

Harmonisering van regels voor markttoegang betaalinstellingen

mr. drs. J.A. Jans*

1. Inleiding

Een goed functionerende interne markt voor betaaldiensten is essentieel voor het vrije verkeer van kapitaal. Hoewel de Europese interne markt sinds 1992 een feit is, bleek de markt voor betaaldiensten te worden gekenmerkt door een hoge mate van fragmentatie.¹ Regelgeving ten aanzien van betaaldiensten was tot 2009 vooral een aangelegenheid voor de nationale wetgever. De zeer uiteenlopende kaders van nationale financiële regelgeving voor het betalingsverkeer binnen de Europese Unie (hierna: EU) leidde veelal tot beperkingen voor betaaldienstverleners die grensoverschrijdende betaaldiensten wilden verlenen. Bovendien ontbrak er een geharmoniseerd juridisch raamwerk voor betaaldienstverleners die niet beschikken over een bankvergunning of vergunning als elektronischgeldinstelling, zoals bijvoorbeeld merchant acquirers die als intermediair de creditcardbetalingen van klanten aan internetwinkels afwickelen of telefoonmaatschappijen die naast telecomdiensten eveneens betaaldiensten verlenen. Deze betaaldienstverleners worden aangeduid als 'betaalinstellingen'.²

De Europese Commissie (hierna: Commissie) ontving veel klachten van betaalinstellingen die de Europese markt voor betaaldiensten wilden betreden. Deze klachten hadden betrekking op de hoge toetredingsdrempels en de afwezigheid van gelijke concurrentieverhoudingen voor betaalinstellingen.³

Zo werden er voor het verlenen van gelijksoortige betaaldiensten aan het publiek aan betaaldienstverleners in de verschillende lidstaten uiteenlopende prudentiële eisen gesteld.⁴ Betaaldienstverleners zagen zich hierdoor soms genoodzaakt om ten aanzien van de verlening van een betaaldienst in verschillende lidstaten over uiteenlopende vergunningen te beschikken. Bovendien werd de markt voor betaaldiensten gedomineerd door banken waardoor het voor betaalinstellingen moeilijk was om tot deze markt toe te treden.⁵

Met de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten⁶ is het juridische kader voor de regulering van markttoegang van betaaldienstverleners die niet beschikken over een bankvergunning of vergunning als elektronischgeldinstelling alsnog geïntroduceerd. De meeste EU lidstaten, waaronder Nederland, hebben conform de voorgeschreven datum de Richtlijn betaaldiensten op 1 november 2009 geïmplementeerd.⁷

Met de introductie van (i) een nieuw vergunningstelsel en (ii) regels ten aanzien van betaalinstellingen die voor de verlening van hun diensten toegang verzoeken tot betalingssystemen is beoogd de markttoegang voor betaalinstellingen te versoepelen.

In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate de nieuwe regels voor betaalinstellingen zoals deze zijn geïmplementeerd in de Nederlandse wetgeving daadwerkelijk leiden tot een versoepeling van de markttoetreding voor betaalinstellingen.⁸

2. Harmonisatiedoelstelling Europese Commissie

De afgelopen decennia is er vanuit Brussel een aantal initiatieven ontwikkeld om tot een geharmoniseerd juridisch kader te komen voor traditionele verleners van betaaldiensten. Ten aanzien van de bancaire sector hebben de vele initiatieven tot het scheppen van geharmoniseerde Europese regelgeving, uiteindelijk leidend tot de Herzene Richtlijn

* Jan Jans is advocaat te Amsterdam. Met dank aan prof. mr. J. J.C. Kabel en mr. E.P.M. Joosen voor hun waardevolle commentaar bij eerdere versies van dit artikel.

1. Ondanks eerdere pogingen tot geharmoniseerde Europese regelgeving zoals Richtlijn 97/5/EG die is komen te vervallen als gevolg van Richtlijn 2007/64/EG.
2. Alhoewel in Richtlijn 2007/64/EG wordt gesproken over betalingsinstellingen gebruik ik de terminologie zoals die wordt gehanteerd in de Wet op het financieel toezicht.
3. Europese Commissie, Annex to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Payment Services in the Internal Market - impact assessment, 1 december 2005, SEC (2005) 1535, p. 6.
4. Europese Commissie, mededeling van de Commissie aan de Raad en het Europees Parlement betreffende een nieuw rechtskader voor betalingen in de interne markt, 2 december 2003, COM (2003) 718, p. 23.
5. Europese Commissie, Annex to the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Payment Services in the Internal Market - impact assessment, 1 december 2005, SEC (2005) 1535, p. 23.
6. Richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (*PbEG* 2007, L 319/1).
7. Zie voor een overzicht betreffende de status van implementatie: http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/plans_en.pdf.
8. Zie over deze richtlijn en de Nederlandse implementatiewetgeving: W.A.K. Rank, 'Conceptwetsvoorstel Wet betaaldiensten: toezichtrechtelijke aspecten', *FR* 2008, p. 443 - 448 en L.A. Roodenburg, 'Betalingsverkeer: een juridisch vak apart', *TOP* nr. 2, 2009, p. 52-56.

Banken⁹, bijgedragen aan de totstandkoming van een level playing field voor deze categorie betaaldienstverleners. Hierbij zij opgemerkt dat de Herziene Richtlijn Banken het bewerkstelligen van een level playing field voor de bancaire sector ten aanzien van een breder scala aan diensten dan alleen betaaldiensten beoogt¹⁰. Daarnaast heeft de Richtlijn Elektronischgeldinstellingen¹¹, die inmiddels is ingetrokken in verband met de inwerkingtreding van de herziene Richtlijn Elektronischgeldinstellingen¹², een voorname bijdrage geleverd aan het creëren van gezonde concurrentieverhoudingen tussen elektronischgeldinstellingen en kredietinstellingen.¹³

Ter bevordering van de rechtszekerheid voor de nieuwe categorie betaalinstantellingen die niet als bank of elektronischgeldinstelling aan toezicht zijn onderworpen werd door de Commissie de introductie van geharmoniseerde regels ten aanzien van de markttoegang noodzakelijk geacht. Het reduceren van de discrepanties in de regelgeving van de verschillende lidstaten kon volgens de Commissie het beste worden bewerkstelligd door het juridische kader voor betaalinstantellingen in zijn totaliteit te regelen door middel van gemeenschapswetgeving.

2.1 Richtlijn of verordening

De Europese wetgever stond een tweetal instrumenten ter beschikking om tot de realisatie van een level playing field voor betaalinstantellingen te komen. De nieuwe regelgeving kon worden opgenomen in een verordening die door middel van directe werking rechtstreeks in de nationale regelgeving doorwerkt.¹⁴ Een belangrijk voordeel van directe werking is dat er geen vertaalslag naar nationale regelgeving nodig is. Hierdoor kunnen lidstaten niet afwijken van het voorgeschreven juridische raamwerk en zijn alle voorwaarden gelijklopend in de verschillende lidstaten. Voor de vaststelling van een verordening is dan ook verregaande consensus vereist tussen de EU lidstaten ten aanzien van de te regelen materie. Een belangrijk nadeel van een verordening is echter dat er geen rekening kan worden gehouden met de complexiteit en diversiteit van de regelgeving met betrekking tot betaaldiensten in de verschillende lidstaten. Er kunnen fricties ontstaan doordat het juridische raamwerk van de verordening niet aansluit bij de nationale wetgeving van de lidstaten.

Een andere mogelijkheid om blokkades in de interne markt voor de toegang tot de dienstverlening in het kader van het betalingsverkeer te reduceren was gelegen in de vaststelling van een richtlijn. Aangezien een richtlijn geen directe werking kent, zullen de voorwaarden die voortvloeien uit een richtlijn eerst moeten worden geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten alvorens marktpartijen zich op deze voorwaarden kunnen beroepen. De nationale wetgever is hierbij bevoegd om de vorm en middelen te kiezen die zij hiertoe wenselijk acht.¹⁵ Lidstaten hebben dus enige discretie bij de invulling van de opgelegde doelstellingen.¹⁶ Aangezien het juridische raamwerk voor betaaldiensten in de lidstaten vóór de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten een hoge mate van fragmentatie kende is er de voorkeur aan gegeven om het juridische raamwerk voor betaaldiensten te harmoniseren door middel van een richtlijn. Gelet op de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit achtte de Commissie het wenselijk om de regels voor betaalinstantellingen in de vorm van een richtlijn met maximale harmonisatie te gieten.¹⁷ De rechtsbasis hiervoor vloeit voort uit art. 114 van het EG Verdrag. Met de vaststelling van een

richtlijn werd naar de mening van de Commissie voldaan aan het vereiste van subsidiariteit doordat hiermee alleen onderwerpen worden gereguleerd die een obstakel vormden voor de ontwikkeling van een interne markt voor betaaldiensten.

Bovendien was met de regulering door middel van een richtlijn naar de mening van de Commissie voldaan aan het vereiste van proportionaliteit doordat er maximale ruimte ontstond voor de industrie om de noodzakelijke voorwaarden op te stellen ten aanzien van standaardisatie en productharmonisatie. Een omvangrijk initiatief van de bancaire sector om te komen tot standaardisatie en productharmonisatie ten aanzien van de introductie van de Richtlijn betaaldiensten is de Single European Payments Area ('SEPA'). Door alleen het raamwerk op Europees niveau te reguleren is de kans op een systematische aansluiting op de nationale juridische kaders voor betaaldiensten van de verschillende EU lidstaten groter.

Maximale harmonisatie is voor betaalinstantellingen wenselijk aangezien hiermee de onzekerheid wordt weggenomen dat lidstaten eventueel conflicterende regels opstellen. Op grond van art. 63 EG Verdrag hebben lidstaten immers bij de implementatie van een richtlijn met maximale harmonisatie geen bevoegdheden om af te wijken van de letter van de tekst. De lidstaten mogen geen strengere eisen opstellen dan die uit de Richtlijn betaaldiensten voortvloeien.

Bij de totstandkoming van de Richtlijn betaaldiensten bestond er tussen de lidstaten weinig consensus ten aanzien van de nieuwe regels die werden opgesteld ten aanzien van het betalingsverkeer. Het gebrek aan consensus is terug te zien in het grote aantal lidstaatopties dat in de Richtlijn betaaldiensten is opgenomen. De Commissie heeft echter aan-

9. Richtlijn nr. 2006/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 14 juni 2006 betreffende de toegang tot en de uitoefening van de werkzaamheden van kredietinstellingen (*PbEG* 2006, L 177/1).
10. Voor een overzicht van alle diensten zie Bijlage I van Richtlijn nr. 2000/46/EG.
11. Richtlijn nr. 2000/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 september 2000 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het bedrijfseconomisch toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld (*PbEG* 2000, L 275/39).
12. Richtlijn nr. 2009/110/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de Richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van Richtlijn 2000/46/EG (*PbEG* 2009, L 267/7).
13. R. Bollen, 'European regulation of payment services- the story so far', *Journal of International Banking Law and Regulation* 2007, p. 458.
14. Kapteyn & VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 235.
15. Kapteyn & VerLoren van Themaat, t.a.p., p. 237.
16. R. Bollen, t.a.p., p. 456.
17. Europese Commissie, voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/12/EG en 2002/65/EG, 1 december 2005, COM (2005) 603, p. 10.

gegeven dat indien de beoogde doelstellingen niet worden behaald met de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten, de Commissie alsnog zal overgaan tot de vaststelling van een verordening.¹⁸

3. Betaalinstantellingen en betaaldiensten

Betaalinstantellingen opereren in een ander prudentieel raamwerk dan banken en elektronischgeldinstantellingen aangezien ze in vergelijking met deze traditionele betaaldienstverleners een beperkt scala aan financiële diensten mogen verlenen. Zo mogen betaalinstantellingen in tegenstelling tot banken bijvoorbeeld geen opvorderbare gelden (zoals: spaargeld) aantrekken van het publiek.¹⁹ De risico's op een faillissement van een betaalinstantelling en de eventuele schade die hieruit voortvloeit voor consumenten zijn dan ook kleiner dan bij een bank. Gelet op de risico's verbonden aan de betaaldiensten die door betaalinstantellingen worden verricht is het niet noodzakelijk dat een betaalinstantelling voor het verlenen van haar diensten over een bankvergunning of vergunning als elektronischgeldinstelling dient te beschikken. Vóór de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten konden betaalinstantellingen in Nederland veelal hun diensten aanbieden doordat ze buiten de reikwijdte van het verbod van het aantrekken van opvorderbare gelden van art. 3:5 Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) opereerden. Bijvoorbeeld internetbetaalkantoren die de betalingen afwikkelen van consumenten die via het internet producten bestellen, verwerkten deze betalingen veelal binnen vijf werkdagen, waardoor ze onder de radar van art. 3:5 Wft bleven en niet over een bankvergunning hoefden te beschikken.²⁰ Door de introductie van een nieuw vergunningstelsel voor betaalinstantellingen wordt de markttoetreding voor betaalinstantellingen die voorheen buiten de reikwijdte van art. 3:5 Wft opereerden juist verzaamd. Dit heeft een averechtse werking op de met de Richtlijn betaaldiensten beoogde versoepeling van de markttoegang voor betaalinstantellingen.

De Richtlijn betaaldiensten geeft zelf geen duidelijke omschrijving van de betaaldienstverleners die kwalificeren als betaalinstantellingen.²¹ Aangezien de betaaldiensten die zijn opgesomd in de bijlage van de Richtlijn betaaldiensten door alle categorieën betaaldienstverleners kunnen worden verleend, is het onduidelijk welke betaaldienstverleners dienen te worden aangemerkt als betaalinstantellingen. Voor een overzicht van de betaaldiensten die door het regime van de Richtlijn betaaldiensten worden gereguleerd is in de Nederlandse wetgeving een verwijzing opgenomen naar de bijlage van de richtlijn. Betaaldiensten die door betaalinstantellingen kunnen worden verleend zijn bijvoorbeeld het uitvoeren van: (i) overboekingen, (ii) geldtransfers en (iii) creditcard betalingen. Door te verwijzen naar de bijlage en niet een overzicht van betaaldiensten op te nemen in de Wft kan de reikwijdte van de richtlijn relatief gemakkelijk worden uitgebreid of aangepast.²²

4. Toezicht op markttoegang voor betaalinstantellingen

De vergunningplicht voor betaalinstantellingen met zetel in Nederland is opgenomen in art. 2:3a Wft. Het nieuwe vergunningstelsel voor betaalinstantellingen is gebaseerd op de risico's verbonden aan de betaaldiensten die worden verleend. Dit betekent dat betaalinstantellingen aan een lagere eigen vermogens eis en een beperktere doorlopende solvabiliteits eis behoeven te voldoen dan bijvoorbeeld banken. Een betaal-

dienstverlener die beschikt over een vergunning als betaalinstantelling kan deze vergunning 'paspoorten' naar andere lidstaten. Op deze wijze kan bijvoorbeeld een betaalinstantelling die in Nederland een vergunning heeft verkregen deze aanwenden om eveneens betaaldiensten te verlenen in Duitsland, hetzij door middel van grensoverschrijdende aanbiedingen van diensten hetzij door middel van het openen van een bijkantoor. Zoals hierboven al is aangegeven heeft de introductie van het nieuwe vergunningstelsel in Nederland geleid tot een verzwaring voor de toetreding tot de markt door betaalinstantellingen die voorheen buiten de reikwijdte van art. 3:5 Wft opereerden.

Naast het nieuwe vergunningstelsel voor betaalinstantellingen is er ter bevordering van de markttoegang in de Richtlijn betaaldiensten een regeling opgenomen die de toegang tot de betalingsinfrastructuur regelt. Voor het aanbieden van bepaalde betaaldiensten dienen betaaldienstverleners te zijn aangesloten bij een betalingssysteem, zoals bijvoorbeeld TARGET of enig ander systeem voor de verwerking van overboekingen en debiteringen. In art. 1:1 Wft wordt een betalingssysteem gedefinieerd als: 'een geldovermakingssysteem met formele en gestandaardiseerde regelingen en gemeenschappelijke regels voor de verwerking, clearing of afwikkeling van betalingstransacties'. Tot 2006 was Interpay Nederland B.V. (hierna: 'Interpay') het betalingssysteem met het grootste marktaandeel in Nederland. Interpay leverde als enige aanbieder in Nederland ondersteunende diensten voor elektronische betalingen ten aanzien van betaalproducten als PIN, Chipknip, Acceptgiro en iDEAL.²³ Na de fusie met het Duitse Transaktioninstitut für Zahlungsdienstleistungen A.G. is Interpay onder de naam Equens de clearing & settlement van betalingstransacties gaan verzorgen.²⁴ Currence is producteigenaar geworden van de betaalproducten PIN, Chipknip, Acceptgiro en iDEAL en heeft in deze hoedanigheid Rules & Regulations opgesteld voor betaaldienstverleners die de markt voor deze betaalproducten willen betreden.²⁵

Hoewel Currence in de hoedanigheid van producteigenaar certificaten en licenties verleent aan betaaldienstverleners

18. Europese Commissie, voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/12/EG en 2002/65/EG, 1 december 2005, COM (2005) 603, p. 30.
19. Zie het op dit vlak enigszins cryptisch geredigeerde art. 3:29c Wft, waarin de bedoeling van art. 16 tweede lid van de Richtlijn betaaldiensten is opgenomen. In laatstgenoemd artikel wordt namelijk beoogd te voorkomen dat betaalinstantellingen het bedrijf van spaarbank uitoefenen.
20. Zie de definitie 'opvorderbare gelden' en de toelichting daarop Nota van Wijziging, *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 229.
21. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 14.
22. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 14.
23. A.M. van den Bossche, 'Interpay, zaaknummer 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004', *Markt & Mededinging* 2004/7, p. 259.
24. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 025, nr. 3, p. 2.
25. Voor toetreding tot de markt van PIN betalingsverkeer dient ingevolge art. 2 van de Certificeringsprocedure PIN, oktober 2009 een certificaat of licentie te worden aangevraagd bij PIN B.V.

die willen toetreden tot de markt voor voornoemde betaalproducten, is Equens verantwoordelijk voor de 'clearing & settlement' van geïnitieerde betaalopdrachten. Gezien deze rolverdeling is het naar mijn mening juist om te veronderstellen dat Equens en niet Currence dient te worden aangemerkt als betalingssysteem in de zin van art. 1:1 Wft.

In de periode vóór de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten konden veelal alleen banken voldoen aan de hoge eisen die werden gesteld voor toegang tot deze betalingsinfrastructuur. Betaalinstantellingen zagen zich hierdoor soms genoodzaakt bij hun directe concurrenten aan te kloppen om toegang te krijgen tot deze systemen. Doordat de eisen die waren verbonden aan het verlenen van toegang tot de betalingsverkeerinfrastructuur niet waren gereguleerd, konden deze uiteenlopen voor gelijksoortige betaaldienstverleners.

4.1 Voorwaarden voor toegang tot betalingssysteem

In overeenstemming met art. 28 Richtlijn betaaldiensten is in art. 5:88 Wft opgenomen dat de regels voor vergunninghoudende en vrijgestelde betaalinstantellingen om toegang te verkrijgen tot betalingssystemen objectief, niet-discriminerend en evenredig dienen te zijn. De richtlijn reguleert echter niet de wijze waarop lidstaten invulling dienen te geven aan deze bepaling. De enige voorwaarden die door de Richtlijn betaaldiensten worden gesteld zijn dat er (i) geen regels worden opgelegd die een effectieve deelneming belemmeren, (ii) niet wordt gediscrimineerd tussen vergunninghoudende betaalinstantellingen of tussen geregistreerde betaalinstantellingen onderling en (iii) dat er geen beperkingen mogen worden opgelegd op grond van de rechtsvorm van de betaalinstantelling. Uitgangspunt bij deze bepaling is gelijke monniken gelijke kappen. Een betaalinstantelling die toegang verzoekt tot een betalingssysteem zal het bewijs moeten leveren dat de interne regelingen voldoende bestand zijn tegen alle mogelijke risico's.²⁶ In art. 28 Richtlijn betaaldiensten wordt een niet-limitatieve opsomming van risico's gegeven die hierbij een rol van betekenis kunnen spelen zoals: (i) ontwikkelingsrisico's, (ii) exploitatierisico en (iii) bedrijfsrisico's. De Richtlijn betaaldiensten stelt geen eisen ten aanzien van de zwaarte van de voorwaarden die mogen worden opgelegd aan betaaldienstverleners om toegang te verkrijgen tot een betalingssysteem. Infrastructuuroperators die een verzoek krijgen van een betaalinstantelling om toegang te verlenen tot een bepaald betalingssysteem kunnen naar eigen inzicht bepalen aan welke voorwaarden zal moeten worden voldaan. Dit is naar mijn mening een wenselijke situatie aangezien infrastructuuroperators hierdoor de vrijheid hebben een eigen inschatting te maken ten aanzien van de eisen die ze noodzakelijk achten om de efficiëntie en veiligheid van het betalingssysteem te waarborgen. Indien infrastructuuroperators geen verschillende voorwaarden opleggen aan gelijksoortige betaaldienstverleners zal hiermee het 'level playing field' voor betaalinstantellingen niet worden verstoord. In de praktijk zal dit waarschijnlijk tot de situatie leiden dat alle betaaldienstverleners die toegang tot een betalingssysteem verzoeken zichzelf geconfronteerd zien met dezelfde (hoge) eisen als die gelden voor banken. Over de hoogte van de tarieven die in rekening kunnen worden gebracht voor toegang tot betalingssystemen wordt in de richtlijn niet gesproken. Wel wordt aangegeven dat verschillen in tariefvoorwaarden alleen mogen worden toegestaan indien dit gerechtvaardigd is op grond van verschillen in kosten die door

het toegangverlenende betalingssysteem moeten worden gemaakt.²⁷

4.2 Toepasselijkheid Mededingingswet

In afwijking van art. 28 Richtlijn betaaldiensten heeft de Nederlandse wetgever in art. 5:88 Wft een expliciete verwijzing opgenomen naar de Nederlandse Mededingingswet (hierna: Mw). Aangezien de Mw onverkort geldt voor betalingssystemen die toegang verlenen aan betaalinstantellingen of andere betaaldienstverleners, is de opname van deze additionele verwijzing naar de Mw naar mijn mening overbodig.

4.3 Uitzonderingen artikel 5:88 Wft

Op grond van art. 5:88 lid 3 Wft valt een aantal betalingssystemen buiten de reikwijdte van de bepalingen zoals neergelegd in art. 5:88 lid 1 en 2 Wft.

Ingevolge art. 5:88 lid 3 sub a Wft zijn betalingssystemen die door de Minister van Financiën op grond van art. 212a onderdeel b Faillissementswet zijn aangewezen uitgezonderd van art. 5:88 Wft toezicht. Aangezien het clearing & settlement systeem van Equens in Nederland een marktaandeel heeft van boven de 90%²⁸, valt met de aanwijzing van Equens door de Minister als een systeem in de zin van art. 212a onderdeel b Faillissementswet het voor de Nederlandse markt voornaamste betalingssysteem buiten de reikwijdte van art. 5:88 Wft. Aangezien op de van art. 5:88 Wft toezicht uitgezonderde betalingssystemen de algemene regels van de Mw onverkort blijven gelden wordt toch voorzien in een mededingingsrechtelijke toets. Met een marktaandeel van boven de 90% heeft Equens een economische machtspositie in de zin van art. 1 Mw en zal als zodanig geen misbruik mogen maken van deze machtspositie. Het hanteren van niet-objectieve, discriminerende of onevenredige voorwaarden door Equens ten aanzien van betaaldienstverleners die toegang verzoeken tot het betalingssysteem van Equens zal op grond van art. 24 Mw kunnen worden getoetst. Op deze wijze is het toezicht op de voorwaarden die door Equens worden gesteld aan betaaldienstverleners die toegang tot het betalingssysteem verzoeken toch gewaarborgd. Bovendien zijn betalingssystemen waaraan slechts betaaldienstverleners deelnemen die met elkaar in een groep zijn verbonden en betalingssystemen die zijn opgericht en worden geëxploiteerd door één betaaldienstaanbieder uitgezonderd van art. 5:88 Wft. Tot de laatste categorie vrijgestelde betalingssystemen behoren bijvoorbeeld systemen voor de verwerking van geldtransfers waarbij de exploitant van het systeem zowel de betaler als de begunstigde is, zoals bijvoorbeeld het betalingssysteem dat wordt gehanteerd door Western Union.

4.4 Samenloop met het wetsvoorstel systeemtoezicht op afwikkelondernemingen

Er bestaat mogelijk een overlap tussen de toegangsbeepaling van art. 5:88 Wft en de toegangsbeepalingen van het ingediende wetsvoorstel systeemtoezicht op afwikkelondernemingen (hierna: Wetsvoorstel afwikkelondernemingen). Ingevolge dit wetsvoorstel wordt in art. 1:1 Wft als definitie van afwikkeldienst opgenomen: '*verrichten van werkzaamheden, gericht op het als centrale instelling verrekenen of*

26. Overweging 16 Richtlijn 2007/64/EG.

27. Overweging 16 Richtlijn 2007/64/EG.

28. De Nederlandsche Bank, jaarverslag 2008, p. 128.

verevenen in geld'. Als gevolg van deze definitie kwalificeren de diensten die worden verleend door een betalingssysteem als afwikkeldiensten. De voorwaarden die voortvloeien uit het Wetsvoorstel afwikkelondernemingen ten aanzien van de verhouding tussen afwikkelondernemingen en haar participanten zullen hierdoor eveneens gaan gelden voor betaalinstantellingen die toegang verzoeken tot een betalingssysteem.

Het oorspronkelijke Wetsvoorstel afwikkelondernemingen bevatte in het eerder voorgestelde art. 4:76a Wft een bepaling waarin was opgenomen dat de toegangsvoorwaarden die worden gesteld door afwikkelondernemingen aan participanten objectief en openbaar dienen te zijn. In het nader rapport van het Ministerie van Financiën is aangegeven dat deze regels ten aanzien van de toetreding zijn komen te vervallen in verband met de samenloop van deze voorwaarden met het mededingingstoezicht.²⁹ In het huidige wetsvoorstel wordt in dit verband louter gerefereerd aan de voorwaarden die een afwikkelonderneming stelt aan participanten in verband met de beheersing van de risico's. De eisen waaraan de voorwaarden die een afwikkelonderneming stelt aan participanten dienen te voldoen worden in het huidige wetsvoorstel niet meer gereguleerd.

5. Goldplating bij implementatie Richtlijn betaaldiensten

Om tot een maximaal geharmoniseerd juridisch kader voor betaalinstantellingen te komen is het noodzakelijk dat de eisen voor betaalinstantellingen in alle lidstaten gelijk zijn. In tegenstelling tot wat is voorgeschreven door de Richtlijn betaaldiensten, onderwerpen lidstaten marktpartijen soms aan strengere eisen dan die voortvloeien uit de richtlijn. Dit fenomeen wordt ook wel aangeduid als 'goldplating'. Indien de nationale wetgever gebruik maakt van goldplating worden er bij de implementatie zwaardere eisen opgenomen dan die door de richtlijn zelf worden voorgeschreven. Het op een andere wijze implementeren van voorschriften doet echter afbreuk aan het concept van maximale harmonisatie.³⁰

Veel voorkomende vormen van goldplating zijn het verbreden van de reikwijdte van de bepalingen uit de richtlijn, het niet volledig gebruik maken van derogaties die uit de richtlijn voortvloeien of het opnemen van extra verificatieprocedures voor marktpartijen om aan te tonen dat ze in overeenstemming handelen met hetgeen uit de richtlijn voortvloeit. Er zijn diverse redenen aan te wijzen waarom lidstaten zich laten verleiden om bij de implementatie af te wijken van de letter van de richtlijn. Goldplating kan voortvloeien uit de angst voor vage termen. De Richtlijn betaaldiensten bevat een scala aan voorwaarden die worden omschreven aan de hand van algemeen gedefinieerde definities. Om deze nieuwe voorwaarden te laten aansluiten bij het huidige nationale regime kunnen lidstaten de voorkeur geven aan een eigen invulling van deze definities. Soms wijken lidstaten af van de letter van de richtlijn om daarmee barrières op te werpen voor internationale concurrenten of voor het behoud van hun heersende regulatoire raamwerk.

Lidstaten die bij de implementatie van Europese regelgeving de nadruk leggen op het Europese systeem blijven over het algemeen dicht bij de tekst van de richtlijn dan lidstaten waarbij de nadruk ligt op het nationale systeem. Landen als bijvoorbeeld Frankrijk, Denemarken en Duitsland nemen het nationale systeem als uitgangspunt bij de implementatie van richtlijnen³¹. Deze jurisdicties hebben de neiging om

richtlijnen op een dusdanige wijze te implementeren dat de nieuwe voorwaarden aansluiten bij het heersende nationale regime. In landen als Nederland, Engeland Spanje en Italië wordt bij de implementatie van een richtlijn de nadruk gelegd op het Europese systeem. Dit impliceert dat er bij de implementatie van een richtlijn in mindere mate een vertaalslag naar nationaal recht plaatsvindt.

5.1 Goldplating door de Nederlandse wetgever

Om een level playing field te creëren voor betaalinstantellingen is het essentieel dat er in de nationale regelgeving geen andere eisen worden gesteld dan die in de Richtlijn betaaldiensten worden voorgeschreven. Toch wordt er bij de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten door de Nederlandse wetgever afgeweken van de letter van de richtlijn. Alhoewel de richtlijn conform de voorgeschreven implementatiedatum op 1 november 2009 in de Nederlandse wetgeving is verankerd, is op het moment van schrijven van dit artikel een wetsvoorstel tot wijziging van de Wft en enige andere wetten aanhangig bij de Tweede Kamer (hierna: Wijzigingswet financiële markten 2010) waarmee, onder andere, wordt beoogd om onjuistheden die hebben plaatsgevonden bij de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten in de Nederlandse wetgeving te corrigeren.³² Dit wetsvoorstel heeft echter tot gevolg dat, in afwijking van de letter van de Richtlijn betaaldiensten, de reikwijdte van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (hierna Wwft) wordt uitgebreid naar betaaldienstverleners die andere betaaldiensten verlenen dan geldtransfers.³³

Vóór 1 november 2009 werden betaaldienstverleners die geldtransfers verrichtten gereguleerd door de Wet inzake de geldtransactiekantoren (hierna Wgt). Op grond van art. 1 lid a sub 4 Wwft, zoals deze gold in de periode voor 1 november 2009, waren geldtransactiekantoren die geldtransfers verrichtten in de zin van de Wgt onderworpen aan Wwft toezicht. Aangezien het verlenen van geldtransfers in de Richtlijn betaaldiensten kwalificeert als een betaaldienst, is bij de implementatie van de richtlijn in de Nederlandse wetgeving de Wgt dusdanig aangepast dat geldtransfers niet langer kwalificeren als geldtransacties in de zin van de Wgt maar als betaaldienst in de zin van de Wft.³⁴

Om betaalinstantellingen die geldtransfers verrichtten niet te onttrekken aan het toezicht ten aanzien van antiwitwasregulering, is in overeenstemming met art. 91 lid 2 paragraaf 2

29. *Kamerstukken II* 2008/09, 32 025, nr. 4, p. 6.

30. Zie bijvoorbeeld het rapport van de Europese Commissie inzake de Transparantierichtlijn en goldplating: Europese Commissie, Report on more stringent national measures concerning Directive 2004/109/EC on the harmonisation of transparency requirements in relation to information about issuers whose securities are admitted to trading on a regulated market, 10 december 2008, SEC (2008) 3033.

31. B. Steunenbergh & W. Voermans, 'De Bermuda-driehoek van de versnelde implementatie', *RegelMaat* 2005/6, p. 212.

32. Bij het demissionair worden van het kabinet is het wetsvoorstel als controversieel aangemerkt.

33. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht en enige andere wetten (Wijzigingswet financiële markten 2010), *Kamerstukken II* 2008/09, 32 036, nr. 2.

34. *Kamerstukken II* 2009/10, 32 036, nr. 5, p. 9.

van de Richtlijn betaaldiensten per 1 november 2009 in art. 1 lid 1 onder a sub 4 van de Wwft opgenomen dat onder andere betaalinstellingen die geldtransfers verrichten binnen de reikwijdte van de Wwft vallen.

Met het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2010 wordt de Wwft echter als volgt gewijzigd. Aan art. 1 lid 1 sub 1 wordt onder ander subonderdeel 19 toegevoegd inhoudende dat alle betaaldienstverleners als bedoeld in art. 1:1 van de Wft als 'instelling' in de zin van de Wwft dienen te worden aangemerkt. Bij de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten in de Nederlandse regelgeving op 1 november 2009 zijn conform de bewoording van de richtlijn alleen betaalinstellingen die geldtransfers verrichten onder Wwft-toezicht gesteld. Door deze categorie betaaldienstverleners uit de Wwft te schrappen en een algemene verwijzing naar betaaldienstverleners op te nemen zijn, in tegenstelling tot wat door de richtlijn betaaldiensten wordt voorgeschreven, niet alleen betaalinstellingen die geldtransfers verrichten maar alle betaalinstellingen die betaaldiensten verlenen onderworpen aan de Wwft. Hiermee wordt door de Nederlandse wetgever goldplating toegepast die voor betaalinstellingen die in Nederland andere betaaldiensten dan geldtransfers verlenen significante gevolgen heeft. Betaalinstellingen die andere betaaldiensten verlenen dan geldtransfers worden hierdoor ook onder Wwft-toezicht gesteld. Echter, aangezien bij het uitschrijven van de verkiezingen de Wijzigingswet financiële markten 2010 als controversieel is aangemerkt, zijn eventuele wijzigingen van het huidige wetsvoorstel niet uitgesloten.

6. Slotbeschouwing

Alhoewel voor betaalinstellingen lagere prudentiële eisen gelden dan voor banken zijn er een tweetal elementen die afbreuk doen aan de versoepeling van de markttoegang voor betaalinstellingen.

In de eerste plaats heeft de introductie van een nieuw vergunningstelsel een hogere toetredingsdrempel opgeworpen voor betaalinstellingen die onder het oude regime buiten de reikwijdte van art. 3:5 Wft of art. 2:11 Wft zouden opereren. Deze betaalinstellingen dienen, tenzij een beroep kan worden gedaan op een vrijstelling, onder het nieuwe regime te beschikken over een vergunning in de zin van art. 2:3a Wft. Het creëren van een level playing field voor betaalinstellingen die niet als bank of elektronischgeldinstelling onder toezicht staan komt wellicht nog het sterkst tot uitdrukking door de regeling van art. 5:88 Wft betreffende de toegang tot de betalingsinfrastructuur.

In de tweede plaats gelden er als gevolg van goldplating door de Nederlandse wetgever voor betaalinstellingen additionele eisen ten aanzien van het Wwft toezicht. Betaalinstellingen die andere betaaldiensten verlenen dan geldtransfers worden na de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2010 eveneens onderworpen aan Wwft-toezicht. De consequenties in praktische zin van deze wijziging van het regime in vergelijking met de Europese Richtlijn betaaldiensten mogen niet worden onderschat.

De vaststelling van een richtlijn met maximale harmonisatie werd door de Commissie gezien als het meest efficiënte en effectieve instrument om de barrières voor de markttoegang voor betaalinstellingen te reduceren. Met de implementatie van de Richtlijn betaaldiensten in de Nederlandse wetgeving is de beoogde versoepeling van de markttoegang voor betaalinstellingen naar mijn mening slechts deels bereikt.