeven tot de modernisering van de betalingsinfrastructuur in de Europese Unie. Het wegnemen van technische en juridische belemmeringen ziet de Europese Commissie als de volgende stap in het

1. *Pb. L.* 319, 5 december 2007, 1.

2. Mededeling van de Commissie van 11 mei 1999 over de tenuitvoerlegging van het kader voor financiële markten: een actieplan, COM(1999) 232 def. – niet verschenen in het *Publicatieblad*, <http://europa.eu/scadplus/leg/nl/lvb/l24210.htm>.

3. *Pb. L.* 344, 28 december 2001, 13.

proces om de voordelen van de Interne Markt voor girale betalingen beter te benutten.

Het bestaande rechtskader voor betalingsverkeer berust momenteel grotendeels op nationale regelgeving, hetgeen volgens de Commissie leidt tot een versnippering van de Interne Markt. Ook de Europese regelgeving inzake betaaldiensten, die momenteel nog overwegend op grensoverschrijdende betalingen van toepassing is, moet volgens de Commissie worden herzien. Dit zou betrokken partijen in het betalingsverkeer meer rechtszekerheid bieden.

De Richtlijn Betalingsdiensten biedt een rechtskader voor alle aanbieders en gebruikers van betaaldiensten binnen de Europese Unie en beoogt drie zaken:

1. de marktwerking binnen de EU te versterken;
2. de informatie- en transparantievereisten duidelijker en consistenter te maken; en
3. de rechten en plichten van gebruikers en aanbieders van betaaldiensten te versterken.

Duidelijkheid en zekerheid ten aanzien van de basisrechten en -plichten van gebruikers en aanbieders van betaaldiensten zijn volgens de Commissie van groot belang voor de verdere ontwikkeling van de Europese betaalruimte. De Richtlijn Betalingsdiensten voorziet daarom onder meer in een aansprakelijkheidsregeling bij ongeautoriseerde transacties. De richtlijn moet uiterlijk tegen 1 november 2009 in Belgisch recht zijn omgezet maar op het ogenblik van de redactie van deze bijdrage zijn er nog geen wetsvoorstel of voorbereidende werken beschikbaar.

Onderzocht moet worden wat de nieuwe regeling in de Richtlijn Betalingsdiensten inhoudt over frauduleus gebruik van betaalinstrumenten.

## 2. Aansprakelijkheid wegens niet-toegestane betalingstransacties in de Richtlijn Betalingsdiensten

Een aansprakelijkheidsregeling voor aanbieders van betalingsdiensten voor niet-toegestane transacties is niet nieuw.

De aanbeveling 97/489/EG van de Commissie van 30 juli 1997 betreffende transacties die met een elektronisch betaalinstrument worden verricht, in het bijzonder inzake de betrekking tussen uitgever en houder<sup>4</sup> (de “aanbeveling”) voorziet reeds in bepalingen in dat verband<sup>5</sup>. De Richtlijn Betalingsdiensten integreert nu echter de regeling van de niet-bindende aanbeveling in een juridisch bindende Europese richtlijn. Bovendien is het toepassingsgebied van de Richtlijn Betalingsdiensten ook ruimer dan de aanbeveling aangezien ze niet beperkt is tot (1) transacties die met een elektronisch betaalinstrument worden verricht en (2) niet is beperkt tot de relatie tussen de uitgever en de houder van elektronische betaalinstrumenten, maar zicht uitstrekt tot alle betalingsdiensten opgenomen in de bijlage van de Richtlijn Betalingsdiensten.

Het is de bedoeling van de Europese wetgever<sup>6</sup> dat een aansprakelijkheidsverdeling bij niet-toegestane transacties moet zorgen voor een hoog niveau van bescherming van de gebruiker, terwijl tegelijkertijd de noodzaak van fraudepreventie niet uit het oog mag worden verloren. Volgens de Europese Commissie mag wetgeving bijvoorbeeld niet door verkeerde stimuli de waarschijnlijkheid van fraude door de rechtmatige gebruiker van betalingsdiensten (de zogeheten “*first-party fraud*”) in de hand werken.

Frauduleus gebruik was wel reeds gedeeltelijk geregeld in richtlijn 97/7/EG<sup>7</sup> (bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten) en in richtlijn 2002/65/EG<sup>8</sup> (frauduleus gebruik van kaartbetalingen bij handel op afstand). De bepalingen in deze beide richtlijnen hielden geen gedetailleerde<sup>9</sup> verplichtingen in en betroffen alleen frauduleus gebruik van een betaalkaart door een derde (de “*third party fraud*”), en niet door de rechtmatige kaarthouder zelf. De Richtlijn Betalingsdiensten integreert<sup>10</sup> nu de regelingen van beide voormelde richtlijnen in een globale wettelijke aansprakelijkheidsregeling over frauduleus gebruik van een betaalinstrument.

### 2.1. Instemming, verlening en intrekking van de instemming

Om dit nieuwe wettelijke regime in de Richtlijn Betalings-

4. Art. 6-8 van de Aanbeveling Comm. nr. 97/489/EG, 30 juli 1997 betreffende transacties die met een elektronisch betaalinstrument worden verricht, in het bijzonder inzake de betrekking tussen uitgever en houder, *Pb.* L.208, 2 augustus 1997, 52-58.
5. Zie ook art. 6-8 van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, *B.S.* 17 augustus 2002.
6. Mededeling van 2 december 2003 van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende een nieuw rechtskader voor betalingen in de interne markt, COM(2003) 718 definitief, 56.
7. Art. 8 van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, *Pb.* L.144, 4 juni 1997, 19-27.
8. Art. 8 van de richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, *Pb.* L. 271 van 9 oktober 2002, 16.
9. Zie overweging 56 van de Richtlijn Betalingsdiensten
10. Art. 8 van richtlijn 97/7/EG wordt geschrapt door art. 89 van de Richtlijn Betalingsdiensten en art. 8 van richtlijn 2002/65/EG wordt geschrapt door art. 90 Richtlijn Betalingsdiensten.

diensten te kunnen begrijpen, moet eerst worden ingegaan op het begrip instemming tot een betalingstransactie.

Volgens artikel 54 van de Richtlijn Betalingsdiensten is een betalingstransactie pas toegestaan op voorwaarde dat de betaler heeft ingestemd met de uitvoering van de betalingsopdracht<sup>11</sup>. Een betalingstransactie kan voorafgaand aan de uitvoering of, indien overeengekomen door de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder, na de uitvoering door de betaler worden toegestaan. De instemming om een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties te doen uitvoeren, wordt verleend in de tussen de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder overeengekomen vorm.

Bij gebreke van een dergelijke instemming wordt een betalingstransactie als niet toegestaan aangemerkt<sup>12</sup>. De uitdrukkelijke voorwaarde van de instemming als toelating van de betaling bevond zich niet in de aanbeveling 97/489 noch in de (door de Richtlijn Betalingsdiensten ingetrokken<sup>13</sup>) richtlijn 97/5, die het wel had over de verplichting van de dienstverlener de opdracht tot grensoverschrijdende overmaking overeenkomstig de instructies<sup>14</sup> van de opdrachtgever uit te voeren.

De procedure voor het verlenen van de instemming wordt overeengekomen tussen de betaler en de betalingsdienstaanbieder<sup>15</sup>. De Richtlijn Betalingsdiensten verwijst naar het begrip “betaalinstrument” dat wordt gedefinieerd<sup>16</sup> als “gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures, overeengekomen tussen de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder, waarvan de betalingsdienstgebruiker gebruikmaakt om de betalingsdienstaanbieder in staat te stellen een betalingsopdracht te initiëren”.

In het eerste richtlijnvoorstel<sup>17</sup> van de Europese Commissie was de definitie van “betaalinstrument” geïnspireerd door het begrip “elektronisch betalingsinstrument”<sup>18</sup> uit

aanbeveling 97/489 en werd betaalinstrument dus anders gedefinieerd, namelijk als “gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures waarvan de betalingsdienstgebruiker gebruik maakt om de betalingsdienstaanbieder in staat te stellen een betalingsopdracht te authenticeren.” Verder werd nog bepaald dat indien dit instrument niet door de betalingsdienstaanbieder is verstrekt, de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker kunnen overeenkomen om voor de authenticatie van betalingsopdrachten een ander instrument te gebruiken dat ook voor andere doeleinden kan dienen.

Met “elektronisch betaalinstrument” in de Aanbeveling werden zowel “betaalinstrument met toegang op afstand” als “elektronisch-geldinstrument” bedoeld. Het begrip “betaalinstrument met toegang op afstand” uit de aanbeveling is verwant met dat begrip “betaalinstrument” in de Richtlijn Betalingsdiensten, in die zin dat voor authenticatie van de betaling middels een betaalinstrument met toegang op afstand, gewoonlijk een persoonlijk identiteitsnummer (PIN-code) en/of een ander soortgelijk bewijs van identiteit benodigd was<sup>19</sup>.

De uiteindelijke definitie van “betaalinstrument” in de eindversie van de Richtlijn Betalingsdiensten verwijst niet meer naar identificatie of een bewijs van identiteit noch naar authenticatie, maar wel naar het “initiëren” van een betalingsopdracht. Er moet een beperkte interpretatie worden gegeven aan het begrip “betaalinstrument”. Zo blijkt uit het antwoord<sup>20</sup> van de Europese Commissie op de vraag of een (vooraf ingevuld) overschrijvingsformulier dan ook als een betaalinstrument kan worden beschouwd. Volgens de Europese Commissie is de definitie van “betaalinstrument” bedoeld om te omvatten: fysieke middelen<sup>21</sup> (zoals kaarten of mobiele telefoons) en/of een geheel van procedures (zoals PIN-codes, TAN-codes<sup>22</sup>, digipass, login/paswoord, enz.) die een betalingsdienstge-

11. Art. 54(1) Richtlijn Betalingsdiensten.

12. Art. 54(2) Richtlijn Betalingsdiensten.

13. Art. 93 Richtlijn Betalingsdiensten.

14. Zie wel art. 7 van deze richtlijn 97/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 januari 1997 betreffende grensoverschrijdende overmakingen, *Pb.* L.043, 14 februari 1997, 25-30, over “de verplichting de opdracht tot grensoverschrijdende overmaking overeenkomstig de instructies van de opdrachtgever uit te voeren”.

15. Art. 54(4) Richtlijn Betalingsdiensten.

16. Art. 4(23) Richtlijn Betalingsdiensten.

17. Art. 4(17) van het richtlijnvoorstel van 1 december 2005, COM(2005) 603 definitief, 2005/0245 (COD), beschikbaar in de “legislative observatory” op de website van het Europees Parlement.

18. In art. 2a) wordt “elektronisch betaalinstrument” gedefinieerd als “een instrument waarmee de houder daarvan de in art. 1, lid 1, vermelde transacties kan verrichten. Daarmee worden zowel betaalinstrumenten met toegang op afstand als elektronisch-geldinstrumenten bedoeld”.

19. Art. 2 b) definieert “betaalinstrument met toegang op afstand” als “een instrument waarmee een houder toegang kan krijgen tot geldmiddelen die zich op diens rekening bij een instelling bevinden, waarbij een betaling aan een begunstigde wordt toegestaan en waarvoor gewoonlijk een persoonlijk identiteitsnummer (PIN-code) en/of een ander soortgelijk bewijs van identiteit benodigd is. Hieronder zijn met name betaalkaarten (krediet-, debet-, uitgestelde debiterings- of bankkaarten) en toepassingen voor telefonisch en thuisbankieren begrepen.”

20. Zie antwoord op vraag nr. 34, in de regelmatig geactualiseerde FAQ [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/framework/transposition\\_en.htm#question](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/transposition_en.htm#question).

21. In de FAQ die in het Engels is opgesteld staat “device”, wat je dan weer in het Nederlands kan vertalen door apparaat, toestel, maar ook door “middel” zoals bijvoorbeeld in de bijlage 3 (“secure signature-creation devices” – “veilige middelen voor het aanmaken van elektronische handtekeningen”) van de Europese Richtlijn 1999/93/EG over de elektronische handtekening.

22. Transaction Authentication Number.

bruiker kan gebruiken om instructies te geven aan zijn betalingsdienstaanbieder teneinde een betalingstransactie uit te voeren. Indien nu de betalingstransactie op papier wordt geïnitieerd, dan wordt volgens de zienswijze van de Europese Commissie, het papieren overschrijvingsformulier zelf niet als een betalingsinstrument beschouwd.

Een betaalinstrument kan worden gebruikt voor het overbrengen van de instemming tot de betalingstransactie van de betaler aan de betalingsdienstaanbieder. Wanneer voor de mededeling van de instemming van een specifiek betaalinstrument gebruik wordt gemaakt, kunnen de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder uitgavenlimieten overeenkomen voor betalingsdiensten die met dat betaalinstrument zijn verricht<sup>23</sup>. Indien zulks is overeengekomen, kan de betalingsdienstaanbieder zich het recht voorbehouden een betaalinstrument te blokkeren om objectief gerechtvaardigde redenen die verband houden met de veiligheid van het betaalinstrument, het vermoeden van niet-toegestaan of frauduleus<sup>24</sup> gebruik van het betaalinstrument of, in geval van een betaalinstrument met een kredietlijn, het aanzienlijk toegenomen risico dat de betaler niet in staat is zijn betalingsplicht na te komen.

In dergelijke gevallen informeert de betalingsdienstaanbieder de betaler op de overeengekomen wijze van de blokkering van het betaalinstrument en van de redenen daarvoor, indien mogelijk voordat het betaalinstrument wordt geblokkeerd, en ten laatste onmiddellijk daarna, tenzij dat informeren objectief gerechtvaardigde veiligheidsoverwegingen zou doorkruisen of verboden is krachtens andere toepasselijke communautaire of nationale wetgeving<sup>25</sup>. De betalingsdienstaanbieder deblokkeert het betaalinstrument of vervangt dit door een nieuw betaalinstrument zodra de redenen voor de blokkering niet langer bestaan<sup>26</sup>.

De instemming om de betalingstransactie toe te staan kan zowel door de betaler als door een derde, de begunstigde<sup>27</sup> in geval van een automatische afschrijving<sup>28</sup>, worden gegeven.

De instemming kan te allen tijde, doch uiterlijk op het tijdstip van het onherroepelijk worden krachtens artikel 66 (onherroepbaarheid van een betalingsopdracht), door de betaler worden ingetrokken. Hetzelfde geldt voor een instemming met de uitvoering van een reeks betalingstransacties, die kan worden ingetrokken met als gevolg dat iedere toekomstige betalingstransactie als niet-toegestaan wordt aangemerkt<sup>29</sup>. Een betalingsopdracht wordt onherroepbaar zodra de betalingsdienstaanbieder de betalingsopdracht van de betaler heeft ontvangen. In het geval van een automatische afschrijving kan de betaler de betalingsopdracht evenwel herroepen, ten laatste aan het einde van de werkdag die voorafgaat aan de dag waarop de betaalrekening volgens afspraak wordt gedebiteerd<sup>30</sup>.

## 2.2. Rechten en verplichtingen van partijen bij een betalingstransactie

### A. Plichten van de betalingsdienstgebruiker

De betalingsdienstgebruiker die gemachtigd is om een betaalinstrument te gebruiken, is verplicht de betalingsdienstaanbieder, of de door laatstgenoemde gespecificeerde entiteit<sup>31</sup>, onverwijld in kennis te stellen wanneer hij zich rekenschap geeft van het verlies, de diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument of van het niet-toegestane gebruik ervan<sup>32</sup>.

De term “onverwijld” wordt niet gedefinieerd<sup>33</sup> in de Richtlijn Betalingsdiensten. De Franse tekst heeft het over “*sans tarder*” en de Engelse versie vermeldt “*without undue delay*”.

De lidstaten kunnen derhalve zelf bepalen welke termijn “onverwijld” is in de zin van de Richtlijn Betalingsdiensten<sup>34</sup>. In België voorziet de wet betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen<sup>35</sup> ook dat de houder “onverwijld” de uitgever, of de door hem aangeduide entiteit, onverwijld in kennis moet stellen.

23. Art. 55(1) Richtlijn Betalingsdiensten.

24. Art. 55(2) Richtlijn Betalingsdiensten.

25. Art. 55(3) Richtlijn Betalingsdiensten.

26. Art. 55(4) Richtlijn Betalingsdiensten.

27. Zie art. 42(1) tweede alinea van het oorspronkelijke voorstel, COM(2005) 603 definitief, 2005/0245 (COD), niet meer opgenomen in de definitieve tekst.

28. Zie definitie van “automatische afschrijving” in art. 4(28) van de Richtlijn Betalingsdiensten

29. Art. 54(3) Richtlijn Betalingsdiensten.

30. Art. 66(3) Richtlijn Betalingsdiensten.

31. Bijvoorbeeld Card Stop

32. Art. 56(1)b Richtlijn Betalingsdiensten.

33. De aanbeveling 97/489 vereiste “onverwijld” (Nederlandstalige versie), “without delay” (Engelstalige versie) maar “dès qu’il en a connaissance” (Franstalige versie).

34. Het is echter niet letterlijk voorzien als optioneel artikel in de lijst van 23 opties. Voor een overzicht daarvan zie: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/framework/options\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/options_en.htm).

35. Art. 8 § 1 van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, B.S. 17 augustus 2002.

De gebruiker van het betaalinstrument heeft nog andere verplichtingen. Hij moet het betaalinstrument gebruiken overeenkomstig de voorwaarden die op de uitgifte en het gebruik van het betaalinstrument van toepassing zijn<sup>36</sup>. De betalingsdienstgebruiker moet eveneens, zodra hij een betaalinstrument ontvangt, in het bijzonder alle redelijke maatregelen om de veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken (bijvoorbeeld paswoord en PIN-code) ervan te waarborgen<sup>37</sup>.

### B. Plichten van de betalingsdienstaanbieder

Op de schouders van de betalingsdienstaanbieder rusten uiteraard ook verplichtingen<sup>38</sup> met betrekking tot betaalinstrumenten. Deze zijn gelijkaardig<sup>39</sup> aan de verplichtingen van de uitgever van een elektronisch middel voor de overmaking van geldmiddelen in de aanbeveling 97/489. De betalingsdienstaanbieder die het betaalinstrument uit geeft, moet ervoor zorgen dat de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken (PIN-code) van een betaalinstrument niet toegankelijk zijn voor andere partijen dan de betalingsdienstgebruiker die gerechtigd is het betaalinstrument te gebruiken, onverminderd de verplichtingen van de betalingsdienstgebruiker overeenkomstig artikel 56, zoals hierboven beschreven.

De betalingsdienstaanbieder zendt geen ongevraagd betaalinstrument toe, tenzij een betaalinstrument dat reeds aan de betalingsdienstgebruiker verstrekt is, moet worden vervangen. Hij zorgt ervoor dat er te allen tijde passende middelen beschikbaar zijn om de betalingsdienstgebruiker in staat te stellen een kennisgeving krachtens artikel 56, lid 1, onder b), te doen (onverwijld kennisgeving in geval van diefstal, verlies, onrechtmatig gebruik, niet-toegestaan gebruik), of om deblokking te verzoeken op grond van artikel 55, lid 4 (deblokking zodra redenen voor blokking niet meer bestaan).

De betalingsdienstaanbieder verstrekt de betalingsdienstgebruiker desgevraagd de middelen waarmee laatstgenoemde kan bewijzen, tot achttien maanden na de kennisgeving, dat hij een dergelijke kennisgeving heeft gedaan, en hij belet dat het betaalinstrument nog kan worden

gebruikt zodra de kennisgeving overeenkomstig artikel 56, lid 1, onder b), is gedaan.

De betalingsdienstaanbieder draagt het risico van het zenden van een betaalinstrument aan de betaler of het zenden van gepersonaliseerde veiligheidskenmerken (m.a.w. PIN-code) ervan.

### C. Termijn van kennisgeving aan de betalingsdienstaanbieder

Artikel 58 van de Richtlijn Betalingsdiensten introduceert een vervaltermijn voor de kennisgeving door de gebruiker van niet-toegestane of foutieve betalingstransacties. De betalingsdienstgebruiker die zich rekenschap geeft van een niet-toegestane of foutieve betalingstransactie welke aanleiding geeft tot een vordering, met inbegrip van een vordering krachtens artikel 75, verkrijgt alleen rectificatie van zijn betalingsdienstaanbieder indien hij hem onverwijld en uiterlijk dertien maanden na de valutadatum van de debitering kennis geeft van de bewuste transactie, tenzij de betalingsdienstaanbieder, in voorkomend geval, de informatie betreffende die betalingstransactie niet overeenkomstig titel III van de Richtlijn Betalingsdiensten heeft verstrekt of ter beschikking heeft gesteld, en de gebruiker derhalve niet op de hoogte kon zijn.

### D. Bewijslast van instemming en correcte uitvoering

Artikel 59 van de Richtlijn Betalingsdiensten legt de bewijslast inzake instemming en correcte uitvoering van betalingstransacties bij de betalingsdienstaanbieder<sup>40</sup>. De aanbeveling 97/489 legde de bewijslast ook bij de uitgever<sup>41</sup>. De bewijzen die hij moet voorleggen, zijn weliswaar beperkt tot wat hij onder zijn controle heeft. Wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd, is de betalingsdienstaanbieder gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd, juist is geregistreerd, is geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed<sup>42</sup>. Hieruit kan

36. Art. 56(1)a Richtlijn Betalingsdiensten.

37. Art. 56(2) Richtlijn Betalingsdiensten.

38. Art. 57 Richtlijn Betalingsdiensten.

39. Art. 7(2) a) en b) van de aanbeveling 97/489.

40. Zie ook Annex (1) q) van de richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten, waarin wordt verboden: "Bedingen die tot doel of tot gevolg hebben: q) het indienen van een beroep of het instellen van een rechtsvordering door de consument te beletten of te belemmeren, met name door de consument te verplichten zich uitsluitend tot een niet onder een wettelijke regeling ressorterend scheidsgerecht te wenden, door de bewijsmiddelen waarop de consument een beroep kan doen op ongeoorloofde wijze te beperken of hem een bewijslast op te leggen die volgens het geldende recht normaliter op een andere partij bij de overeenkomst rust.", Pb. L.095, 21 april 1993, 0029-0034.

41. Art. 7(2) e) van Aanbeveling 97/489. Zie ook art. 6, 8° van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, B.S. 17 augustus 2002.

42. Art. 59(1) Richtlijn Betalingsdiensten.

afgeleid worden dat een betalingstransactie vermoed<sup>43</sup> wordt niet-toegestaan te zijn, wanneer de betalingsdienstaanbieder er niet in slaagt de bewijzen vereist door artikel 59 voor te leggen. Artikel 59(1) is ook van toepassing voor betalingen die pas na hun uitvoering worden goedgekeurd (deze mogelijkheid wordt immers voorzien in artikel 54(1) *in fine*), en de betalingdienstgebruiker ontkent een transactie te hebben goedgekeurd<sup>44</sup>.

In artikel 59(2) is uitdrukkelijk voorzien dat het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betalingsdienstaanbieder is geregistreerd (bijvoorbeeld registratie van het gebruik van een debet of creditkaart) op zichzelf niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijst dat de betalingstransactie door de betaler is toegestaan of dat de betaler frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 56 van de Richtlijn Betalingsdiensten niet is nagekomen<sup>45</sup>.

De Europese Commissie is van oordeel<sup>46</sup> dat het gebruik van een PIN-code geen voldoende bewijs is voor de toestemming met de transactie: de PIN-code kan immers onderschept worden gelijktijdig met de kaartgegevens in geval van fraude. De partijen (betalingsdienstaanbieder en betalingdienstgebruiker) kunnen in een raamcontract<sup>47</sup> afspraken maken over de vorm en de procedure van de toestemming en over welke communicatiemiddelen, inclusief hun technische vereisten, aanvaard zijn, maar transacties geautoriseerd door middel van een PIN-code mogen echter niet worden uitgesloten van het toepassingsgebied van artikel 59(2).

Gelet op de hierboven beschreven verplichtingen van artikel 59, de ernstige gevolgen indien er niet aan kan worden voldaan, en de outsourcing circulaire<sup>48</sup> van de CBFA, hebben financiële instellingen er alle belang bij hierover de nodige contractuele bepalingen te voorzien in de outsourcingcontracten met leveranciers die hen diensten verlenen in de betalingsketen (bijvoorbeeld netwerkinfrastructuur, registratielogs, software, andere technische diensten).

## 2.3. Aansprakelijkheid van partijen in geval van niet-toegestane transactie

### A. Aansprakelijkheid van de betalingsdienst-aanbieder

Artikel 60 en 61 van de Richtlijn Betalingsdiensten regelen de aansprakelijkheid van zowel de betalingsdienstaanbieder als van de betaler in geval van niet-toegestane betalingstransacties. Het toepassingsgebied van artikel 60 (dat betrekking heeft op betalingstransacties in het algemeen) is ruimer dan het toepassingsgebied van artikel 61 (dat slechts betrekking heeft op betalingstransacties waarbij er gebruik wordt gemaakt van betaalinstrumenten).

De aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder was ook al terug te vinden in de aanbeveling 97/489 (daar “uitgever” van een “betaalinstrument”)<sup>49</sup>, maar was onbestaande in de (door de Richtlijn Betalingsdiensten ingetrokken<sup>50</sup>) richtlijn 97/5.

Volgens de Richtlijn Betalingsdiensten moet de betalingsdienstaanbieder van de betaler in geval van een niet-toegestane betalingstransactie onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetalen. In voorkomend geval moet hij ook de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd, herstellen in de toestand zoals die geweest zou zijn wanneer de niet-toegestane betalingstransactie niet zou hebben plaatsgevonden<sup>51</sup>. Deze verplichting geldt voor zover de betaler zijn eigen verplichtingen uit artikel 58 (onder andere de kennisgeving uiterlijk dertien maanden na de valutadatum van de debitering) respecteert. Voor aanvullende financiële compensatie wordt verwezen naar het (nationale) recht dat van toepassing is op het tussen de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder gesloten contract.

### B. Aansprakelijkheid van de betaler

De aansprakelijkheid van de betaler is beperkt tot een bedrag van maximum 150 EUR voor niet toegestane betalingstransacties die voortvloeien uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument of, indien de betaler

43. Art. 48(2) van het richtlijnvoorstel, van 1 december 2005, COM(2005) 603 definitief, 2005/0245 (COD) voorzag nog in een vermoeden ten gunste van de betalingsdienstgebruiker, dat zelfs zou blijven bestaan nadat de betalingsdienstaanbieder het bewijs zou hebben geleverd dat de transactie was geauthenticeerd. In de definitieve tekst van artikel 59 van de Richtlijn Betalingsdiensten is deze passage niet meer opgenomen.

44. Zie antwoord op vraag nr. 75 in de FAQ van de Commissie.

45. Vgl. voor wat het beoordelen van de nalatigheid van de gebruiker betreft, art. 8 § 2 in de wet van 17 juli 2000, “Wat de beoordeling van de nalatigheid betreft, houdt de rechter rekening met het geheel van de feitelijke omstandigheden. Het produceren door de uitgever van de registraties bedoeld in artikel 6, 8°, en het gebruik van het betaalmiddel met de code die enkel door de houder is gekend, vormen geen voldoende vermoeden van nalatigheid vanwege de houder.”

46. Zie antwoord op vraag nr. 112 in de FAQ van de Commissie.

47. Art. 42(2)(a) en (c) en art. (4)(a).

48. Circulaire PPB 2004/5 van 22 juni 2004 over gezonde beheerspraktijken bij uitbesteding door kredietinstellingen en beleggingsondernemingen, [www.cbfa.be](http://www.cbfa.be).

49. Art. 8 van de aanbeveling 97/489. Zie ook art. 7 van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, B.S. 17 augustus 2002.

50. Art. 93 Richtlijn Betalingsdiensten.

51. Art. 60(1) Richtlijn Betalingsdiensten.

heeft nagelaten de veiligheid van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken (bijvoorbeeld PIN-code of creditcardnummer bij online aankopen) ervan te waarborgen, uit onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument. Dit laatste geval is in het bijzonder relevant voor online aankopen waarbij het nummer van de creditcard wordt meegegeeld door de betaler.

Wanneer de betaler niet frauduleus of opzettelijk aan zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 56 heeft verzaakt, kunnen de lidstaten het bedrag van 150 EUR nog verder beperken<sup>52</sup>. Hierbij zullen ze kunnen rekening houdend met de aard van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken<sup>53</sup> van het betaalinstrument en met de omstandigheden waarin het is verloren, gestolen of onrechtmatig werd gebruikt. De bedoeling van de Europese wetgever is dat beter beveiligde instrumenten worden verstrekt<sup>54</sup> en ook<sup>55</sup> dat de houder van het betaalinstrument wordt aangespoord om van elke diefstal of verlies een kennisgeving te doen aan zijn betalingsdienstaanbieder om op die manier verdere niet-toegestane transacties te voorkomen. Hierbij kan toch de vraag worden gesteld of deze doelstelling zal worden bereikt door een dergelijk laag bedrag als 150 EUR, of zelfs minder volgens de nationale wetgeving, te voorzien. Dit zou zelfs kunnen leiden tot een onevenwichtige aansprakelijkheidsverdeling tussen de partijen, wat de Europese wetgever nu net wilde vermijden<sup>56</sup>.

De betaler draagt weliswaar alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien, indien deze zich hebben voorgedaan doordat hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer verplichtingen uit hoofde van artikel 56 niet is nagekomen. In dergelijke gevallen is de beperking tot 150 EUR niet van toepassing.

Nadat de betaler de kennisgeving aan zijn dienstverlener heeft gedaan, heeft het gebruik van het verloren, gestolen of wederrechtelijk toegeëigende betaalinstrument geen financiële gevolgen voor hem, tenzij hij frauduleus heeft gehandeld<sup>57</sup>. Indien de betalingsdienstaanbieder echter

nalaat om passende middelen beschikbaar te stellen waarmee te allen tijde kennisgeving kan worden gedaan van verlies, diefstal of wederrechtelijke toe-eigening van een betaalinstrument, is de betaler niet aansprakelijk voor de financiële gevolgen die uit het gebruik van dat betaalinstrument voortvloeien. Opnieuw is frauduleus handelen hier de uitzondering<sup>58</sup>.

## 2.4. Aansprakelijkheid in geval van frauduleus gebruik door de betaler

Overeenkomstig artikel 61(2) van de Richtlijn Betalingsdiensten draagt de betaler dus, zonder dat de limiet 150 EUR van toepassing is, en zelfs indien hij de betalingsdienstverlener op de hoogte heeft gebracht, alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien, indien deze zich hebben voorgedaan doordat hij frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 56 niet is nagekomen. Loutere nalatigheid is niet voldoende. De richtlijn vereist uitdrukkelijk opzet, grove fout of fraude.

Ook in aanbeveling 97/489 was een gelijkaardige bepaling opgenomen<sup>59</sup>, waarbij de houder volledig aansprakelijk was voor de verliezen in geval hij “uiterst onzorgvuldig” of “frauduleus” had gehandeld.

### A. Fraude

Het begrip fraude stelt weinig interpretatieproblemen. Zoals *supra* aangehaald was frauduleus gebruik wel reeds gedeeltelijk geregeld in richtlijn 97/7/EG<sup>60</sup> (bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten) en in richtlijn 2002/65/EG<sup>61</sup> (frauduleus gebruik van kaartbetalingen bij handel op afstand). De bepalingen in deze beide richtlijnen betroffen alleen frauduleus handelen door een derde (de “*third party fraud*”), en niet door de rechtmatige kaarthouder zelf. Het begrip frauduleus handelen in deze twee richtlijnen is dus niet hetzelfde als in de Richtlijn Betalingsdiensten.

52. Art. 61(3) Richtlijn Betalingsdiensten.

53. Bijvoorbeeld oplaadbaar instrument t.o.v. kredietkaart of debetkaart, of e-banking met digipass of smartcard.

54. Zie overweging 34 van de Richtlijn Betalingsdiensten.

55. Zie overweging 32 van de Richtlijn Betalingsdiensten.

56. Zie de opmerkingen van de diverse markspelers en onder meer de European Payment Council, samengevat in het document “Summary of comments received on COM (2003) 718 final concerning a New Legal Framework for Payments in the Internal Market”, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/2004-contributions/annex-06\\_table.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/2004-contributions/annex-06_table.pdf).

57. Art. 61(4) Richtlijn Betalingsdiensten. Alleen frauduleus handelen is een uitzondering. (Grove) nalatigheid wordt niet als uitzondering vermeld.

58. Art. 61(5) Richtlijn Betalingsdiensten. Ook hier: alleen frauduleus handelen is een uitzondering. (Grove) nalatigheid wordt niet als uitzondering vermeld.

59. Art. 6(1) van de aanbeveling 97/489. Zie ook art. 8 § 2 van de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen, B.S. 17 augustus 2002.

60. Art. 8 van richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten, Pb. L.144, 4 juni 1997, 19-27.

61. Art. 8 van de richtlijn 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad, van 23 september 2002 betreffende de verkoop op afstand van financiële diensten aan consumenten en tot wijziging van de Richtlijnen 90/619/EEG, 97/7/EG en 98/27/EG van de Raad, Pb. L.271, 9 oktober 2002, 16.



## B. Grove nalatigheid

Het begrip “grove nalatigheid” is echter veel minder duidelijk. Uit nazicht van de voorbereidende werken van de richtlijn, met name de verslagen en standpunten ingenomen tijdens de consultatieprocedure, blijkt dat sommige protagonisten<sup>62</sup> ervoor ijverden om de aansprakelijkheid van de betalingsdienstgebruiker uit te breiden tot loutere nalatigheid. De Europese Commissie heeft echter haar standpunt niet gewijzigd, en koos ervoor grove nalatigheid te behouden als criterium voor de aansprakelijkheid van de betalingsdienstgebruiker.

Het begrip (grove) nalatigheid wordt niet gedefinieerd in de richtlijn. Nochtans was tijdens de consultatieperiode vanuit verschillende hoeken<sup>63</sup> de vraag tot verduidelijking door middel van een definitie geopperd, omdat het begrip verschillend wordt geïnterpreteerd in de diverse lidstaten. Derhalve zal “nalatigheid” en “grove nalatigheid” het voorwerp blijven uitmaken van verschillende interpretaties<sup>64</sup> in de lidstaten.

## 3. Besluit

De Richtlijn Betalingsdiensten past het begrip van frauduleus handelen toe in een ruimer toepassingsgebied, namelijk ook voor fraude gepleegd door de rechtmatige gebruiker en voor alle betalingsinstrumenten. De aansprakelijkheid van de betalingsdienstverlener voor verliezen door niet-toegelaten transacties komt veeleer als disproportioneel over, zeker in vergelijking met de beperkte aansprakelijkheid tot 150 EUR van de betalingsdienstgebruiker.

Heel wat begrippen in de Richtlijn Betalingsdiensten vragen om meer verduidelijking, die niet altijd blijkt uit de voorbereidende werken, nu sommige tekstvoorstellen niet in de uiteindelijke richtlijn zijn weerhouden of niet zijn gedefinieerd in de richtlijn. Bovendien valt af te wachten hoe de lidstaten de richtlijn zullen omzetten in hun nationaal recht, en onder meer in welke mate de lidstaten zullen beslissen dat micro-ondernemingen<sup>65</sup> als consumenten moeten worden behandeld, hetgeen de consumentenbescherming zoals voorzien in de richtlijn kan uitbreiden tot een groot deel van de professionele betalingsdienstgebruikers.

62. Zo onder meer het standpunt van de Irish Payment Services Organisation, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/2004-contributions/ipso\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/2004-contributions/ipso_en.pdf), p. 9; De Belgische overheid daarentegen verwees naar grove nalatigheid: zie [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/2004-contributions/public-admin-belgium\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/2004-contributions/public-admin-belgium_en.pdf), p. 10; De European Payments Council verkoos eveneens nalatigheid en geen beperking tot de grove nalatigheid: “Concerning the proposed text of the Commission, the banking industry would like to emphasize that the PSU should be held liable in case of negligence, not only in case of gross negligence. Only the PSU can exercise due diligence when using PIN or access codes, once safely delivered to him/her. Thus, the conditions under which the PSU could be held liable should be in balance with the means given to the PSU”, in [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/2004-contributions/european-payments-council\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/2004-contributions/european-payments-council_en.pdf), p. 31 en 32.
63. Zie onder meer de voorgestelde definitie van nalatigheid door de European Payments Council, *ibid.*, en de bijdragen van Mastercard, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/payments/docs/framework/2004-contributions/mastercard\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/2004-contributions/mastercard_en.pdf), p. 7 bovenaan.
64. Voor een uitgebreide analyse naar Belgisch recht, inclusief rechtsvergelijking, zie R. STEENNOT, *Elektronisch betalingsverkeer. Een toepassing van de klassieke principes*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 304 e.v.; F. DE CLIPPELE, *De betaling door middel van de elektronische overdracht van geldmiddelen*, Kluwer, Mechelen, 2003, 91.
65. Zie overweging nr. 20 van de Richtlijn Betalingsdiensten. lidstaten moeten kunnen bepalen dat micro-ondernemingen als omschreven in aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen, (Pb. L.124, 20 mei 2003, p. 36), als consumenten moeten worden behandeld.