

Nieuwe ontwikkelingen in regelgeving betaaldiensten en de barrières voor markttoegang

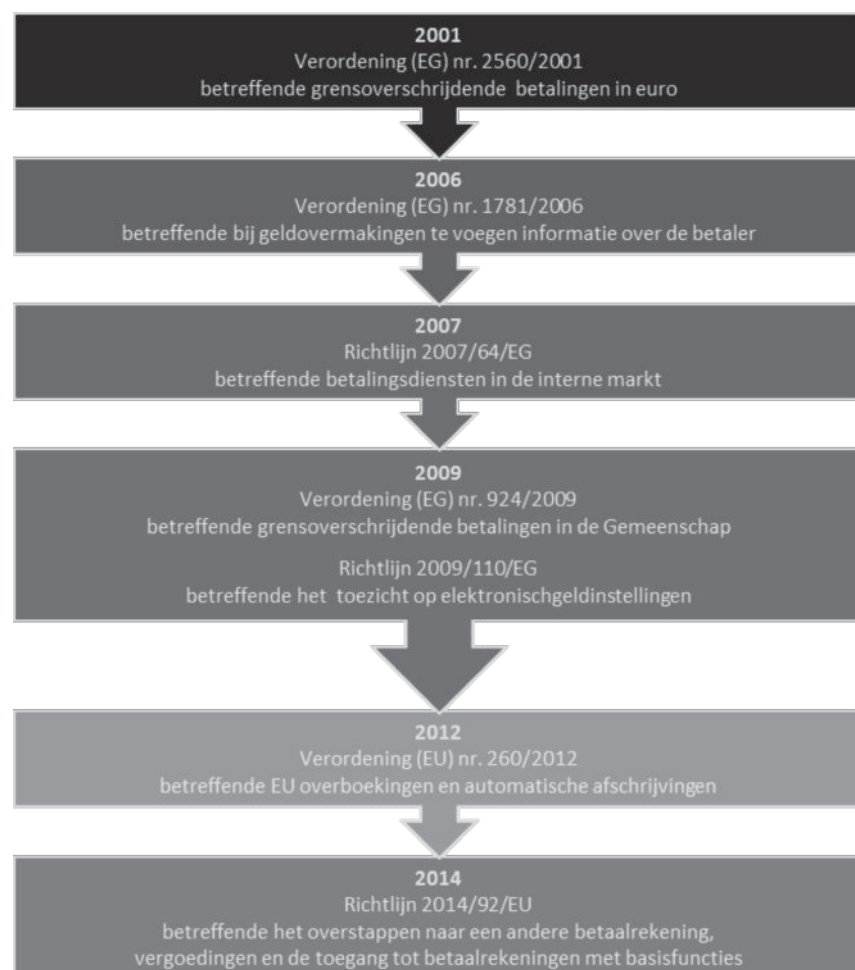
mr. drs. J.A. Jans*

1. Inleiding

Ter harmonisering van het toezicht op de betaaldienstsector en het bevorderen van de onderlinge concurrentieverhoudingen tussen betaaldienstverleners, heeft de Europese wetgever sinds eind jaren tachtig een aantal wetgevingsinitiatieven ontwikkeld, waarmee gestaag is gebouwd aan een eensluidend juridisch raamwerk voor de Europese betaaldienstsector. Tot die tijd werd het toezicht op deze sector voornamelijk gekenmerkt door een hoge mate van fragmentatie, waarbij elke lidstaat van de Europese Unie (hierna: EU) bij het uitoefenen van toezicht haar eigen wettelijke normenka-

der hanteerde. Vanwege het gebrek aan harmonisatie vonden er binnen de EU relatief weinig grensoverschrijdende betaaltransacties plaats en waren de concurrentieverhoudingen tussen de verschillende categorieën betaaldienstverleners ernstig verstoord. Er was dan ook geen sprake van een 'level playing field' voor betaaldienstverleners.

Onderstaand schema bevat een overzicht van de voornaamste wetgevingsinitiatieven die de Europese wetgever de afgelopen decennia met betrekking tot de betaaldienstsector heeft ontwikkeld.



* Jan Jans is advocaat te Amsterdam.

Tot 2007 was de aandacht van de Europese wetgever voornamelijk gericht op het reduceren van barrières voor grensoverschrijdende betalingen. Met de vaststelling van Richtlijn 2007/64/EG¹ in 2007 heeft de Europese wetgever beoogd een geharmoniseerd raamwerk te creëren voor de verschillende categorieën betaaldienstverleners die binnen de betaaldienstsector werkzaam zijn. Hiertoe introduceerde Richtlijn 2007/64/EG onder meer een nieuw vergunningregime voor betaaldienstverleners, die niet op basis van een vergunning als bank of elektronischgeldinstelling betaaldiensten² verleenden (hierna: betaalinstellingen).³ Daarnaast werd met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG de mogelijkheid gecreëerd voor betaalinstellingen om rechtstreeks toegang te verkrijgen tot de technische infrastructuur van betalingssystemen. Dit zijn geldovermakingssystemen met formele en gestandaardiseerde regelingen en gemeenschappelijke regels voor de verwerking, clearing of afwikkeling van betalingstransacties. Deze betalingssystemen zijn per 1 januari 2014, met de inwerkingtreding van de Wijzigingswet financiële markten 2014, in Nederland onder toezicht komen te staan.⁴

Op verzoek van de Commissie hebben London Economics, iff en PaySys in 2012 een onderzoek uitgevoerd naar de effectiviteit van: (i) Richtlijn 2007/64/EG en (ii) Verordening 924/2007 betreffende grensoverschrijdende betalingen in de Gemeenschap. Bij dit onderzoek is expliciet aandacht besteed aan de mate waarin Richtlijn 2007/64/EG heeft bijgedragen aan het creëren van een 'level playing field' voor betaalinstellingen.⁵ In februari 2013 zijn de onderzoeksresultaten van de evaluatie van Richtlijn 2007/64/EG en Verordening 924/2007 door de Europese Commissie gepubliceerd (hierna: Onderzoeksrapport).

Ondanks de met Richtlijn 2007/64/EG gerealiseerde harmonisatieslag, blijkt de wetgeving voor betaaldienstverleners in de EU lidstaten nog steeds te worden gekenmerkt door een hoge mate van fragmentatie.⁶ Mede naar aanleiding van deze conclusie heeft de Commissie op 24 juli 2013 een pakket van conceptmaatregelen gepubliceerd om, onder meer, de barrières voor markttoegang voor betaalinstellingen verder te reduceren.⁷ Deze conceptmaatregelen bestaan uit: (i) een voorstel voor de herziene Richtlijn Betaaldiensten (hierna: Richtlijnvoorstel)⁸ en (ii) een voorstel voor de Verordening betreffende interbancaire vergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties. Naar verwachting zullen deze voorstellen eind 2014 worden aangenomen.⁹

In deze bijdrage wordt onderzocht in welke mate de nieuwe regels voor betaalinstellingen, zoals deze zijn opgenomen in de huidige redactie van het Richtlijnvoorstel, daadwerkelijk leiden tot een verdere reductie van de barrières voor markttoegang voor betaalinstellingen.

2. Introductie vergunningregime betaalinstellingen

Met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG is in art. 2:3a van de Wet op het financieel toezicht (hierna: Wft) een vergunningplicht voor betaalinstellingen geïntroduceerd. Vanwege de ruime definitie van het begrip betaaldiensten¹⁰, ontstond er na de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG bij een groot aantal dienstverleners onduidelijkheid over de reikwijdte van deze vergunningplicht. Met name dienstverleners die als tussenpersoon voor partijen betalingen faciliteren (hierna: doorbetalers), tastten vaak in het duister ten aanzien

van de vraag of voor deze dienstverlening een vergunning als betaalinstelling moest worden aangevraagd. In de literatuur is betoogd dat, indien de betaling aan een dergelijke doorbetaler geen bevrijdende werking heeft, de betaling door de schuldenaar aan de schuldeiser via de doorbetaler mogelijk-kerwijs kwalificeert als een betalingstransactie in de zin van art. 1:1 Wft.¹¹ Aangezien een groot aantal doorbetalers deze activiteiten verrichtten in de uitoefening van een bedrijf¹², zagen deze dienstverleners zich dan ook genooddaakt om, conform art. 2:3a Wft, bij De Nederlandsche Bank (hierna: DNB) een vergunning als betaalinstelling aan te vragen.¹³ Het is van belang op te merken dat een groot aantal doorbetalers vóór de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG uitsluitend werden geconfronteerd met de verbodsbepaling van art. 3:5 Wft tot het aantrekken, verkrijgen of aanhouden van opvorderbare gelden.¹⁴ Met deze verbodsbepaling wordt be-

1. 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) (hierna: Richtlijn 2007/64/EG).
2. Hoewel in Richtlijn 2007/64/EG wordt gesproken over betalingsdienst, hanteert de Wft de definitie betaaldienst.
3. Overweging 10 Richtlijn 2007/64/EG.
4. Tot 1 januari 2014 vond het toezicht op betalingssystemen plaats op vrijwillige basis. DNB hield toezicht op betalingssystemen op grond van een oversightkader dat privaatrechtelijk was overeengekomen. Op andere betalingssystemen wordt in Europees verband oversight gehouden op basis van een stilzwijgende overeenkomst zonder wettelijke of contractuele basis.
5. Conform art. 87 van Richtlijn 2007/64/EG diende de Commissie bij het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en de Europese Centrale Bank uiterlijk op 1 november 2012 een evaluatieverslag van Richtlijn 2007/64/EG in te dienen.
6. European Commission Staff working Document, summary of the impact assessment, SWD (2013) 289 final, p. 2.
7. European Commission Staff working Document, summary of the impact assessment, SWD (2013) 289 final, p. 2.
8. Op 3 april 2014 heeft het Europees Parlement in eerste lezing wijzigingen op het Richtlijnvoorstel aangenomen.
9. European Commission Staff working Document, summary of the impact assessment, SWD (2013) 282 final, p. 3.
10. Art. 1:1 Wft definieert een betaaldienst als een bedrijfs-werkzaamheid als bedoeld in de bijlage bij de Richtlijn 2007/64/EG.
11. R.J. Boogaard en M.L. Louisse, 'Grenzen aan de toelaatbaarheid van doorbetaling onder de Wft', *FR* 2013-1/2, p. 36.
12. Volgens DNB (Factsheet Reikwijdte betaaldienstverlening, 29 mei 2012, te raadplegen via www.dnb.nl) is er sprake van uitoefening van een bedrijf indien de betaaldienst een zelfstandig identificeerbare activiteit is.
13. Op het moment van schrijven van dit artikel beschikken 35 ondernemingen in Nederland over een vergunning als betaalinstelling.
14. Art. 1:1 Wft definieert opvorderbare gelden als deposito's of andere terugbetaalbare gelden als bedoeld in de definitie van kredietinstelling in art. 4 van Verordening (EU) nr. 575/2013 van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012 (*PbEU* 2013 L 176).

oogd te voorkomen dat instellingen, welke niet over een bankvergunning beschikken, gelden van het publiek aantrekken, ter beschikking hebben of verkrijgen zonder dat deze instellingen over voldoende financiële waarborgen beschikken om te kunnen garanderen dat het geld op elk moment weer kan worden terugbetaald.¹⁵ Een groot aantal doorbetalers opereerden buiten de reikwijdte van deze verbodsbepaling, doordat ze gelden van klanten niet langer onder zich hielden dan technisch en organisatorisch noodzakelijk was. Hiervan was in ieder geval sprake indien deze gelden binnen vijf kalenderdagen werden doorbetaald.¹⁶ Hoewel met de vergunningplicht voor betaalinstellingen werd beoogd een 'level playing field' voor de verschillende categorieën betaaldienstverleners te creëren, is met de introductie van deze vergunningplicht, voor de hierboven genoemde categorie doorbetalers, juist een hogere toetredingsdrempel opgeworpen.

2.1 Eigen vermogensseis betaalinstellingen

Om in aanmerking te komen voor een vergunning als betaalinstelling dient de aanvrager onder meer aan DNB aan te tonen dat zij over voldoende eigen vermogen beschikt. Voor de berekening van de minimum eigen vermogensseis heeft Richtlijn 2007/64/EG een drietal verschillende berekeningsmethoden geïntroduceerd. Afhankelijk van de gehanteerde methode wordt het minimum eigen vermogen berekend op basis van: (i) een percentage van de vaste kosten (methode A), (ii) een schaalfactor (afhankelijk van de betaaldiensten die worden verleend) vermenigvuldigd met een geaggregeerd percentage van het betalingsvolume (methode B) of (iii) een schaalfactor (afhankelijk van de betaaldiensten die worden verleend) vermenigvuldigd met een geaggregeerd percentage van een aantal inkomsten- en uitgavenposten (methode C). Art. 8 van Richtlijn 2007/64/EG schrijft voor dat betaalinstellingen te allen tijde een eigen vermogen dienen aan te houden dat wordt berekend conform één van de bovengenoemde berekeningsmethoden. Daarnaast volgt uit art. 8 van Richtlijn 2007/64/EG dat de minimum eigen vermogensseis in overeenstemming dient te zijn met toepasselijke nationale wetgeving.

Afhankelijk van de toegepaste berekeningsmethoden kunnen betaalinstellingen worden geconfronteerd met uiteenlopende minimum eigen vermogensseisen. Indien een betaaldienstverlener naast betaaldiensten andere werkzaamheden verricht die buiten de reikwijdte van de vergunningplicht als betaalinstelling vallen, zal een berekening van het eigen vermogen op basis van de geaggregeerde vaste kosten (methode A) een hogere minimum eigen vermogensseis met zich meebrengen dan indien de eigen vermogensseis wordt berekend op basis van het betalingsvolume (methode B). Hierdoor zal voor de berekening van het eigen vermogen vrijwel altijd de voorkeur uitgaan naar methode B en kan naar mijn mening methode A komen te vervallen.

Tussen EU lidstaten blijken echter grote verschillen te bestaan ten aanzien van de wijze waarop wordt vastgesteld welke berekeningsmethode de betaalinstelling dient te hanteren. Een in Nederland gevestigde betaalinstelling dient zelf te bepalen welke berekeningsmethode zij wenst te gebruiken voor het berekenen van de minimum eigen vermogensseis. De door de betaalinstelling gekozen berekeningsmethode moet vervolgens worden goedgekeurd door DNB. Betaalinstellingen die zijn gevestigd in een aantal andere EU lidstaten, zoals Oostenrijk, Duitsland en Spanje, hebben

geen keuzevrijheid ten aanzien van de te hanteren berekeningsmethode. Voor deze betaalinstellingen is bij wet vastgelegd welke methode ze dienen te gebruiken voor de berekening van de minimum eigen vermogensseis.¹⁷

Gelet op de grote verschillen tussen EU lidstaten ten aanzien van de geldende regels voor het gebruik van de berekeningsmethode(n) voor de minimum eigen vermogensseis, kunnen betaalinstellingen met een soortgelijk profiel, afhankelijk van het land waar zij zich willen vestigen, worden geconfronteerd met een verschillende eigen vermogensseis. Het is, mijns inziens, dan ook niet verwonderlijk dat uit de evaluatie van Richtlijn 2007/64/EG is gebleken dat er, als gevolg van deze keuzemogelijkheid tussen lidstaten, grote verschillen blijken te bestaan tussen de eigen vermogensseisen die gelden voor betaalinstellingen.¹⁸

Deze ontwikkeling vormt naar mijn mening een belemmerende factor ten aanzien van het beoogde 'level playing field' dat de Europese wetgever voor ogen heeft gehad ten tijde van de vaststelling van Richtlijn 2007/64/EG. Afhankelijk van de EU lidstaat waar een betaaldienstverlener voornemens is een vergunningaanvraag in te dienen, worden betaalinstellingen geconfronteerd met verschillende voorwaarden voor vergunningverlening, waardoor ongewenste ontwikkelingen zoals 'regulatory arbitrage' worden gestimuleerd. Vergunninghoudende betaalinstellingen kunnen immers met een Europees paspoort betaaldiensten in andere EU lidstaten aanbieden, waardoor partijen er mogelijkwerijs voor kiezen om zich te vestigen in de EU lidstaat met de meest gunstige vergunningsvoorwaarden. Het is naar mijn mening dan ook een gemiste kans dat de Commissie bij gelegenheid van het Richtlijnvoorstel geen maatregelen heeft getroffen om een verdere harmonisatieslag te realiseren met betrekking tot de toepassing van de verschillende methoden door EU lidstaten voor de berekening van de minimum eigen vermogensseis.

3. Introductie voorwaarden voor toegang tot betalingssystemen

Naast de introductie van een nieuw vergunningregime werd het voor betaalinstellingen essentieel geacht de mogelijkheid te creëren om direct toegang te krijgen tot de technische infrastructuur van betalingssystemen.¹⁹ Met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG is hiertoe in art. 5:88 Wft opgenomen dat de regels die door betalingssystemen worden opgelegd aan derden die toegang verzoeken tot het systeem objectief, niet-discriminerend en evenredig dienen te zijn. Voor gelijksoortige betaaldienstverleners dienen dus gelijksoortige toetredingsvoorwaarden te gelden.

15. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 229.

16. *Kamerstukken II* 2004/05, 29 708, nr. 10, p. 230.

17. Study on the impact of directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of regulation (EC) no 924/2009 on cross-border payments in the community, London Economics, iff and PaySys, p. 202.

18. 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, 24 juli 2013, SWD (2013) 288, p. 151.

19. Overweging 16 Richtlijn 2007/64/EG.

Toegang tot de technische infrastructuur van een betalings-systeem kan echter niet worden afgedwongen indien het een betalingssysteem betreft dat door de Minister van Financiën (hierna: Minister) op grond van art. 212d Faillissementswet (hierna: Fw) is aangewezen als zijnde systeemkritisch of indien het een betalingssysteem betreft dat door een andere lidstaat in het kader van de Finaliteitsrichtlijn²⁰ bij de Commissie is aangemeld. Betalingssystemen worden als systeemkritisch beschouwd indien deze binnen het nationale of internationale financiële stelsel verstoringen kunnen veroorzaken of schokken kunnen verspreiden.²¹ Aangezien de betalingstransacties in Nederland door een beperkt aantal betalingssystemen worden afgewikkeld, kwalificeren deze systemen, gelet op hun omvang, al snel als zijnde systeemkritisch. Als gevolg van deze oligopolistische marktstructuur zijn in Nederland vrijwel alle relevante betalingssystemen door de Minister op grond van art. 212d Fw aangewezen.²² Hoewel deze betalingssystemen zijn uitgezonderd van toepassing van art. 5:88 lid 1 Wft²³, gelden de mededingingsrechtelijke principes uit de Mededingingswet onverkort voor de toegang tot deze systemen. Ten aanzien van deze betalingssystemen kunnen betaalinstellingen uitsluitend toegang afdwingen indien het desbetreffende betalingssysteem een economische machtspositie heeft.²⁴

Aangezien in Nederland vrijwel alle relevante betalingssystemen door de Minister op grond van art. 212d Fw zijn aangewezen, is het, mijn inziens, niet verwonderlijk dat uit het Onderzoeksrapport volgt dat geen enkele van de aan het onderzoek deelgenomen Nederlandse betaalinstellingen gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om rechtstreeks toegang te verkrijgen tot een betalingssysteem.²⁵ Het feit dat art. 5:88 Wft niet voor de voornaamste betalingssystemen geldt, creëert naar mijn mening een onevenwichtig competitief veld en maakt deze wettelijke bepaling in de praktijk tot een dode letter. Betaalinstellingen zijn voor de toegang tot betalingssystemen feitelijk van banken afhankelijk gebleven ondanks de poging van de Europese wetgever om aan deze afhankelijkheid een einde te maken. In het Onderzoeksrapport wordt dan ook gesuggereerd nader te onderzoeken welke maatregelen kunnen worden getroffen om directe toegang tot betalingssystemen te stimuleren.²⁶

Hoewel in de toelichting bij het Richtlijnvoorstel wordt benadrukt dat het voor een betaaldienstverlener van essentieel belang is dat hij toegang heeft tot de diensten van de technische infrastructuur van betalingssystemen, wordt er naast een redactiewijziging op dit punt geen aanpassing voorgesteld. Ten aanzien van de voorwaarden die gelden voor het verkrijgen van indirecte toegang tot aangewezen betalingssystemen wordt in het Richtlijnvoorstel wel verduidelijkt dat hiervoor eveneens het beginsel van 'gelijke monniken gelijke kappen' dient te gelden. Indien een aangewezen betalingssysteem een betaalinstelling toestaat met behulp van een deelnemer overboekingsopdrachten via het systeem door te geven, dient deze indirecte toegang desgevraagd ook onder dezelfde voorwaarden te worden verleend aan andere soortgelijke vergunninghoudende betaalinstellingen.

4. Mismatch productontwikkeling en reikwijdte Richtlijn 2007/64/EG

Technologische innovaties hebben er de afgelopen jaren voor gezorgd dat de ontwikkeling van nieuwe betaalinstrumenten²⁷ in een stroomversnelling is beland, waardoor het betaallandschap waarin betaaldienstgebruikers en -verleners

opereren continue aan verandering onderhevig is. Zo heeft er bijvoorbeeld een belangrijke trendverschuiving plaatsgevonden waarbij papieren betaalinstrumenten in toenemende mate zijn vervangen door elektronische betaalinstrumenten.²⁸ Met name ten aanzien van mobiele betaalproducten wordt door de Commissie in dit kader het meeste groeipotentieel verwacht.²⁹

Aangezien deze innovaties ten tijde van de vaststelling van Richtlijn 2007/64/EG niet door de Europese wetgever waren voorzien, is er feitelijk een mismatch ontstaan tussen de praktijk en het huidige wettelijk kader, waarbij betaaldienst gerelateerde diensten, al dan niet ongewenst, buiten de reikwijdte van deze regelgeving vallen aangezien deze: (i) niet kwalificeren als betaaldienst in de zin van art. 1:1 Wft jo. bijlage I van Richtlijn 2007/64/EG of (ii) op basis van de IT-vrijstelling van art. 1:5a lid 2 onder 1 Wft zijn uitgezonderd van toepassing van de Wft.

In de toelichting bij het Richtlijnvoorstel wordt in dit kader specifiek gesproken over aanbieders van nieuwe diensten, zoals derde-betaaldienstverlener, die betalingsinitiatiediensten of rekeninginformatiediensten op basis van online ban-

20. Richtlijn 98/26/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 tot wijziging van Richtlijn 98/26/EG betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingsystemen en Richtlijn 2002/47/EG betreffende financiële-zekerheidsovereenkomsten wat gekoppelde systemen en kredietvorderingen betreft (*PbEG* 1998 L 166/45).
21. Europese Centrale Bank, 'Standaarden in het kader van het toezicht op betalingssystemen voor retailbetalingen in euro', juni 2003, p. 2.
22. Overzicht van aangewezen systemen en systeemexploitanten is opgenomen in *Stcrt.* 2012-17461.
23. Art. 5:88 lid 3 sub a Wft jo. art. 212a sub Fw.
24. R.E. van Esch 2013 (*GS Toezicht Financiële Markten*), art. 5:88 Wft, aant. 5.
25. Study on the impact of directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of regulation (EC) no 924/2009 on cross-border payments in the community, London Economics, iff and PaySys, p. 214.
26. Study on the impact of directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of regulation (EC) no 924/2009 on cross-border payments in the community, London Economics, iff and PaySys, p. 216.
27. Art. 1:1 Wft definieert een betaalinstrument als een gepersonaliseerd instrument of gepersonaliseerde instrumenten of het geheel van procedures, overeengekomen tussen de betaaldienstgebruiker en de betaaldienstverlener, waarvan de betaaldienstgebruiker gebruik maakt om een betaalopdracht te initiëren.
28. Rapport Bereikbaarheidsmonitor 2013, Maatschappelijk Overleg Betalingsverkeer, De Vereniging van Nederlandse Gemeenten en de Landelijke Vereniging voor Kleine Kernen, p. 7.
29. 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*, 24 juli 2013, SWD (2013) 288, p. 117.

king aanbieden.³⁰ Een in het oog springend voorbeeld van een betaalproduct waarbij dit kwalificatievraagstuk speelt is de zogenaamde 'mobile wallet'. De mobile wallet is een afzonderlijke rekening courant voor microbetalingen, die wordt geadmistreerd in de chip van een betaalkaart of een mobiele telefoon.³¹ Deze mobile wallets beschikken veelal over de zogenaamde 'Near Field Communication', waardoor de houder van de Mobile Wallet met dit betaalinstrument draadloos betaalopdrachten kan initiëren. Indien via deze mobile wallet verschillende betaalinstrumenten toegankelijk zijn, waarbij voor het initiëren van betaalopdrachten per betaalinstrument een aparte authenticatie dient plaats te vinden, kwalificeert de mobile wallet waarschijnlijk niet als een betaalinstrument in de zin van art. 1:1 Wft.³² Omdat de aanbieders van deze mobile wallets als gevolg hiervan niet kwalificeren als betaaldienstverlener in de zin van art. 1:1 Wft, is er een situatie ontstaan waarin niet-gereguleerde dienstverleners concurreren met vergunninghoudende betaaldienstverleners. Hierdoor is er sprake van een ongelijk speelveld waarbij niet-gereguleerde dienstverleners over oneigenlijke concurrentievoordelen beschikken, omdat deze niet hoeven te voldoen aan: (i) een minimum eigen vermogens eis en (ii) de verplichting tot het in acht nemen van de in Richtlijn 2007/64/EG vervatte rechten en plichten die gelden tussen betaaldienstverleners en betaaldienstgebruikers. Het feit dat deze dienstverleners buiten de reikwijdte van Richtlijn 2007/64/EG opereren, wordt dan ook door stakeholders in de betaaldienstsector als uitermate schadelijk voor de markt beschouwd.³³ Eveneens de Commissie erkent dat dit een rem kan vormen op de innovaties in de betaaldienstsector en bovendien een verstoring heeft ten aanzien van de markttoegang voor betaaldienstverleners.³⁴

De Commissie heeft het dan ook noodzakelijk geacht het huidige rechtskader op een aantal punten grondig aan te passen. Een van de voorgestelde aanpassingen is het uitbreiden van het toepassingsgebied van de richtlijn. In punt 7 van de bijlage bij het Richtlijnvoorstel wordt hiertoe een nieuwe categorie betaaldiensten geïntroduceerd. Het betreft op toegang tot betaalrekeningen gebaseerde diensten, die worden verricht door een betaaldienstverlener, niet zijnde de rekeninghoudende betaaldienstverlener, in de vorm van: (i) betalingsinitiatiediensten of (ii) rekeninginformatiediensten. Art. 4 van het Richtlijnvoorstel definieert een betalingsinitiatiedienst als een 'door een derde-betaaldienstverlener aangeboden betalingsdienst die toegang biedt tot een betaalrekening, waarbij de betaler actief betrokken kan zijn bij de initiatie van de betaling of de software van de derde-betaaldienstverlener, of waarbij de betaler of de begunstigde betaalinstrumenten kunnen gebruiken om de gegevens van de betaler door te geven aan de rekeninghoudende betaaldienstverlener'. Een rekeninginformatiedienst wordt gedefinieerd als een 'betalingsdienst waarbij aan een betalingsdienstgebruiker geconsolideerde en gebruikersvriendelijke informatie wordt verstrekt over een of meer betaalrekeningen die de betalingsdienstgebruiker aanhoudt bij een of meer rekeninghoudende betaaldienstverlener'.

4.1 Toegang tot betaalrekening door derde-betaaldienstverleners

Reeds in 2012 heeft de Commissie aangegeven dat er een behoefte bestaat om niet-banken toegang te verlenen tot informatie over betaalrekeningen die worden aangehouden bij banken.³⁵ Daarnaast heeft bijvoorbeeld ook het Europees collectief van merchants 'Ecommerce Europe' in 2013 opgemerkt dat het betaallandschap erbij gebaat zal zijn indien niet-banken toegang verkrijgen tot betaalrekeningen.³⁶ Hierbij wordt echter benadrukt dat de toegang tot de betaalrekening door derde-betaaldienstverleners nooit ofte nimmer ten koste mag gaan van de veiligheid.³⁷

Ingevolge art. 58 van het Richtlijnvoorstel heeft een betaaldienstgebruiker het recht om via een derde-betaaldienstverlener betalingsdiensten af te nemen op basis van de in punt 7 van de bijlage bij het Richtlijnvoorstel bedoelde toegang tot betaalrekeningen. Om deze betalingsinitiatie- of rekeninginformatiediensten te kunnen aanbieden, dient de derde-betaaldienstverlener toegang te verkrijgen tot de betaalrekening die door de desbetreffende betaaldienstgebruiker bij een bank wordt aangehouden. De derde-betaaldienstverlener kan de relevante bank toegang tot de betaalrekening verzoeken indien deze: (i) van de betaaldienstgebruiker hiertoe toestemming heeft gekregen en (ii) de in art. 58 lid 2 van het Richtlijnvoorstel vervatte verplichtingen met betrekking tot beveiliging, authenticatie en opslag van privacy gevoelige informatie naleeft.

Het is van belang op te merken dat er vanuit de markt niet onverdeeld positief wordt gereageerd op deze ontwikkeling. Met name vanuit de bancaire sector worden er grote zorgen geuit over de mogelijke veiligheidsrisico's die ontstaan indien banken hun IT-infrastructuur aan derden dienen open te stellen. Vanuit de bancaire sector wordt in dit kader dan ook sterk gelobbyd voor de introductie van een 'dual consent' vereiste voor de toegang tot betaalrekeningen door derden.³⁸ Mogelijkerwijs leidt dit spanningsveld nog tot verdere aanpassingen van het Richtlijnvoorstel.

30. Toelichting bij Voorstel voor een herziene richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt, p. 4.

31. R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer Elektronisch betalingsverkeer*, Deventer: Kluwer 2011, p. 26.

32. J.A. Voerman, 'Toezicht op aanbieders mobile wallets?', *FR* 2014, nr. 5, p. 191.

33. Study on the impact of directive 2007/64/EC on payment services in the internal market and on the application of regulation (EC) no 924/2009 on cross-border payments in the community, London Economics, iff and PaySys, p. 107.

34. Toelichting bij Voorstel voor een richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt.

35. European Commission, 'Green Paper: Towards an integrated European market for card, internet and mobile payments', January 2012.

36. Ecommerce Europe, 'Position Paper e-Payments: 10 Recommendations for a Stronger e-Payments Landscape in Europe', 2013.

37. European Payments Council identifies considerable scope for amendments of the proposed new set of rules related to the activity of third party payment service providers offering payment initiation or payment account information services – 25-03-2014.

38. J.A. Voerman, 'Voorstel herziene richtlijn betaaldiensten en toegang tot de betaalrekening', *FR* 2013, nr. 11, p. 377.

4.2 Aanscherping eisen vergunningplicht betaalinstellingen

Mede in het kader van de veiligheidsrisico's die kunnen ontstaan indien betaalinstellingen via de IT-infrastructuur van banken toegang krijgen tot betaalrekeningen, heeft de Commissie het noodzakelijk geacht om de eisen die gelden voor de vergunning als betaalinstelling met de inwerkingtreding van het Richtlijnvoorstel aanzienlijk te verzwaren. Deze additionele eisen vestigen een sterke nadruk op: IT-veiligheid, dataprotectie, continuïteit en maatregelen ter voorkoming van fraude en bescherming van gevoelige betaalgegevens. Op grond van de huidige redactie van art. 5 Richtlijnvoorstel dient een dienstverlener aan de volgende additionele verplichtingen te voldoen om voor een vergunning als betaalinstelling in aanmerking te komen: (i) het opstellen van procedures voor het monitoren, afhandelen en opvolgen van veiligheidsincidenten en veiligheid gerelateerde klachten van klanten, (ii) het opstellen van procedures voor het monitoren, traceren en beperken van de toegang tot gevoelige betalingsgegevens en van kritieke logische en fysieke middelen, (iii) het opstellen van een beschrijving van de regeling voor bedrijfscontinuïteit waarin de essentiële werkzaamheden duidelijk zijn aangegeven, met doeltreffende noodplannen en een procedure om de toereikendheid en efficiëntie van deze plannen regelmatig te beproeven en te herzien, (iv) het verzamelen van statistische gegevens over prestaties, transacties en fraude, (v) het opstellen van een beschrijving van het beveiligingsbeleid, een gedetailleerde risicoanalyse van de betalingsdiensten en een beschrijving van de maatregelen op het gebied van beveiliging en risicobeperking en (vi) het opstellen van een beschrijving van de interne controlemechanismen die de aanvrager heeft opgezet om de verplichtingen in verband met het voorkomen van witwassen van geld en terrorismefinanciering na te komen. Aangezien uit de huidige redactie van art. 5 Richtlijnvoorstel niet blijkt dat deze aanvullende compliance eisen uitsluitend zullen gelden voor betaalinstellingen die rekening-informatiediensten of betalingsinitiatiediensten verlenen, gaan deze additionele eisen op termijn mogelijk ook eveneens gelden voor vergunninghoudende betaalinstellingen die geen rekeninginformatiediensten of betalingsinitiatiediensten verlenen. Voor betaalinstellingen die rekeninginformatiediensten of betalingsinitiatiediensten verlenen en daarbij aansluiting zoeken bij de IT-infrastructuur van banken, begrijp ik de noodzaak van deze additionele veiligheidseisen. Ten aanzien van de betaalinstellingen die betaaldiensten verlenen waarmee minder veiligheidsrisico's zijn gemoeid, wordt de barrière tot markttoetreding, mijns inziens, onnodig verhoogd indien deze additionele compliance eisen eveneens voor deze categorie betaalinstellingen gaan gelden.

4.3 Samenloop met het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015

In het wetsvoorstel Wijzigingswet financiële markten 2015 (hierna: Wetsvoorstel) wordt onder meer het belang van een goed functionerend betalingsverkeer voor het financiële stelsel benadrukt.³⁹ Onder toezicht staande financiële ondernemingen die onderdeel uitmaken van de betaalketen, zoals banken, betaalinstellingen of afwikkelondernemingen, dienen hun bedrijfsvoering dusdanig in te richten dat daarmee de betalingsinfrastructuur en het vertrouwen daarin in stand wordt gehouden. In dat kader wordt in het Wetsvoorstel

voorgesteld om in art. 3:17 lid 2 Wft op te nemen dat voor de goede werking van het betalingsverkeer in het Besluit prudentiële regels Wft nadere regels kunnen worden gesteld aan de bedrijfsvoering van ondernemingen, die onderdeel uitmaken van de betaalketen.⁴⁰ Volgens het Wetsvoorstel kan daarbij uitvoering worden gegeven aan normen die internationaal zijn vastgesteld zoals de Principles for Financial Market Infrastructures en standaarden die door het Eurosysteem ontwikkeld worden voor banken en betaalinstellingen.⁴¹ Afhankelijk van de wijze waarop voor betaalinstellingen aan deze bepaling invulling zal worden gegeven, worden hiermee mogelijk ook additionele compliance eisen opgelegd die uitsluitend gelden voor betaaldienstverleners die in Nederland een vergunning als betaalinstelling wensen aan te vragen. Aangezien het geen nadere uitwerking van Europese wetgeving betreft, wordt hiermee afbreuk gedaan aan het 'level playing field' dat de Europese wetgever met het Richtlijnvoorstel voor EU betaalinstellingen beoogd te bewerkstelligen en zou deze bepaling naar mijn mening achterwege moeten blijven.

5. Richtlijn of Verordening

In 2007 heeft de Commissie het wenselijk geacht om het juridisch kader voor betaalinstellingen in de vorm van een richtlijn met maximale harmonisatie te gieten.⁴² Volgens de Commissie werd hiermee gehandeld conform het vereiste van subsidiariteit, aangezien uitsluitend onderwerpen werden gereguleerd die als obstakel werden beschouwd voor de ontwikkeling van een interne markt voor betaaldiensten. Vanwege het concept van maximale harmonisatie was het lidstaten niet toegestaan strengere eisen te introduceren, waardoor het risico op goldplating bij de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG door de Commissie als beperkt werd beschouwd. Hierbij heeft de Commissie wel aangegeven te zullen overgaan tot de vaststelling van een verordening indien de beoogde doelstellingen van Richtlijn 2007/64/EG niet zouden worden gerealiseerd.⁴³

Hoewel er met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG significante vooruitgang is geboekt ten aanzien van de integratie van de Europese betaaldienstsector, zijn belangrijke deelgebieden van de Europese betaalmarkt nog steeds gefragmenteerd. Uit het Onderzoeksrapport blijkt dat een groot aantal bepalingen uit Richtlijn 2007/64/EG in de EU lidstaten verschillend zijn geïmplementeerd en/of verschillend worden geïnterpreteerd. Het verbaast mij dan ook dat de Europese wetgever er wederom voor heeft gekozen de nieuwe regelgeving in de vorm van een richtlijn te gieten. Vanwege de noodzakelijke implementatieslag heeft regel-

39. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 3, p. 22.

40. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 3, p. 22, 55.

41. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 918, nr. 3, p. 55.

42. 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.

43. 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.

geving door middel van een richtlijn immers niet de voorkeur indien maximale harmonisatie wordt beoogd.⁴⁴ Door de nieuwe regels wederom in de vorm van een richtlijn vast te leggen, wordt naar mijn mening afbreuk gedaan aan de harmonisatiedoelstelling die de Commissie voor ogen heeft en zou in deze fase een verordening als wetgevingsinstrument de voorkeur genieten. Vanwege de directe werking van dit wetgevingsinstrument kunnen lidstaten immers niet afwijken van de in de verordening opgenomen bepalingen. Zeker nu er met Richtlijn 2007/64/EG binnen de EU een gemeenschappelijk begrippenkader is gecreëerd, lijkt de weg gebaad voor de Commissie om de nieuwe regels in een verordening te verankeren. Hiervoor is het echter wel een vereiste dat er sprake is van verregaande consensus tussen de EU lidstaten over de te regelen onderwerpen.⁴⁵ Gelet op het beperkt aantal lidstaatopties in het Richtlijnvoorstel kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat er in Europa in toenemende mate sprake lijkt te zijn van de hiervoor vereiste consensus.

6. Slotbeschouwing

Hoewel met de implementatie van Richtlijn 2007/64/EG een belangrijke stap voorwaarts is gezet met betrekking tot de harmonisering van het toezicht op de verschillende categorieën betaaldienstverleners, kan nog steeds niet worden gesproken van een volwaardig 'level playing field'. Gezien het feit dat een aantal bepalingen uit Richtlijn 2007/64/EG op verschillende wijze is geïmplementeerd en/of geïnterpreteerd en gezien het feit dat er, als gevolg van technologische ontwikkelingen, voor bepaalde dienstverleners een rechtsvacuüm is ontstaan, dient er ten aanzien van de regels voor markttoetreding nog een verbeterslag te worden aangebracht. Hiertoe introduceert het Richtlijnvoorstel, onder meer, aanvullende compliance eisen waaraan betaalinstanties in de toekomst dienen te voldoen. Mede naar aanleiding van de introductie van een nieuwe categorie betaaldiensten worden deze additionele eisen noodzakelijk geacht om de veiligheid en betrouwbaarheid van de betaaldienstsector te waarborgen. Ten aanzien van derde-betaaldienstverleners die toegang krijgen tot de IT-infrastructuur van banken, is dit naar mijn mening een begrijpelijke ontwikkeling. Voor betaalinstanties, die betaaldiensten verlenen waarmee minder veiligheidsrisico's zijn gemoeid, impliceert dit echter een ongewenste belasting en daarmee verhoging van de markttoetredingsdrempel. Wellicht dat in de definitieve tekst van het Richtlijnvoorstel op dit punt nog een nuance wordt aangebracht.

44. D. Busch, 'Drie fundamentele vragen voor de Europese Commissie', *Ondernemingsrecht* 2010/59, p. 1.

45. J.A. Jans, 'Harmonisering van regels voor markttoegang betaalinstanties', *FR* 2010, nr. 6, p. 153.