

De aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder bij het verrichten van betalingsdiensten

De grenslijn tussen fout en risico¹

*William Vandevoorde*²

§ 1. Inleiding	1018
§ 2. Het toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009	1020
I. Materieel toepassingsgebied	1020
II. Personeel toepassingsgebied	1020
III. Territoriaal toepassingsgebied	1021
§ 3. De foutaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder – Een klassieke toepassing van de gemeenrechtelijke principes	1022
I. Fout – Wetsinbreuk	1022
II. Rechtsherstel	1022
§ 4. De risicoaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder	1023
I. Algemeen	1023
A. Van fout naar risico	1023
B. Implicaties	1023
II. Aansprakelijkheid bij niet-toegestane betalingstransacties	1024
A. Instemming met de transactie en protest	1024
B. Aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder	1024
1. Algemeen	1024
2. Grondslagen	1024
3. Rechtsherstel	1027
C. Aansprakelijkheid van de betaler	1028
1. Algemeen	1028
2. Grondslagen	1028
D. Aansprakelijkheid van de begunstigde	1028
III. Aansprakelijkheid bij niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties	1029
A. Uitvoering van de transactie en protest	1029
B. Betalingsopdracht geïnitieerd door de betaler	1030
C. Betalingsopdracht geïnitieerd door of via de begunstigde	1030
D. Rechtsherstel	1031
E. Dubbele verhaalsmogelijkheid van de begunstigde – Beperkingen	1032
F. Regres op de aansprakelijke intermediair	1032
§ 5. Rechtvaardigingsgronden	1033
I. Algemeen	1033
II. Verstrekking van een onjuiste unieke identificator	1033
III. Overmacht	1034
IV. De (gedeeltelijke) uitsluiting van de wet van 10 december 2009	1034
V. Bedrog, opzet of grove nalatigheid	1035
A. Algemeen	1035
B. Bewijslast	1035
C. Omschrijving	1036

¹ Bijdrage afgesloten op 5 juli 2011.

² Advocaat Balie Brussel, Oreluis, www.orelius.be.

1. Bedrog en opzet	1036
2. Grove nalatigheid	1036
§ 6. Conclusie	1037

SAMENVATTING

De wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten beoogt een eengemaakt, samenhangend en concurrentie-neutraal juridisch kader voor betalingsdiensten tot stand te brengen, in het bijzonder wat de relatie tussen de betalingsdienstgebruikers en de betalingsdienstaanbieders betreft. Rechtstreekse aanleiding hiertoe is de totstandkoming van richtlijn 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt.

De regels voorzien door de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten zijn vooral gericht tot de betalingsdienstaanbieders (specifieke informatieverplichtingen, regels inzake het instemmen en het uitvoeren van betalingstransacties, met inbegrip van uitvoeringstermijnen), maar bevatten ook enkele verplichtingen ten aanzien van betalingsdienstgebruikers.

Deze bijdrage analyseert op een systematische en heldere manier de aansprakelijkheidsverdeling tussen de betalingsdienstgebruikers en de betalingsdienstaanbieders bij de aanbidding en het gebruik van betalingsdiensten, met inbegrip van de risicoaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder in het geval van niet-toegestane of niet correct uitgevoerde betalingstransacties.

RÉSUMÉ

La loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement vise à mettre en œuvre un cadre juridique unifié et cohérent, garantissant des conditions de concurrence neutres pour les services de paiement, particulièrement en ce qui concerne la relation entre les utilisateurs de services de paiement et les prestataires de services de paiement. Elle découle directement de l'adoption de la directive 2007/64/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 concernant les services de paiement dans le marché intérieur.

Les règles prévues par la loi du 10 décembre 2009 relative aux services de paiement s'adressent surtout aux prestataires de services de paiement (des obligations d'informations spécifiques, des règles relatives au consentement et à l'exécution d'opérations de paiement, y compris les délais d'exécution), mais contiennent également quelques obligations dans le chef des utilisateurs de services de paiement.

Cette contribution analyse de manière systématique et claire le partage des responsabilités entre les utilisateurs de services de paiement et les prestataires de services de paiement liées à la prestation et à l'utilisation de services de paiement, y compris la responsabilité objective du prestataire de services de paiement en cas d'opérations de paiement non autorisées ou non correctement exécutées.

§ 1. INLEIDING

1. De privaatrechtelijke verhouding tussen de betalingsdienststaanbieder en de betalingsdienstgebruiker werd grondig hervormd door de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten (hierna ‘de wet van 10 december 2009’)³. De wet van 10 december 2009 trad in werking op 1 april 2010.

Aan de betalingsdienststaanbieder wordt voortaan een uitgebreid gamma aan ‘gedragsregels’ opgelegd, nl. wettelijke verplichtingen die gelden bij het verrichten van betalingsdiensten ten behoeve van een betalingsdienstgebruiker. Toch zijn de bepalingen van de wet van 10 december 2009 niet eenzijdig opgesteld in het voordeel van de betalingsdienstgebruiker aangezien ook deze laatste, zij het in mindere mate, is gehouden tot naleving van een aantal wettelijke ver-

plichtingen, vnl. bij het gebruik van betaalinstrumenten.

De wet van 10 december 2009 is de omzetting naar Belgisch recht van Titel III en IV van 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 afgekondigd (hierna ‘de PSD-richtlijn’). Voor zover dit verenigbaar was met de PSD-richtlijn, werden naast en parallel met de omzetting van de PSD-richtlijn een aantal bestaande autonome nationale wetten geïntegreerd in de wet van 10 december 2009 waarbij er naar werd gestreefd het bestaande niveau van ‘consumentenbescherming’ niet aan te tasten⁴.

³ Voor rechtsleer inzake de implementatie van de PSD-richtlijn in België, zie: C. ALTER, *Droit bancaire général, Rép.not.*, Brussel, Larcier, 2010, 247-289; T. BAES en A. DE BOULLE, “Nieuwe wet betalingsdiensten: de consument overbeschermd?”, *Balans* 2009, nr. 619, 1-4; K. BYTTEBIER en T. WERA, “Het toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten (samen)ge(s)teld” in B. FERON (ed.), *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 79-104; E. DE POORTER, “De wet betreffende de betalingsdiensten leidt tot een betere bescherming van de consument”, *RW* 2010-11, 1330-1344; J. FELD, “Le paiement électronique à la lumière de la nouvelle loi sur les services de paiement” in X (ed.), *Le paiement*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2009, 63-144; T. DE VOLDER, “De elektronische maaltijdcheque: de (bredere) wettelijke omkadering en de juridische gevolgen van deze nieuwe ‘betalingsdienst’”, beschikbaar via <http://brightinsights.wordpress.com>; G. HENNARD, “L’exécution d’opérations de paiement non autorisées et l’inexécution ou l’exécution incorrecte d’opérations de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur”, *Bank Fin.R.* 2009, 3-21; G. HENNARD, “Loi sur les services de paiement: l’exécution des opérations de paiement. Responsabilités en cas d’inexécution ou d’exécution incorrecte des opérations de paiement” in B. FERON (ed.), *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 137-193; E. JACOBS, “De verdeling van de aansprakelijkheid in geval van frauduleus gebruik van een betaalinstrument. Situering van de Richtlijn Betalingsdiensten”, *Bank Fin.R.* 2009, 22-29; H. JACQUEMIN, “Les paiements électroniques dans les contrats à distance depuis la loi du 10 décembre 2009”, *RDTI* 2010, 5-21; Y. LAUWERS en I. VANWEDDINGEN, “Toepassingsgebied Richtlijn betreffende betalingsdiensten in de interne markt”, *Bank Fin.R.* 2008, 372-386; E. PIETERS en V. BROEKAERT, “Les services de paiement: l’autorégulation, la directive et la loi. Vue d’ensemble” in B. FERON (ed.), *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 11-50; M.A. SHAW, “Les techniques de paiement existantes et futures: tour d’horizon et réglementation” in B. FERON (ed.), *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 51-78; R. STEENNOT, C. BIQUET-MATHIEU en J. LOLY, “Het herroepingsrecht: het voorstel van Richtlijn betreffende consumentenrechten en haar impact op de Belgische wetgeving”, *DCCR* 2009, 81-141; R. STEENNOT, “Nieuwe wet betalingsdiensten niet onverdeeld positief voor consument”, *Juristenkrant*, 24 februari 2010, 4-5; R. STEENNOT, “The Single Euro Payments Area (SEPA) and the Payment Services Directive (PSD): What’s in it for Consumers?”, *TBH* 2010, 83-107; R. STEENNOT, “Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?”, *Working Paper Series*, WP 2010-04, maart 2010, 42 p., beschikbaar via www.law.ugent.be/fli/wps/index.php; R. STEENNOT, “Allocating liability in case of fraudulent use of electronic payment instruments and the Belgian mobile payment instrument pingping”, *Working Paper Series*, WP 2010-12, juli 2010, 18 p., beschikbaar via www.law.ugent.be/fli/wps/index.php; R. STEENNOT, “De wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten (BS 15 januari 2010)” in R. STEENNOT, J. STUYCK, H. VANHEES en E. WYMEERSCH (eds.), *Overzicht Financieel Recht. Artikelsgewijze commentaren*, Mechelen, Kluwer, 2011, art. 1 tot en met 81; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, APR, Mechelen, Kluwer, 2011, 302 p.; R. STEENNOT en I. DE POORTER, “De omzetting van de Richtlijn Betaaldiensten in België”, *Working Paper Series*, WP 2010-13, juli 2010, 17 p., beschikbaar via www.law.ugent.be/fli/wps/index.php; R. STEENNOT en T. BAES, “Wet op de betalingsdiensten: bescherming of overbescherming?”, *Bank Fin.R.* 2010, 208-239; R. STEENNOT, “Niet-toegestane betalingstransacties onder de Wet Betalingsdiensten: over aansprakelijkheid, risicobeheersing en grove nalatigheid” in B. FERON (ed.), *Betalingsdiensten. De nieuwe regelgeving onder de loep genomen*, Brussel, Anthémis, 2011, 105-136; O. STEVENS, noot onder Brussel 14 maart 2008, *TBH* 2010, 114-116; L. VAN CAUTER, “De nieuwe Belgische wetgeving inzake betalingsdiensten”, *Bank Fin.R.* 2010, 111-113; E. VAN DEN HAUTE en M. DREESEN, “Chronique de droit bancaire privé. Opérations de banque (2007-2010)”, *Bank Fin.R.* 2011, 31-59; A. VAN OEVELEN, “De adviespraktijk van het Bemiddelingscollege voor de financiële sector betreffende de aansprakelijkheid bij verlies of diefstal van elektronische betaalinstrumenten”, *Bank Fin.R.* 2010, 294-305; A. VANDOOALAE-GHE, “Het aanvaarden van kredietkaarten: een gevaarlijke onderneming voor de handelaar?” (noot onder Brussel 19 juni 2008), *DAOR* 2009, 170-179; A. VANDOOALAE-GHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *DCCR* 2010, 62-103; W. VANDEVOORDE, “De Belgische wetgeving tot omzetting van Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt. Een overzicht”, *TFin.R.* 2011, 2-85; E. WÉRY, *Paiements et monnaie électronique. Droits européen, français et belge*, Brussel, Larcier, 243 p.; X, “Beroep tegen beslissingen CBFA”, *NjW* 2010, 105; X, “Betalingsdienstenrichtlijn”, *NjW* 2010, 104; X, “Nieuwe wetgeving betalingsdiensten gepubliceerd”, *Balans* 2010, nr. 624, 7-8; X, “Wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten”, *TBH* 2010, 426; X, “Wet van 21 december 2009 betreffende het statuut van de betalingsinstellingen, de toegang tot het bedrijf van betalingsdienststaanbieder en de toegang tot betalingssystemen”, *TBH* 2010, 427-428; X, “Wet van 22 december 2009 tot wijziging van de wet van 2 augustus 2002 betreffende het toezicht op de financiële sector en de financiële diensten en tot instelling van de vordering tot staking van de inbreuken op de wet van 10 december 2009 betreffende de betalingsdiensten”, *TBH* 2010, 428-429; X, “Minnelijke schikking”, *Juristenkrant*, 22 december 2010, 2; X, “Betalingsinstellingen onderworpen aan Witwaswet”, *NjW* 2010, 413-414.

⁴ Het betreft de wet van 10 juli 1997 betreffende de valutadatum van bankverrichtingen (de zgn. ‘Wet-Poty’), de wet van 17 juli 2002 betreffende de transacties uitgevoerd met instrumenten voor de elektronische overmaking van geldmiddelen en de wet van 15 mei 2007 betreffende bepaalde bankdiensten. Deze regels hadden een beperkt toepassingsgebied zodat heel wat vragen betreffende betalingstransacties beantwoord dienden te worden aan de hand van het gemeen recht. Anderzijds neemt de laatste jaren het belang van de civielrechtelijke kwalificatie van bv. een betaalopdracht steeds verder af doordat steeds meer vragen in bijzondere wetgeving een specifieke oplossing krijgen.

2. Het zwaartepunt van de wet van 10 december 2009, die de bescherming van de ‘consument’ op het voorplan plaatst, is zonder twijfel gelegen in de aansprakelijkheidsregeling in geval van niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde betalingstransacties, waar de betalingsdienstaanbieder een risicoaansprakelijkheid wordt opgelegd. Buiten deze hypothesen blijft het klassieke principe van de ‘foutaansprakelijkheid’ (art. 1382-1383 BW) gelden.

Het mechanisme waarin de wet van 10 december 2009 voorziet bij de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker (hetzij betaler, hetzij begunstigde) is uitermate complex, gelet op onder meer de weinig toegankelijke structuur van de wet van 10 december 2009 en het grote aantal feitelijke veronderstellingen dat dient te worden gemaakt. Huidige bijdrage biedt een schematische en transparante analyse van dit mechanisme. Een inhoudelijke bespreking van de diverse verplichtingen van de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker onder de wet van 10 december 2009 valt als zodanig buiten het bestek van deze bijdrage⁵.

Hierna wordt onderzocht:

- het toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009;
- de foutaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder;
- de risicoaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder;
- de gronden tot uitsluiting van aansprakelijkheid.

Het is belangrijk te onderstrepen dat de aansprakelijkheidsregeling van de wet van 10 december 2009 niet alle mogelijke betalingstransacties omvat. Dit is het geval voor betalingstransacties die buiten het toepassingsgebied vallen van de wet van 10 december 2009, dan wel ressorteren binnen het toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009 maar

waarvoor de partijen een afwijkende regeling hebben getroffen aangezien de betalingsdienstgebruiker geen ‘consument’ is (*cf. infra*, nr. 6). In dit geval dient het gemeen recht te worden toegepast in combinatie met de bepalingen uit de algemene contractvoorwaarden, doorgaans een ‘raamcontract’⁶.

Om te beantwoorden aan zijn uitgebreide informatieverplichtingen lastens de betalingsdienstgebruiker⁷, verwerkt de betalingsdienstaanbieder in de praktijk vrijwel de integrale tekst van de wet van 10 december 2009 in zijn algemene contractvoorwaarden met de betalingsdienstgebruiker⁸. Zowel de betalingsdienstaanbieder als de betalingsdienstgebruiker ontlene hieraan rechten en verplichtingen zodat zij, al naar gelang het geval, schuldeiser dan wel schuldenaar zijn. De niet-nakoming van de algemene contractvoorwaarden (wanprestatie) is een contractuele fout in hoofde van de schuldenaar, voor zover deze ook toerekeningsvatbaar is en enige schade als gevolg van de wanprestatie voorspelbaar zou zijn⁹. Door opname in het raamcontract is een inbreuk op de wettelijke verplichtingen waarvan sprake in de wet van 10 december 2009 zowel een contractuele fout als een buitencontractuele fout in de zin van de artikelen 1382-1383 BW (*cf. infra*, nrs. 9-10). Hierdoor ontstaat een situatie van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, hetgeen de benadeelde (in de praktijk veelal de betalingsdienstgebruiker) ertoe dwingt toepassing te maken van de regels inzake de contractuele aansprakelijkheid¹⁰. Een groot aantal bepalingen van de wet van 10 december 2009 (inclusief deze betreffende de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder) zijn evenwel strafrechtelijk gesanctioneerd¹¹, zodat voor wat betreft deze bepalingen het verbod van samenloop niet geldt en de benadeelde de keuze behoudt tussen de contractuele en buitencontractuele vordering¹². In deze bijdrage wordt de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder geanalyseerd vanuit het perspectief van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.

⁵ Zie W. VANDEVOORDE, “De Belgische wetgeving tot omzetting van richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt. Een overzicht”, *I.c.*, 2-85.

⁶ Het raamcontract is een betalingsdienstencontract dat de toekomstige uitvoering regelt van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en dat de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten (art. 2, 2° en 16° van de wet van 10 december 2009). Raamcontracten komen in vele vormen en soorten en omvatten verschillende verrichtingen, zoals bv. het deponeren of opnemen van geld op de betaalrekening of het verrichten van betalingstransacties met een betaalinstrument (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 37). Tot het raamcontract behoren ook de algemene voorwaarden die daarop van toepassing zijn (R.E. VAN ESCH, “Opening van de Europese markt voor betaaldiensten”, *Computerrecht* 2009, 244). In de praktijk zijn raamcontracten en de daaronder vallende betalingstransacties veel gebruikelijker en van groter economisch belang dan eenmalige betalingstransacties. Bovendien is in geval van een betaalrekening of een specifiek betaalinstrument een raamcontract vereist (overw. 24 van de PSD-richtlijn).

⁷ Art. 5 e.v. van de wet van 10 december 2009.

⁸ De informatie die moet worden verstrekt dan wel beschikbaar worden gesteld is dermate uitgebreid, complex en gedetailleerd dat het in de praktijk voor de betalingsdienstaanbieder een hele opgave is om deze informatie te herleiden tot een voor de ‘gemiddelde’ betalingsdienstgebruiker duidelijke en bevattelijke vorm (art. 8, § 1, 3^{de} lid en 13, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009). Lijvige algemene voorwaarden zijn daarom haast onvermijdelijk. Terecht kan de bedenking worden gemaakt of de bescherming van de consument effectief wordt gerealiseerd door uitgebreide en zware informatieverplichtingen in hoofde van de betalingsdienstaanbieder nu de gemiddelde consument in de praktijk niet geneigd zal zijn de verstrekte dan wel beschikbare informatie effectief door te nemen. De voor de consument echt relevante informatie zit immers verzonken in een veel groter geheel van andere informatie-elementen, hetgeen impliceert dat de consument in realiteit geen kennis zal nemen van de voor hem essentiële informatie (A. VANDOOOLAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *I.c.*, p. 75, nr. 15; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 141).

⁹ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, p. 553, nr. 438.

¹⁰ Cass. 7 december 1973, *RW* 1973-74, 1597.

¹¹ Art. 64 e.v. van de wet van 10 december 2009.

¹² Cass. 28 juni 1982, *RW* 1982-83, 1717.

3. Uiteraard dient een welbepaalde (eventueel nog te verichten) dienst of transactie steeds te worden beoordeeld na grondige analyse van de betrokken toepasselijke reglemen-

tering en in het licht van de betrokken feitelijke omstandigheden, zodat deze bijdrage hiervoor niet uitsluitend als basis kan worden gebruikt.

§ 2. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN DE WET VAN 10 DECEMBER 2009

I. Materieel toepassingsgebied

4. Eén van de centrale aanknopingspunten bij de afbakening van het materieel toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009 is het begrip ‘betalingsdienst’. Dit begrip wordt functioneel ingevuld aan de hand van de volgende limitatief omschreven diensten, voor zover zij door de betalingsdienstaanbieder te koop worden aangeboden in het raam van een bedrijfsactiviteit¹³:

- de diensten verbonden aan het gebruik van de betaalrekening;
- de uitvoering van betalingstransacties (bv. overschrijving), al dan niet gedekt door een kredietlijn;
- de uitgifte en/of aanvaarding van betaalinstrumenten¹⁴, met dien verstande dat volgens de Europese Commissie schriftelijke overschrijvingsopdrachten niet als een betaalinstrument kunnen worden beschouwd in de zin van artikel 2, 10° van de wet van 10 december 2009 (cf. *infra*, nr. 21);
- het verrichten van geldtransfers;
- de uitvoering van betalingstransacties door telecommunicatie-, IT- of netwerkexploitanten louter als tussenpersoon.

Anderzijds is het juridisch kader van de wet van 10 december 2009 niet allesomvattend. De wet van 10 december 2009 is van toepassing in de verhouding tussen de betalingsdienstaanbieder en betalingsdienstgebruiker vanuit het perspectief van deze laatste als ‘eindgebruiker’, en geldt niet voor de onderliggende technische en andere structuren die het verlenen van betalingsdiensten mogelijk maken¹⁵. Als gevolg hiervan worden de volgende werk-

zaamheden uitdrukkelijk uitgesloten van het materieel toepassingsgebied:

- niet-elektronische betalingsdiensten, met dien verstande dat deze uitsluiting niet geldt voor schriftelijke overschrijvingsopdrachten, die dienvolgens blijven ressorteren onder de wet van 10 december 2009;
- diensten aan andere betalingsdienstgebruikers dan de ‘eindgebruiker’;
- diensten zonder inontvangstname van geldmiddelen;
- diensten waarbij niet als tussenpersoon wordt gehandeld.

Daarenboven is de wet van 10 december 2009 slechts van toepassing indien de betalingsdienst wordt uitgevoerd binnen de EER in euro of in de valuta van een EER-lidstaat buiten de eurozone. In het belang van de betalingsdienstgebruiker zijn de artikelen 36 en 37 van de wet van 10 december 2009 evenwel van toepassing ongeacht de valuta van de betalingsdienst¹⁶.

II. Personeel toepassingsgebied

5. De betalingsdienstaanbieder is iedere rechtspersoon die betalingsdiensten verstrekt aan een betalingsdienstgebruiker en resorteert onder één van de wettelijk omschreven categorieën betalingsdienstaanbieders¹⁷. Natuurlijke of rechtspersonen die noch betalingsdienstaanbieders zijn, noch uitdrukkelijk buiten de werkingsfeer vallen van de wet van 10 december 2009, zijn gerechtigd om betalingsdiensten aan te bieden¹⁸. Concreet zijn de volgende instellingen als betalingsdienstaanbieder gerechtigd om betalingsdiensten te verstrekken:

¹³. Art. 2, 1° van de wet van 10 december 2009.

¹⁴. Art. 2, 1°, e) van de wet van 10 december 2009. De betaalkaarten of andere betaalinstrumenten worden door de betalingsdienstaanbieder aangeboden aan de betaler (kaarthouder) met wie hij in een contractuele relatie staat. De betalingsdienstaanbieder die in een contractuele relatie staat met de begunstigde (handelaar) zorgt voor de betaling van de gelden van de betaler aan de begunstigde op basis van de betalingsopdrachten ontvangen van de begunstigde waarbij de uitvoering van de betaling geïnitieerd werd via de terminal in het verkooppunt van de begunstigde (‘point of sale’, kortweg ‘POS’). Dit is het geval wanneer de koper betaalt met een betaalkaart en zijn toestemming geeft d.m.v. het indrukken van de PIN-code en de ‘OK’-toets op het toestel (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 10). Afhankelijk van het feit of de twee werkzaamheden, zijnde de uitgifte en aanvaarding van betaalinstrumenten, al dan niet worden verricht door dezelfde betalingsdienstaanbieder, spreekt men respectievelijk van een ‘drie partijen’-schema (bv. American Express, Diners Club) of een ‘vier partijen’-schema (bv. MasterCard, Visa) (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 10).

¹⁵. HM Treasury, “Implementation of the Payment Services Directive: a consultation document”, december 2007, p. 20, nr. 2.34, beschikbaar via www.hm-treasury.gov.uk: “In general, the distinction between the firms and services caught in and out of scope of the Directive centres on whether the activity in question relates to the provision of payment services to customers, including small businesses and corporate entities. The intended approach is to cover the interface between providers and endusers from the latter’s point of view, rather than to govern the underlying technical or other workings which facilitate the delivery of the payment service.” Zie ook de toelichting bij de definitie van betalingsdienstaanbieder, bedoeld in art. 2, 2° van de wet van 10 december 2009 (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 11).

¹⁶. Art. 3, § 2 van de wet van 10 december 2009.

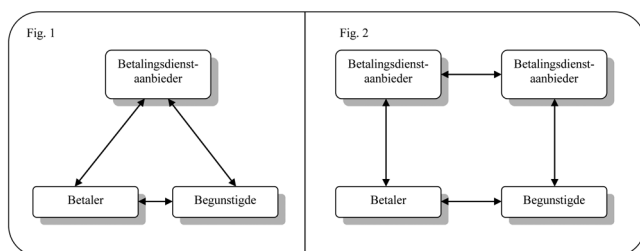
¹⁷. Art. 2, 2° van de wet van 10 december 2009.

¹⁸. Art. 29 van de PSD-richtlijn.

- kredietinstellingen¹⁹;
- instellingen voor elektronisch geld²⁰;
- betalingsinstellingen²¹;
- De Post NV²²;
- de NBB en de ECB wanneer zij niet handelen in hun hoedanigheid van monetaire of andere publieke autoriteit²³;
- de Belgische overheidsinstellingen wanneer zij niet handelen in hun hoedanigheid van publieke autoriteit²⁴.

6. Ieder natuurlijke of rechtspersoon die in de hoedanigheid van betaler, begunstigde of beide van een betalingsdienst gebruik maakt kwalificeert als betalingsdienstgebruiker²⁵. Niet alle betalingsdienstgebruikers verkeren in dezelfde positie en behoeven bijgevolg dezelfde mate van bescherming. Een passende bescherming van de betalingsdienstgebruiker houdt rekening met de risico's die eigen zijn aan de verschillende types van betalingsdienstgebruikers²⁶. Om deze reden maakt de wet van 10 december 2009 het onderscheid tussen 'consumenten' en andere betalingsdienstgebruikers. Al naargelang de betalingsdienstgebruiker bij een welbepaalde betalingstransactie handelt als 'consument', zullen andere regels van toepassing zijn, waardoor elke betalingstransactie op zich moet worden bekeken²⁷.

Zoals geïllustreerd in onderstaande schema's, kunnen de betalingsdiensten ten behoeve van de betaler en begunstigde worden verricht door dezelfde betalingsdienstaanbieder (fig. 1), dan wel een verschillend betalingsdienstaanbieder (fig. 2).



De initiatie van handelingen door de betaler of de begunstigde waarbij geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen staat gelijk aan het verrichten van een betalingstransactie, ongeacht of er onderliggende verplichtingen zijn tussen de betaler en de begunstigde²⁸. Naar gelang de wijze waarop de betalingstransactie wordt geïnitieerd, geldt volgend onderscheid:

- de betalingstransactie geïnitieerd 'door de betaler', bijvoorbeeld een overschrijving, een doorlopende opdracht of een geldafhaling via een automatische verdeler ('ATM');
- de betalingstransactie geïnitieerd 'door de begunstigde', bijvoorbeeld een domiciliëring;
- de betalingstransactie geïnitieerd 'via de begunstigde', bijvoorbeeld de betaling waarbij de betaler (kaarhouder) de betalingstransactie initieert en toestaat via de terminal in het verkooppunt van de begunstigde (handelaar) ('point of sale', kortweg 'POS').

Dit onderscheid is voor de toepassing van de wet van 10 december 2009 van essentieel belang. Naargelang de betalingstransactie werd geïnitieerd 'door de betaler' (de zgn. 'PUSH'-transactie) dan wel 'door of via de begunstigde' (de zgn. 'PULL'-transactie), zullen andere regels van toepassing zijn bij de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betalingsdienstgebruiker en -aanbieder (cf. *infra*, nrs. 44-45).

III. Territoriaal toepassingsgebied

7. Tot slot is de wet van 10 december 2009 van toepassing in de mate waarin zowel de betalingsdienstaanbieder van de betaler als de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde of (indien betaler en begunstigde hun rekening voeren bij dezelfde betalingsdienstaanbieder) de enige bij de betalingstransactie betrokken betalingsdienstaanbieder in de EU/EER gevestigd is (de zgn. 'two legs in'-betalingstransacties) én de betalingsdienst in België te koop wordt aangeboden²⁹. In het belang van de betalingsdienstgebruiker zijn de artikelen 36 en 37 van de wet van 10 december 2009 evenwel van toepassing van zodra de

19. Art. 2, 2°, a) van de wet van 10 december 2009.

20. Art. 2, 2°, b) van de wet van 10 december 2009.

21. Art. 2, 2°, d) van de wet van 10 december 2009.

22. Art. 2, 2°, c) van de wet van 10 december 2009.

23. Art. 2, 2°, e) van de wet van 10 december 2009.

24. Art. 2, 2°, f) van de wet van 10 december 2009. Buitenlandse overheden en instellingen uit andere lidstaten van de EER zijn niet gemachtigd om in België betalingsdiensten aan te bieden, tenzij via het statuut van betalingsinstelling. Zie de discussie ter zake tussen de Regering en de Raad van State, *Parl.St. Kamer*, 2182/001, 17.

25. Art. 2, 3° van de wet van 10 december 2009.

26. De HM Treasury verwoordt dit als volgt: "Where a user is not a consumer, the parties may agree that certain provisions will not apply. This helps reduce the risk of moral hazard that could arise if the rights and obligations appropriate to micro-enterprises and customers were also applied to large corporates, typically able to invest more in payments security." (HM TREASURY, *Implementation of the Payment Services Directive: a consultation document*, december 2007, p. 54, nr. 5.15).

27. Zie W. VANDEVOORDE, "De Belgische wetgeving tot omzetting van Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt. Een overzicht", *l.c.*, nrs. 38-42, p. 19-21.

28. Art. 2, 6° van de wet van 10 december 2009.

29. Art. 3, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

betalingsdienstaanbieder van de betaler in België is gevestigd (de zgn. ‘one leg out’-betalingstransacties)³⁰.

§ 3. DE FOUTAANSPRAKELIJKHEID VAN DE BETALINGSDIENSTAANBIEDER – EEN KLASSIEKE TOEPASSING VAN DE GEMEENRECHTELIJKE PRINCIPES

I. Fout – Wetsinbreuk

8. De gemeenrechtelijke principes inzake de buitencontractuele foutaansprakelijkheid zijn welbekend. Afgezien van een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm, is er pas sprake van een fout in de zin van de artikelen 1382-1383 BW wanneer de betrokkene toerekeningsvatbaar was en de schade als gevolg van de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm voorzienbaar was³¹. Er is sprake van een miskenning van de ‘algemene zorgvuldigheidsnorm’ wanneer de betrokkene niet heeft gehandeld zoals een normaal voorzichtig en redelijk persoon (abstract criterium), in dezelfde feitelijke omstandigheden geplaatst (concreet criterium), zou hebben gehandeld³². Niet elke wetsinbreuk impliceert evenwel ook een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm waarvan sprake in de artikelen 1382-1383 BW. Vereist is dat het gaat om een wetsbepaling die aan de betrokkene een welbepaalde gedragsregel oplegt onder de vorm van hetzij een gebod, hetzij van een verbod³³.

9. In de privaatrechtelijke verhouding met de betalingsdienstgebruiker dient de betalingsdienstgebruiker ingevolge de wet van 10 december 2009 een groot aantal verplichtingen in acht te nemen die, afhankelijk van het geval, aan de betalingsdienstaanbieder een gebod, dan wel een verbod opleggen. Behoudens de situaties waarin de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder voor niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties ter discussie staat (*cf. infra*, nrs. 12 e.v.), blijft het klassieke principe van de ‘foutaansprakelijkheid’ (art. 1382-1383 BW) onverkort van toepassing. Bijgevolg impliceert de miskenning van zijn verplichtingen uit de wet van 10 december 2009 een buitencontractuele fout d.i. een schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm in hoofde van de betalingsdienstaanbieder.

Vereist is weliswaar dat de desbetreffende verplichting ook effectief uitwerking krijgt, hetgeen, gelet op het complex geformuleerde toepassingsgebied van de wet van 10 december 2009, niet altijd even evident is. De bewijslast hiervan rust op de eiser, in de praktijk veelal de betalingsdienstgebruiker.

10. Aangezien de verplichtingen van de betalingsdienst-aanbieder inzake betalingsdiensten een wettelijke oorsprong hebben, zijn zij buitencontractueel van aard. De vaststelling dat een ‘raamcontract’ is vereist met de betalingsdienstgebruiker vooraleer bepaalde van deze verplichtingen uitwerking zouden krijgen doet hieraan geen afbreuk. De ‘gedragsregel’ is slechts contractueel van aard wanneer hij het gevolg is van een contractueel beding en aldus zijn oorsprong vindt in de wilsovereenstemming tussen partijen³⁴. Door opname in het raamcontract van de verplichtingen van de betalingsdienstaanbieder inzake betalingsdiensten ontstaat er evenwel een situatie van ‘samenloop’ (*cf. supra*, nr. 2).

II. Rechtsherstel

11. Ingevolge de toepassing van de artikelen 1382-1383 BW is de betalingsdienstaanbieder gehouden tot vergoeding van de schade geleden door de benadeelde, in de praktijk veelal de betalingsdienstgebruiker, voor zover er een causaal verband bestaat met de fout van de betalingsdienstaanbieder. Zoals bekend, wordt de geleden schade hersteld hetzij in natura, hetzij bij equivalent (schadevergoeding).

³⁰. Art. 3, § 1, 3^{de} lid van de wet van 10 december 2009. Zo zullen de art. 36 en 37 van de wet van 10 december 2009 van toepassing zijn indien de betaler zijn kredietkaart, die hij heeft verkregen van een in België gevestigde betalingsdienstaanbieder, verliest in de VS en er in de VS niet-toegestane betalingstransacties in USD plaatsvinden, alsook indien de betaler een betaalrekening heeft geopend bij een betalingsdienstaanbieder die in België is gevestigd en er in het kader van deze betaalrekening vanuit het buitenland niet-toegestane betalingstransacties plaatsvinden (R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 235).

³¹. Uit de rechtspraak blijkt evenwel dat aan het bewijs van deze laatste twee elementen slechts uitzonderlijk aandacht wordt geschonken. Blijkbaar wordt, bij wijze van feitelijk vermoeden, aangenomen dat de vaststelling van de miskenning van de algemene zorgvuldigheidsnorm in causaal verband met een schade toelaat te besluiten tot de toerekeningsvatbaarheid van de aangesprokene en tot de voorspelbaarheid van de schade op het ogenblik van het litigieuze gedrag (L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Maklu, 1989, p. 45, nr. 29).

³². Aangezien de betalingsdienstaanbieder als professioneel beschikt over kennis en vaardigheden die deze van een gemiddeld persoon overtreffen, dienen de gedragingen van de betalingsdienstaanbieder te worden getoetst aan deze van een normaal en voorzichtig betalingsdienstaanbieder, geplaatst in dezelfde feitelijke omstandigheden.

³³. Cass. 13 mei 1982, *Arr.Cass.* 1982, 1134. De overige bestanddelen van de fout, namelijk de toerekenbaarheid van de betrokkene en de voorzienbaarheid van de schade als gevolg van de wetsinbreuk, blijven bestaan. Weliswaar wordt algemeen aangenomen dat bij miskenning van de wet die aan de betrokkene een welbepaalde gedragsregel oplegt de voorspelbaarheid van schade per definitie aanwezig is (L. CORNELIS en J. PEETERS, “Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht” in E. WYMEERSCH (ed.), *Financieel recht tussen oud en nieuw*, Antwerpen, Maklu, 1996, p. 675, nr. 50).

³⁴. Vgl. L. CORNELIS en J. PEETERS, “Gedragsregels van bemiddelaars bij transacties in financiële instrumenten, getoetst aan het aansprakelijkheidsrecht”, *l.c.*, p. 673, nr. 48.

§ 4. DE RISICOAANSPRAKELIJKHEID VAN DE BETALINGSDIENSTAANBIEDER

I. Algemeen

A. Van fout naar risico

12. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder voor niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties, wordt het klassieke principe van de ‘foutaansprakelijkheid’ (art. 1382-1383 BW) door de wetgever kennelijk verlaten, en vervangen door een risicoaansprakelijkheid.

De motieven voor de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder lijken te rusten op het risico verbonden aan de (technische en juridische) structuren die betalingstransacties mogelijk maken, en waarbij de aansprakelijkheid voor de schade die voortvloeit uit niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties wordt gekanaliseerd naar de betalingsdienstaanbieder vanwege zijn band met deze structuren voor dewelke hij dient in te staan³⁵. Bovendien wordt de aansprakelijkheid tussen de partijen niet altijd verdeeld in functie van de fouten die door de partijen werden begaan. Als zodanig lijkt in de rechtsleer de opvatting te groeien dat er sprake is van een ‘risicoaansprakelijkheid’ in hoofde van de betalingsdienstaanbieder³⁶, zoals deze bijvoorbeeld ook geldt voor de eigenaar van gebouwen (art. 1386 BW).

B. Implicaties

13. Het voorgaande impliceert dat de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder bij niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties niet langer afhankelijk is van het bewijs dat de schade werd veroorzaakt door een al dan

niet foutieve gedraging in hoofde van de betalingsdienstaanbieder (art. 1382-1383 BW).

14. Daarnaast impliceert de risicoaansprakelijkheid in hoofde van de betalingsdienstaanbieder dat de betalingsdienstaanbieder niet aansprakelijk is indien de betalingstransactie werd ingeleid op apparaten, terminals of met behulp van uitrusting die door de betalingsdienstaanbieder niet werd aanvaard³⁷. Dit argument steunt op de overweging dat, aangezien de apparaten, terminals of uitrusting niet door de betalingsdienstaanbieder werden aanvaard, hij ook niet kan ‘instaan’ voor de mogelijke risico’s die verbonden zijn aan het gebruik ervan. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan de hypothese waarin de betaler erin slaagt een betalingstransactie te initiëren op een mobiele telefoon die niet voorkomt op de lijst van mobiele telefoons die zijn aanvaard door de betalingsdienstaanbieder voor het verrichten van mobiele betalingen, alsook aan de hypothese waarin de computer van de betaler niet voldoet aan de systeemvereisten die door de betalingsdienstaanbieder werden vooropgesteld³⁸.

Om bovenstaande reden dient de betalingsdienstaanbieder in het raamcontract aan de betalingsdienstgebruiker mee te delen welke apparaten hij aanvaardt en/of niet aanvaardt, of nog aan welke voorwaarden de apparaten moeten voldoen. Eventueel kan de betalingsdienstaanbieder ook via een mededeling op het betrokken apparaat zelf duidelijk maken of het apparaat voor gebruik is goedgekeurd³⁹.

15. Indien de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie uitsluitend is te wijten aan de fout van de betalingsdienstgebruiker, en niet aan de apparaten, terminals of uitrusting waarvoor de betalingsdienstaanbieder dient in te staan, draagt de betalingsdienstaanbieder logischerwijze geen aansprakelijkheid⁴⁰. Hiervan is bijvoor-

35. Zo overweegt de Belgische wetgever het volgende: “Het is aan de betalingsdienstaanbieder om structuren op te zetten of te organiseren binnen zijn onderneming waardoor betalingstransacties op een veilige manier kunnen plaatsvinden en waarvan de betaler gebruik maakt op basis van de informatie die hij van zijn betalingsdienstaanbieder heeft ontvangen. Het is derhalve de betalingsdienstaanbieder die in de eerste plaats ter verantwoording moet [worden] geroepen voor het goed functioneren van het betalingsverkeer. Er kan van de gemiddelde betaler niet worden verwacht dat hij van deze technische processus een volledig kennis of overzicht heeft.” (Parl.St. Kamer, 2179/001, 69). In dezelfde zin overweegt de communautaire wetgever het volgende: “Voor een vlotte en efficiënte werking van het betalingssysteem moet de gebruiker erop kunnen vertrouwen dat de betalingsdienstaanbieder de betalingstransactie correct en binnen de overeengekomen termijn uitvoert. De aanbieder is doorgaans in een goede positie om de risico’s te beoordelen die verbonden zijn aan de betalingstransactie. De aanbieder die het betalingssysteem beschikbaar stelt, treft de regelingen om op de verkeerde plaats terechtgekomen of verkeerd toegewezen geldmiddelen terug te roepen, en beslist in de meeste gevallen welke tussenpersonen bij de uitvoering van een transactie worden betrokken. In het licht van het bovenstaande is het, behoudens abnormale en onvoorziene omstandigheden, zonder meer aangewezen dat de betalingsdienstaanbieder een aansprakelijkheid wordt opgelegd met betrekking tot de uitvoering van een betalingstransactie die hij van de gebruiker heeft aanvaard, met uitzondering van het handelen en nalaten van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde, voor de keuze waarvan louter de begunstigde aansprakelijk is.” (overw. 46 van de PSD-richtlijn”).

36. Zie bv. J. FELD, “Le paiement électronique à la lumière de la nouvelle loi sur les services de paiement”, *l.c.*, 126; G. HENNARD, “L’exécution d’opérations de paiement non autorisées et l’inexécution ou l’exécution incorrecte d’opérations de paiement. Analyse des dispositions de la PSD et comparaison avec le droit belge en vigueur”, *l.c.*, 14; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 330; R. STEENNOT en T. BAES, “Wet op de betalingsdiensten: Bescherming of overbescherming?”, *l.c.*, 235; A. VANDOOALAECHIE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 97, nr. 31.

37. Vgl. art. 7, § 1, 1° van de wet van 7 juli 2002.

38. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 387.

39. Vgl. G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 361, nr. 419.

40. Vgl. art. 7, § 1, 1° van de wet van 7 juli 2002.

beeld sprake indien het betaalinstrument door de betalingsdienstgebruiker niet werd gebruikt overeenkomstig de voorwaarden van het raamcontract of wanneer de betalingsdienstgebruiker zelf het gebrekkig functioneren van het betaalinstrument of de terminal heeft veroorzaakt⁴¹.

II. Aansprakelijkheid bij niet-toegestane betalingstransacties

A. Instemming met de transactie en protest

16. Een betalingstransactie (of een reeks betalingstransacties) wordt pas als toegestaan aangemerkt indien de betaler heeft ingestemd met de uitvoering van de betalingsopdracht⁴². Deze ‘instemming’ is de ‘toestemming’ waarvan sprake in artikel 1109 BW. Van een niet-toegestane betalingstransactie is bijvoorbeeld sprake bij een geldafhaling door de oneerlijke vinder van een debetkaart⁴³.

17. Om de risico's en gevolgen van niet-toegestane betalingstransacties te beperken, moet de betaler zijn betalingsdienstaanbieder zo spoedig mogelijk in kennis stellen van betwistingen in verband met vermeende niet-toegestane betalingstransacties die aanleiding geven tot een vordering (incl. een aansprakelijkheidsvordering)⁴⁴. De betalingsdienstgebruiker dient deze kennisgeving ‘onverwijld’ (d.i. vanaf het ogenblik waarop hij kennis heeft van de feiten of hiervan kennis diende te hebben) en uiterlijk 13 maanden na de valutatdatum van de debitering van de bewuste betalingstransactie te verrichten⁴⁵.

Beide termijnbepalingen dienen cumulatief te worden toegepast⁴⁶. Dit impliceert dat, ook al wordt de kennisgeving verricht binnen de 13 maanden, zij geldt als laattijdig indien zij niet onverwijld plaatsvond. Laattijdige kennisgeving heeft tot gevolg dat de betalingsdienstgebruiker onweerlegbaar wordt vermoed de betalingstransactie te hebben aanvaard. Door bepaalde auteurs wordt evenwel geargumenteed dat indien de betalingsdienstgebruiker niet ‘onverwijld’ in ken-

nis wordt gesteld, er hoogstens sprake is van een weerlegbaar vermoeden van aanvaarding⁴⁷.

18. Indien de betaler ontkent de uitgevoerde betalingstransactie te hebben toegestaan, dient de betalingsdienstaanbieder hiervan het tegenbewijs te leveren door te bewijzen dat de betalingstransactie geauthentiseerd is, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed⁴⁸. Indien de betalingsdienstaanbieder faalt in het bewijs hiervan, brengt dit zijn aansprakelijkheid in het gedrang (cf. *infra*, nrs. 19 e.v.).

B. Aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder

1. Algemeen

19. De aansprakelijkheidsgronden bij niet-toegestane betalingstransacties kunnen in twee categorieën worden ingedeeld. Enerzijds geldt er een algemene aansprakelijkheidsgrond van de betalingsdienstaanbieder (cf. *infra*, nr. 20) behoudens bepaalde gevallen waarbij de aansprakelijkheid krachtens een uitdrukkelijke bepaling wordt gelegd bij de betaler (cf. *infra*, nrs. 34-38). Anderzijds gelden er voor de betalingsdienstaanbieder bijzondere aansprakelijkheidsgronden (cf. *infra*, nrs. 21-31). Telkens betreft het echter een risicoaansprakelijkheid in hoofde van de betalingsdienstaanbieder.

2. Grondslagen

a. Niet-toegestane betalingstransacties – Subsidiare hypothese

20. Het centrale uitgangspunt van de aansprakelijkheidsregeling is als volgt: wanneer een betalingstransactie wordt uitgevoerd zonder dat de betaler zijn instemming heeft gegeven met de uitvoering van de betalingsopdracht, dan is de betalingsdienstaanbieder van de betaler hiervoor aansprake-

⁴¹. Vgl. G. SCHRANS en R. STEENNOT, *Algemeen deel van het financieel recht*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 361, nr. 420.

⁴². Art. 28, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

⁴³. Het is niet steeds even eenvoudig om uit te maken of een transactie al dan niet werd toegestaan, bv. indien een kaarthouder zijn kaart en code vrijwillig overhandigt aan een derde, doch deze derde haalt meer geld af dan de partijen waren overeengekomen. Zie hierover R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 227.

⁴⁴. Overw. 31 van de PSD-richtlijn.

⁴⁵. Art. 34 van de wet van 10 december 2009. De termijn van 13 maanden doet geen afbreuk aan de verjaringstermijnen binnen dewelke vorderingen overeenkomstig het gemeen recht kunnen worden ingesteld (overw. 31 van de PSD-richtlijn; *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 66). De wet van 10 december 2009 laat tevens andere vorderingen tussen betalingsdienstgebruikers en hun betalingsdienstaanbieders onverlet (overw. 31 van de PSD-richtlijn; *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 66).

⁴⁶. European Commission, Q&A, Question N° 111: “The interpretation of ‘without undue delay’ will depend on the specific circumstances and has to be examined on a case-by-case basis. Existing national and/or case law could be taken into account. The two conditions are cumulative: the payer must notify without undue delay on becoming aware of the unauthorised transactions and, in any case, within a 13 month period.” In dezelfde zin: A. VANDOOLEAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 83, nr. 22.

⁴⁷. G. HENNARD, “Loi sur les services de paiement: l’exécution des opérations de paiement. Responsabilités en cas d’inexécution ou d’exécution incorrecte des opérations de paiement”, *l.c.*, p. 169, nr. 28. Voor een vergelijking met de situatie vóór de inwerkingtreding van de wet van 10 december 2009, zie R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 406.

⁴⁸. Art. 35, § 1 van de wet van 10 december 2009.

lijk jegens de betaler⁴⁹. De betaler zelf draagt voor deze niet-toegestane betalingstransactie geen aansprakelijkheid.

De betalingsdienstaanbieder kan bijgevolg niet aan aansprakelijkheid ontkomen door bijvoorbeeld aan te tonen dat het betrokken betaalsysteem niet toelaat om verder gebruik van het betaalinstrument na kennisgeving onmiddellijk te vermijden (bv. wanneer een kredietkaart wordt gebruikt zonder elektronische identificatie bij een verkoper in het buitenland die nog werkt met een doordruksysteem)⁵⁰. Bijkomende bedingen in het raamcontract die de betalingsdienstgebruiker de verplichting opleggen om, na een telefonische kennisgeving, een aangetekend schrijven te richten aan de betalingsdienstaanbieder of klacht neer te leggen bij de politie, zullen geen invloed hebben op de aansprakelijkheidsverdeling⁵¹.

b. Schriftelijke overschrijvingsopdrachten

21. Volgens de Europese Commissie kunnen schriftelijke overschrijvingsopdrachten niet als een ‘betaalinstrument’ worden beschouwd in de zin van artikel 2, 10° van de wet van 10 december 2009⁵². Dit wordt algemeen niet betwist⁵³. Als gevolg hiervan geldt de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betalingsdienstaanbieder en de betaler waarvan sprake in artikel 37, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009 niet. Dit impliceert dat indien een vervalste overschrijvingsopdracht op papier werd gegeven de betalingsdienstaanbieder aansprakelijk blijft, behoudens in het geval van bedrog van de betaler. Het betreft zowel opdrachten die gegeven worden op een klassiek overschrijvingsformulier als opdrachten die gegeven worden per brief of fax⁵⁴.

22. Deze regeling wijkt sterk af van het gemeen recht waarbij de kredietinstelling niet aansprakelijk is bij de uitvoering van een vervalste overschrijvingsopdracht, tenzij wanneer zij bij de controle van de opdracht een zware fout heeft begaan⁵⁵.

c. Afwezigheid van fysieke voorlegging en elektronische identificatie

23. De betalingsdienstaanbieder zal aansprakelijk zijn jegens de betaler voor alle verliezen indien het betaalinstrument werd gebruikt zonder fysieke voorlegging (‘op afstand’) en zonder elektronische identificatie⁵⁶. Het betreft bijvoorbeeld de situatie waarin een derde erin slaagt de kredietkaartgegevens (kredietkaartnummer, vervaldatum en verificatiecode) te noteren en, zonder dat het betaalinstrument in een kaartlezer moet worden gebracht met het oog op de elektronische identificatie van het betaalinstrument, de verkregen gegevens gebruikt om via Internet aankopen en betalingstransacties te verrichten⁵⁷.

Deze aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder jegens de betaler steunt op de overweging dat de betalingsdienstaanbieder als professioneel het best geplaatst is om efficiënte en veilige producten op de markt te brengen. Bovendien kan, indien de betalingsdienstaanbieder de economische keuze maakt om geen optimaal veiligheidssysteem te hanteren, hij de gevolgen die hieruit voortvloeien niet afwentelen op de betaler⁵⁸.

Toch mag uit het bovenstaande niet worden afgeleid dat het de betalingsdienstaanbieder is die uiteindelijk de financiële gevolgen zal dragen van frauduleuze betalingstransacties. De contracten gesloten met handelaars die betaling aanvaarden zonder fysieke voorlegging van het betaalinstrument en zonder elektronische identificatie bepalen in de regel dat de betalingsdienstaanbieder de rekening van de handelaar mag debiteren in het geval waarin de betaler de desbetreffende betalingstransactie betwist⁵⁹. De geldigheid van dergelijke clausules werd reeds aanvaard in de rechtspraak⁶⁰.

d. Namaak van het betaalinstrument, ‘skimming’ en ‘hacking’

24. De betalingsdienstaanbieder zal aansprakelijk zijn jegens de betaler voor alle verliezen indien het betaalinstrument

⁴⁹. Art. 36, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

⁵⁰. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 250.

⁵¹. *Parl.St. Kamer*, 2179/001, 63; A. VANDOOOLAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 81, nr. 21; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 250.

⁵². European Commission, Q&A, Question N° 34: “This definition is meant to cover physical devices (such as cards or mobile phones) and/or set of procedures (such as PIN codes, TAN codes, digipass, login/password, etc.) which a payment service user can use to give instructions to his payment service provider in order to execute a payment transaction. If the payment transaction is initiated by paper, the paper slip itself is not considered as payment instrument.”

⁵³. Zie bv. HM TREASURY, *Implementation of the Payment Services Directive: a summary of consultation responses*, juni 2008, p. 19, nr. 3.44, beschikbaar via www.hm-treasury.gov.uk.

⁵⁴. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 280.

⁵⁵. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 281.

⁵⁶. Art. 37, § 1, 3^{de} lid, 1° van de wet van 10 december 2009.

⁵⁷. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 275.

⁵⁸. *Parl.St. Kamer*, 2179/001, 71. Deze overwegingen bevestigen dat het gaat om een ‘risicoaansprakelijkheid’ in hoofde van de betalingsdienstaanbieder.

⁵⁹. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 275.

⁶⁰. Er wordt daarom betreurd dat de regeling van niet-aansprakelijkheid van de betaler ingevolge art. 37, § 1, 3^{de} lid, 1° van de wet van 10 december 2009 niet werd uitgebreid tot de ‘betalingsdienstgebruiker’, hetgeen ook de begunstigde impliceert. Doordat het (financieel) risico van een onveilig Internetbetaalsysteem door de betalingsdienstaanbieder kan worden afgewenteld op de begunstigde, wordt de betalingsdienstaanbieder ook niet aangemoedigd om te investeren in meer veiligheid (A. VANDOOOLAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 87, nr. 24; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 275).

ment werd nagemaakt door een derde (bv. gekopieerde betaalkaart)⁶¹.

25. Van aansprakelijkheid in hoofde van de betalingsdienstaanbieder is eveneens sprake indien het betaalinstrument ‘onrechtmatig werd gebruikt’ voor zover de betaler op het moment van de betwiste transactie in het bezit was van het betaalinstrument⁶². Dergelijk onrechtmatig gebruik is bijvoorbeeld aanwezig wanneer het fysiek instrument niet wordt nagemaakt maar bepaalde gegevens door een derde fysiek worden gekopieerd (‘skimming’) alsook wanneer systemen door een derde worden gekraakt teneinde toegang te krijgen tot de kaartgegevens van de kaarthouder (‘hacking’)⁶³.

Volgens Steennot lijkt het de betaler te zijn die het bewijs dient te leveren dat hij in het bezit was van het betaalinstrument ten tijde van de betwiste transactie. Indien de betaler het nagemaakte betaalinstrument nog in zijn bezit heeft op het ogenblik dat hij de transactie betwist, kan hieruit volgens Steennot worden afgeleid dat hij ook ten tijde van de betwiste transactie in het bezit was van het betrokken betaalinstrument. De betalingsdienstaanbieder kan evenwel het tegenbewijs leveren⁶⁴.

26. De achterliggende gedachte van de bovenstaande aansprakelijkheid is dat de betalingsdienstaanbieder het best is geplaatst om te verhinderen dat het betaalinstrument wordt nagemaakt, dan wel dat deze onrechtmatig wordt gebruikt. Het mag daarom niet verwonderen dat de meeste Belgische banken het gebruik van Bancontact/Maestro buiten de EU, waar de identificatie veelal geschiedt aan de hand van de magneetstrip in plaats van de chip, onmogelijk maken om zich te vrijwaren van aansprakelijkheid⁶⁵.

e. Betaalinstrument voor ‘kleine bedragen’

27. Instrumenten voor de betaling van ‘kleine bedragen’ moeten een goedkoop en gebruiksvriendelijk alternatief vormen bij laaggeprijsde goederen en diensten en mogen niet aan buitensporige vereisten onderworpen zijn⁶⁶. Om deze reden worden betaling aan de hand van een betaalinstrument van ‘kleine bedragen’ (bv. Proton, PingPing) aan een minder stringent regime onderworpen.

Van een betaling van ‘kleine bedragen’ is sprake in elk van de volgende gevallen:

- elke individuele betalingstransactie uitgevoerd met het betaalinstrument bedraagt maximaal 30 EUR⁶⁷. Er geldt geen beperking in de tijdsintervallen waarbinnen of de frequentie waarmee de betalingstransacties kunnen plaatsvinden⁶⁸;
- de betalingslimiet van het betaalinstrument bedraagt maximaal 150 EUR⁶⁹;
- de opslagwaarde van het betaalinstrument bedraagt maximaal 150 EUR⁷⁰.

28. Indien gebruik wordt gemaakt van een instrument voor de betaling van ‘kleine bedragen’ kunnen de betalingsdienstaanbieder met de betaler overeenkomen dat de basisregels inzake de verdeling van aansprakelijkheid niet van toepassing zijn. Het betreft:

- de artikelen 35, 36 en 37, § 1, 1^{ste} en 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009 voor zover het betaalinstrument anoniem wordt gebruikt of de betalingsdienstaanbieder om andere redenen inherent aan het betaalinstrument niet het bewijs kan leveren dat de betalingstransactie is toegestaan⁷¹;
- artikel 37, § 2 van de wet van 10 december 2009 voor zover het betaalinstrument niet kan worden geblokkeerd of verder gebruik ervan niet kan worden voorkomen⁷².

In beide gevallen is een contractuele regeling noodzakelijk opdat de afwijkende aansprakelijkheidsregeling toepassing kan vinden. De bovenstaande aansprakelijkheidsregeling waarbij het risico voor niet-toegestane betalingstransacties ten laste wordt gelegd bij de betaler geldt dus niet uit zichzelf.

f. Elektronisch geld

29. Bij gebruik van elektronisch geld via een instrument voor de betaling van ‘kleine bedragen’ kunnen de betalingsdienstaanbieder met de betaler overeenkomen dat de artikelen 36 en 37 van de wet van 10 december 2009 niet van toepassing zijn op voorwaarde dat de betalingsdienstaanbieder van de betaler niet de mogelijkheid heeft de

⁶¹. Art. 37, § 1, 3^{de} lid, 2^o van de wet van 10 december 2009.

⁶². Art. 37, § 1, 3^{de} lid, 2^o van de wet van 10 december 2009.

⁶³. *Parl.St. Kamer*, 2179/001, 71. Indien de derde inbreekt in het informaticasysteem van een derde-onderneming die de kaartgegevens bewaart, dan zal het in de verhouding tussen de betaler en de betalingsdienstaanbieder deze laatste zijn die aansprakelijk is. Uiteraard kan de betalingsdienstaanbieder op grond van het gemeen recht de geleden schade vergoed krijgen van de onderneming waaraan de kaartgegevens werden ontstolen. Het bewijs moet dan worden geleverd van fout, schade en causaal verband (STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 246).

⁶⁴. R. STEENNOT, “Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?”, *l.c.*, p. 18, nr. 41.

⁶⁵. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 245.

⁶⁶. Overw. 30 van de PSD-richtlijn.

⁶⁷. Art. 21, § 1 en 57, § 1 van de wet van 10 december 2009.

⁶⁸. *Parl.St. Kamer*, 2179/001, 52.

⁶⁹. Art. 21, § 1 en 57, § 1 van de wet van 10 december 2009.

⁷⁰. Art. 21, § 1 en 57, § 1 van de wet van 10 december 2009.

⁷¹. Art. 57, § 1, 2^o van de wet van 10 december 2009.

⁷². Art. 57, § 1, 1^o van de wet van 10 december 2009.

betaalrekening of het betaalinstrument te blokkeren⁷³. Ook in dit geval is een contractuele regeling noodzakelijk opdat de afwijkende aansprakelijkheidsregeling toepassing kan vinden⁷⁴.

g. Ongevraagd toegezonden betaalinstrument

30. Het is de betalingsdienstaanbieder in principe niet toegestaan om de betalingsdienstgebruiker ongevraagd een betaalinstrument toe te zenden⁷⁵. In de gevallen waar dit verbod geldt, kan worden verdedigd dat de betaler niet aansprakelijk kan worden gesteld voor niet-toegestane betalingstransacties ingevolge frauduleus gebruik met dit betaalinstrument, behoudens in het geval van bedrog door de betaler⁷⁶.

h. Overschrijding uitgavenlimieten

31. De betaler en zijn betalingsdienstaanbieder kunnen 'uitgavenlimieten' overeenkomen voor betalingsdiensten die worden verricht met een betaalinstrument⁷⁷. Op deze grond wordt geargumenteed dat indien de overeengekomen 'uitgavenlimieten' worden overschreden ingevolge frauduleus gebruik van het betaalinstrument door een derde, de betaler niet aansprakelijk kan worden gesteld voor de bedragen die deze uitgavenlimieten overschrijden⁷⁸.

3. Rechtsherstel

32. Wanneer de betalingsdienstaanbieder van de betaler aansprakelijk is, dient hij:

- de betaler 'onmiddellijk' doch na een 'prima facie'-onderzoek het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terug te betalen⁷⁹;
- in voorkomend geval de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd te herstellen in de oorspronkelijke toestand⁸⁰;
- de betaler de eventueel verdere financiële gevolgen, in het bijzonder het bedrag van de door de betaler gedragen kosten ter bepaling van de te vergoeden schade, te vergoeden⁸¹.

De betalingsdienstaanbieder van de betaler is niet gehouden om onmiddellijk over te gaan tot bovenstaand rechtsherstel, maar beschikt over de mogelijkheid om voorafgaandelijk hieraan een 'prima facie'-onderzoek te voeren naar bedrog in hoofde van de betaler⁸². Niettemin lijkt het redelijk dit gewoonlijk ook effectief te doen bij elk verzoek tot terugbetaling⁸³. De duur van het 'prima facie'-onderzoek moet beperkt zijn in de tijd, rekening houdend met de omstandigheden van de zaak⁸⁴.

Of de betalingsdienstaanbieder heeft voldaan aan de vereiste tot 'onmiddellijke' terugbetaling na dit onderzoek zal in de praktijk voor elk geval afzonderlijk moeten worden nagegaan⁸⁵. Enerzijds dient de betalingsdienstaanbieder bijzonder doortastend te zijn in de terugbetaling en er voor te zorgen dat de betalingsdienstgebruiker geen gevolgen ondervindt van een laattijdige terugbetaling. Anderzijds dienen bedrieglijke vorderingen te worden voorkomen⁸⁶.

33. Indien op een later tijdstip definitief komt vast te staan dat de betaler grof nalatig handelde en dientengevolge onbe-

⁷³. Art. 57, § 3 van de wet van 10 december 2009. Dergelijke onmogelijkheid is aanwezig wanneer het betaalinstrument wordt gebruikt om een betaling uit te voeren en bij dergelijke betaling de autorisatie van de transactie offline geschiedt, d.i. zonder dat er een verbinding wordt gemaakt met een centrale computer. Het gebrek aan verbinding met een centrale computer maakt het onmogelijk na te gaan of kennis werd gegeven van verlies of diefstal (R. STEENNOT, "Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?", *l.c.*, p. 24, nr. 53).

⁷⁴. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 278.

⁷⁵. Art. 32, 2^o van de wet van 10 december 2009.

⁷⁶. R. STEENNOT, "Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?", *l.c.*, p. 23, nr. 51.

⁷⁷. Art. 30, § 1 van de wet van 10 december 2009.

⁷⁸. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 272.

⁷⁹. Art. 36, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

⁸⁰. Art. 36, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009. Dit impliceert, naast een vermeerdering van de betaalrekening met eventuele rente op dit bedrag, ook de terugzetting van de toegepaste valutadata (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 67).

⁸¹. Art. 36, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

⁸². Art. 36, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

⁸³. FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 72, nr. 8.101, beschikbaar via www.fsa.gov.uk.

⁸⁴. Er dient een evenwicht te worden gevonden tussen enerzijds het principe van onmiddellijk rechtsherstel ten aanzien van de betaler indien de betalingstransactie niet was toegestaan en anderzijds de noodzaak te onderzoeken of de betalingstransactie in kwestie in feite was toegestaan dan wel de betaler is tekortgeschoten in zijn eigen verplichtingen betreffende het gebruik van het betaalinstrument. Eén en ander hangt af van de bijzondere omstandigheden van het geval. In deze materie, waarover de diensten van de Commissie uitvoerig werden bevraagd door heel wat lidstaten, stelt de Commissie een pragmatische benadering voorop (European Commission, Q&A, Question N° 223). Vandaar dat in art. 36, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009 de tekst van de PSD-richtlijn werd gepreciseerd door toevoeging van een 'prima facie'-onderzoek door de betalingsdienstaanbieder met betrekking tot bedrog in hoofde van de betaler (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 67).

⁸⁵. De FSA voorziet ter zake in zeer strakke richtlijnen: "If a claim is to be investigated before making the refund, the decision to do so must generally be made on the day the claim is made (subject to the same provisos set out in 8.103 above), and must be on the basis of prima facie evidence to support possible customer liability. The reasons for such a decision should be recorded in case of any challenge. Where an investigation is justified, it needs to be carried out as quickly as possible in light of the circumstances. We generally expect this to mean days rather than weeks, and in no circumstances should the investigation be used to discourage the customer from pursuing the claim. Clearly, if such an investigation is carried out and the customer is not found to be at fault, an immediate refund must be made, and back valued so that the customer does not suffer any loss." (FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 72, nr. 8.103).

⁸⁶. *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 67.

perkt aansprakelijk is, kan de betalingsdienstaanbieder het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie recupereren door de rekening van de betaler opnieuw te debiteren⁸⁷.

C. Aansprakelijkheid van de betaler

1. Algemeen

34. Op de principiële risicoaansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder voor niet-toegestane betalingstransacties bestaan een aantal afwijkingen waarbij de betaler geheel of gedeeltelijk aansprakelijk zal dragen. Deze uitzonderingen moeten in geval van twijfel in het voordeel van de betaler worden geïnterpreteerd⁸⁸.

2. Grondslagen

a. Verloren of gestolen betaalinstrument

35. Om de betalingsdienstgebruiker ertoe aan te sporen zijn aanbieder onverwijld van een eventuele diefstal of een eventueel verlies van een betaalinstrument in kennis te stellen en aldus het risico van niet-toegestane betalingstransacties te verminderen, wordt de betalingsdienstgebruiker voor een beperkt bedrag aansprakelijk gesteld bij niet-toegestane betalingstransacties geïnitieerd met een verloren of gestolen betaalinstrument⁸⁹. Dit betekent dat tot aan de wettelijk vereiste kennisgeving (*cf. supra*, nr. 17) de betaler het verlies draagt tot een bedrag van ten hoogste 150 EUR met betrekking tot niet-toegestane betalingstransacties die voortvloeien uit het gebruik van een verloren of gestolen betaalinstrument⁹⁰. Zodra de betalingsdienstaanbieder ervan op de hoogte is gesteld dat het betaalinstrument gecompromiteerd kan zijn, mag van de betalingsdienstgebruiker niet worden verlangd dat hij verdere verliezen dekt die voortvloeien uit een niet-toegestaan gebruik van dat instrument⁹¹. Dit mag niet verwonderen aangezien de betalingsdienstaanbieder het best geplaatst is om transacties na kennisgeving te verhinderen, met name door systemen te gebruiken die een onmiddellijke blokkering toelaten⁹². Bijgevolg heeft het gebruik van het verloren of gestolen betaalinstrument na de wettelijke

vereiste kennisgeving geen financiële gevolgen voor de betaler⁹³.

36. Bovenstaande aansprakelijkheidsregeling geldt enkel indien het betaalinstrument fysiek wordt gepresenteerd. Bij afwezigheid van fysieke voorlegging ('op afstand') en elektronische identificatie geldt immers de aansprakelijkheidsregeling van artikel 37, § 1, 3^{de} lid, 1^o van de wet van 10 december 2009 (*cf. supra*, nr. 23).

b. Nalatigheid gepersonaliseerde veiligheidskenmerken

37. Essentieel in het veilig gebruik van een betaalinstrument zijn de 'gepersonaliseerde veiligheidskenmerken', toegewezen door een betalingsdienstaanbieder aan een betalingsdienstgebruiker. Alhoewel de PSD-richtlijn zich regelmatig bedient van de term 'gepersonaliseerde veiligheidskenmerken', wordt deze term niet uitdrukkelijk gedefinieerd in de PSD-richtlijn. Gelet op het belang van deze term, onder meer op het vlak van de aansprakelijkheidsregeling inzake het gebruik van betaalinstrumenten, introduceert de Belgische wetgever een definitie van 'gepersonaliseerde veiligheidskenmerken' in artikel 2, 24^o van de wet van 10 december 2009. Het betreft bijvoorbeeld het paswoord of de PIN-code gekoppeld aan het betaalinstrument (die enkel gekend zijn door de betalingsdienstaanbieder en de houder van het betaalinstrument) maar niet het kaartnummer of de vervaldatum van de kredietkaart (die voor iedereen zichtbaar zijn)⁹⁴.

38. Een identieke regeling als bij verlies of diefstal geldt bij onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument wegens nalatigheid van de betaler om de veiligheid van de 'gepersonaliseerde veiligheidskenmerken' te waarborgen. In dit geval draagt de betaler tot aan de wettelijk vereiste kennisgeving het verlies tot een bedrag van ten hoogste 150 EUR⁹⁵. Na deze kennisgeving heeft het onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument geen financiële gevolgen voor de betaler⁹⁶.

D. Aansprakelijkheid van de begunstigde

39. Indien een betalingstransactie, die werd verricht met een gestolen of verloren betaalinstrument, elektronisch werd

87. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 283.

88. *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 69.

89. Overw. 32 van de PSD-richtlijn.

90. Art. 37, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

91. Overw. 32 van de PSD-richtlijn.

92. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 251. Deze overwegingen bevestigen dat het gaat om een 'risico-aansprakelijkheid' in hoofde van de betalingsdienstaanbieder.

93. Art. 37, § 2 van de wet van 10 december 2009. Het aantal geschillen met betrekking tot transacties die geschieden na kennisgeving is in België beperkt omdat in de praktijk het steeds mogelijk is om een kennisgeving te verrichten en het betaalinstrument na een kennisgeving onmiddellijk wordt geblokkeerd. Problemen stellen zich dan ook vooral met betrekking tot transacties die geschieden voorafgaand aan een kennisgeving van verlies of diefstal (R. STEENNOT en T. BAES, "Wet op de betalingsdiensten: bescherming of overbescherming?", *l.c.*, 225).

94. *Parl.St.* Kamer, 2179/001, p. 15, 20 en 68; FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 69, nr. 8.91.

95. Art. 37, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

96. Art. 37, § 2 van de wet van 10 december 2009.

geautoriseerd beschikt de begunstigde over de zekerheid dat de overgemaakte gelden definitief zijn verworven⁹⁷. Dit maakt dat de begunstigde over een relatief veilige positie beschikt. Toch verdienen de volgende situaties bijzondere aandacht:

- de contracten gesloten met handelaars die betaling aanvaarden op de wijze voorzien in artikel 37, § 1, 3^{de} lid, 1^o van de wet van 10 december 2009 bepalen in de regel dat de betalingsdienstaanbieder de rekening van de handelaar mag debiteren in het geval waarin de betaler de desbetreffende betalingstransactie betwist. De geldigheid van dergelijke clausules werd reeds aanvaard in de rechtspraak⁹⁸ (*cf. supra*, nr. 23);
- indien bij gebruik van het betaalinstrument de verificatie geschiedt op grond van de handtekening (door vergelijking van de handtekening op de rugzijde van het betaalinstrument met de handtekening op de ‘sales slip’), dan is de begunstigde het best geplaatst om de niet-toegestane betalingstransactie te vermijden. Hieruit wordt afgeleid dat indien de begunstigde de handtekening verifieerde of zich bij de verificatie niet gedroeg als een normaal zorgvuldig persoon, de begunstigde hiervoor aansprakelijk is en dientengevolge de betalingsdienstaanbieder de overgemaakte gelden kan terugvorderen⁹⁹.

40. Zeker is dat de aansprakelijkheidsregeling van de artikelen 36 en 37 van de wet van 10 december 2009 de betaler beschermt in de verhouding met zijn betalingsdienstaanbieder en de begunstigde van de betalingstransactie zich op deze bepalingen niet kan beroepen.

III. Aansprakelijkheid bij niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties

A. Uitvoering van de transactie en protest

41. De uitvoering van betalingstransacties is zowel op technisch als juridisch vlak een complex gegeven dat, naast de inbreng van de betalingsdienstaanbieders, ook de tussen-

komst vereist van diverse andere operatoren. Door de soepele verwerking van het grote aantal dagelijkse transacties is het publiek geneigd de economische prestatie en de geleverde toegevoegde waarde van deze operatoren te onderschatten.

Gelet op het belang van het betalingsverkeer als hoeksteen van onze economie, voorziet de wet van 10 december in het rechtskader waarin de volgende punten betreffende de uitvoering van betalingstransacties uitdrukkelijk worden geregeld¹⁰⁰:

- het tijdstip waarop de betalingsopdracht wordt ontvangen of geacht wordt te zijn ontvangen;
- de weigering van de betalingsdienstaanbieder om de betalingsopdracht uit te voeren;
- de herroeping van de betalingsopdracht;
- de valuta van de betalingstransactie;
- de uitvoeringstermijnen en valutadata;
- het aanrekenen en inhouden van kosten verbonden aan een betalingstransactie.

42. Om de risico's en gevolgen van niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties te beperken dient de betaler, net zoals het geval is bij niet-toegestane betalingstransacties (*cf. supra*, nr. 17) zijn betalingsdienstaanbieder ‘onverwijld’ en uiterlijk 13 maanden na de valutadatum van de debitering van de bewuste betalingstransactie in kennis te stellen van betwistingen in verband met vermeende niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties die aanleiding geven tot een vordering (incl. een aansprakelijkheidsvordering)¹⁰¹. Eenzelfde verplichting tot kennisgeving rust op de begunstigde, waarbij deze kennisgeving moet worden verricht uiterlijk 13 maanden na de valutadatum van de creditering¹⁰².

43. Indien de betalingsdienstgebruiker aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd, dient de betalingsdienstaanbieder, net zoals het geval is bij niet-toegestane betalingstransacties (*cf. supra* nr. 18), hiervan het tegenbewijs te leveren door te bewijzen dat de betalingstransactie geauthentiseerd is, juist geregistreerd en geboekt is en niet door een technische storing of enig ander

⁹⁷. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 289.

⁹⁸. Er wordt daarom betreurd dat de regeling van niet-aansprakelijkheid van de betaler ingevolge art. 37, § 1, 3^{de} lid, 1^o van de wet van 10 december 2009 niet werd uitgebreid tot de ‘betalingsdienstgebruiker’, hetgeen ook de begunstigde impliceert. Doordat het (financieel) risico van een onveilig Internetbetaalsysteem door de betalingsdienstaanbieder kan worden afgewenteld op de begunstigde, wordt de betalingsdienstaanbieder ook niet aangemoedigd om te investeren in meer veiligheid (A. VANDOOALAE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 87, nr. 24; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 275).

⁹⁹. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 291.

¹⁰⁰. Zie W. VANDEVOORDE, “De Belgische wetgeving tot omzetting van Richtlijn 2007/64/EG betreffende betalingsdiensten in de interne markt. Een overzicht”, *l.c.*, p. 32 e.v.

¹⁰¹. Art. 34 van de wet van 10 december 2009.

¹⁰². Art. 34 van de wet van 10 december 2009. Hoewel overweging 31 van de PSD-richtlijn betrekking heeft op onregelmatigheden van de boekingen van ‘de betalingsdienstgebruikers’, d.w.z. zowel de betaler als de begunstigde, beperkt de tekst van art. 58 van de PSD-richtlijn zich tot het bepalen van een termijn in functie van de datum van ‘debitering’. Om toepassingsproblemen te vermijden, wordt dit in art. 34 van de wet van 10 december 2009 en in ruggespraak met de Europese Commissie uitgebreid met de ‘creditering’. Dit laatste criterium is relevant in geval van ‘gedeeltelijk’ uitgevoerde transacties waarbij bv. een niet-correct bedrag wordt gestort aan de begunstigde of in geval er ten onrechte kosten worden afgehouden door de betalingsdienstgebruiker van de begunstigde. Indien er totaal geen uitvoering is en geen fondsen de begunstigde bereiken, kan er per definitie geen sprake zijn van een creditering t.a.v. de begunstigde (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 65).

falen is beïnvloed¹⁰³. Indien de betalingsdienstaanbieder faalt in het bewijs hiervan, brengt dit zijn aansprakelijkheid in het gedrang (*cf. infra* nrs. 44 en verder).

B. Betalingsopdracht geïnitieerd door de betaler

44. Indien een betalingsopdracht door de betaler wordt geïnitieerd, is de betalingsdienstaanbieder van de betaler jegens de betaler aansprakelijk voor de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie¹⁰⁴. Het betreft een toepassing van de risico-aansprakelijkheid in hoofde van de betalingsdienstaanbieder, zodat de betaler of de begunstigde niet het bestaan van een fout dienen aan te tonen; het loutere feit dat de rekening van de begunstigde niet (tijdig) werd gecrediteerd volstaat¹⁰⁵.

Uit het voorgaande mag niet worden afgeleid dat de betalingsdienstaanbieder van de betaler aansprakelijk zou zijn voor al hetgeen verkeerd loopt bij de verwerking van de betalingsopdracht tot het ogenblik van creditering van de rekening van de begunstigde. In tegenstelling tot hetgeen gebruikelijk is bij een risico-aansprakelijkheid, wordt aan de betalingsdienstaanbieder van de betaler de mogelijkheid geboden het tegenbewijs te leveren. De betalingsdienstaanbieder van de betaler kan zich vrijwaren van aansprakelijkheid indien tegenover de betaler en, voor zover relevant, tegenover de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde, het bewijs wordt geleverd dat, naast de tijdige overmaking van de gegevens van de begunstigde¹⁰⁶, het (volledige) bedrag van de betalingstransactie tijdig werd gecrediteerd op de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde, in welk geval de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde aansprakelijk is¹⁰⁷. In de regel kan worden verwacht dat de tussenpersoon (doorgaans een 'neutrale' instelling zoals een centrale bank of een clearinginstelling) die het bedrag van de betaling van de verzendende naar de ontvangende betalingsdienstaanbieder doorstuurt, de rekeninggegevens opslaat en in voorkomend geval kan verstrekken¹⁰⁸.

Aan de hand van bijvoorbeeld deze gegevens kan de betalingsdienstaanbieder van de betaler het vereiste tegenbewijs leveren dat hem geen aansprakelijkheid treft.

Uit de bewijslast in hoofde van de betalingsdienstaanbieder van de betaler blijkt de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betalingsdienstaanbieders. De betalingsdienstaanbieder van de betaler draagt de volledige verantwoordelijkheid voor de correcte uitvoering van de betalingsopdracht, met inbegrip van het volledige bedrag van de betalingstransactie en de uitvoeringstermijn, alsmede de volledige verantwoordelijkheid voor enigerlei nalatigheid van andere partijen in de betalingsketen tot en met de creditering van de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde¹⁰⁹. Na het ogenblik van creditering verschuift de verantwoordelijkheid voor de verdere correcte uitvoering van de betalingsopdracht naar de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde.

C. Betalingsopdracht geïnitieerd door of via de begunstigde

45. Een parallelle regeling geldt indien de betalingsopdracht door of via de begunstigde wordt geïnitieerd. In dit geval is de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde jegens de begunstigde aansprakelijk voor de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie. De betalingsdienstaanbieder van de begunstigde kan zich vrijwaren van aansprakelijkheid indien tegenover de begunstigde en, voor zover relevant, tegenover de betalingsdienstaanbieder van de betaler, het bewijs wordt geleverd dat hij zijn deel van de betalingstransactie heeft uitgevoerd, d.i. enerzijds de tijdige en correcte overmaking van de betalingsopdracht aan de betalingsdienstaanbieder van de betaler en anderzijds de 'onmiddellijke' terbeschikkingstelling van het verschuldigde bedrag aan de beschuldigde van zodra dit op de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde werd gecrediteerd¹¹⁰.

¹⁰³. Art. 35, § 1 van de wet van 10 december 2009.

¹⁰⁴. Art. 50, § 1, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

¹⁰⁵. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 366.

¹⁰⁶. FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 81, nr. 8.153.

¹⁰⁷. Art. 50, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009. Het tegenbewijs dat de betalingsdienstaanbieder van de betaler dient te leveren komt in feite neer op een bewijs van afwezigheid van fout in diens hoofde en dat van de andere partijen in de betalingsketen, ook al ligt er geen vermoeden van fout of causaal verband aan de basis van zijn persoonlijke aansprakelijkheid, aangezien het een risicoaansprakelijkheid betreft.

¹⁰⁸. Overw. 46 van de PSD-richtlijn.

¹⁰⁹. *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 87, met een verwijzing naar en correctie op overweging 47 van de PSD-richtlijn.

¹¹⁰. FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 82, nr. 8.158.

D. Rechtsherstel

46. Indien de betalingsdienstaanbieder van de betaler aansprakelijk is, dient hij:

- de betaler onverwijld het bedrag van de niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie terug te betalen¹¹¹;
- in voorkomend geval de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd te herstellen in de oorspronkelijke toestand¹¹²;
- de kosten en de interesten te vergoeden die de betaler worden aangerekend wegens niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie¹¹³;
- de betaler de eventueel verdere financiële gevolgen, met inbegrip van het bedrag van de door de betaler gedragen kosten ter bepaling van de te vergoeden schade, te vergoeden¹¹⁴.

47. Indien de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde aansprakelijk is, dient hij, al naar gelang het geval:

- de betrokken betalingsopdracht onmiddellijk door te geven aan de betalingsdienstaanbieder van de betaler¹¹⁵;
- het bedrag van de betalingstransactie onmiddellijk ter beschikking te stellen van de begunstigde zodra de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde met het overeenkomstige bedrag is gecrediteerd¹¹⁶;

- de kosten en de interesten te vergoeden die de begunstigde worden aangerekend wegens niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie¹¹⁷;
- de begunstigde de eventueel verdere financiële gevolgen, met inbegrip van het bedrag van de door de begunstigde gedragen kosten ter bepaling van de te vergoeden schade, te vergoeden¹¹⁸.

Indien de rekening van de begunstigde met een te hoog bedrag werd gecrediteerd, dan beschikt de betalingsdienstaanbieder over de mogelijkheid om het te veel gecrediteerde terug te vorderen van de begunstigde op grond van de leer van de onverschuldigde betaling (art. 1235 BW)¹¹⁹. In de praktijk bevatten de algemene bankvoorwaarden een clause die de betalingsdienstaanbieder toestaat om eigenhandig over te gaan tot een tegenboeking¹²⁰.

48. Het recht van de betalingsdienstgebruiker op een aanvullende vergoeding voor eventueel verdere financiële gevolgen zou impliceren dat de betalingsdienstaanbieder ook aansprakelijk is voor zgn. ‘indirecte schade’¹²¹. Dit is bijvoorbeeld het bedrag van een schadebeding dat door de betaler aan de begunstigde moet worden betaald ingevolge de laattijdige creditering van de rekening van de begunstigde ingevolge de gebrekkige uitvoering van de betalingsopdracht¹²². Het valt te betwijfelen of het de bedoeling was van de (Europese) wetgever dat ook indirecte schade moet worden vergoed, al lijkt een letterlijke interpretatie van

¹¹¹. Art. 50, § 2, 1^{ste} lid en 51, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009. In bepaalde gevallen zal de betaler er niet altijd belang bij hebben dat het bedrag van de gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie wordt terugbetaald. Dit is bv. het geval indien de overschrijving laattijdig werd uitgevoerd, alsook wanneer de rekening van de betaler voor een te hoog bedrag werd gedebiteerd. In dergelijke gevallen wordt aanvaard dat de overschrijving niet – of niet volledig – aan de betaler moet worden gerestitueerd (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 65). Als zodanig dienen de art. 50, § 2, 1^{ste} lid en 51, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009 te worden gelezen in samenhang met art. 34 van de wet van 10 december 2009, waar de term ‘rechtzetting’ wordt gehanteerd. Aangaande laattijdige betalingen bevestigt de Europese Commissie dit als volgt: “*In the case of late payments, a right of the payer to ask for a refund seems not justified. If the amount of the payment is already at the disposal of the payee the payment service provider of the payer has no possibility to call funds back. The right of a refund would rather be a sanction for the payment service provider of the payer and would lead to an unjustified enrichment of the payer. However, Articles 75(3) and 76 grant him the right to request compensation for possible damages he might have suffered as a consequence of late payment.*” (European Commission, Q&A, Question N° 76). Aangaande overmatige betalingen bevestigt de FSA dit als volgt: “*(...) in line with recital 47 of the Directive, which refers to the payment service provider’s obligation to ‘correct the payment transaction’ our view is that to avoid undue enrichment, where an over payment has been made and the excess cannot be recovered from the payee’s payment service provider, it would be appropriate to refund the excess incorrectly deducted from the payer’s account where this is sufficient to avoid the payer suffering a loss.*” (FSA, *The FSA’s role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 81, nr. 8.153). Indien daarentegen de rekening van de betaler voor een te laag bedrag werd gedebiteerd, dient de betalingstransactie als volgt te worden rechtgezet: “*For example, in case where 100 EUR are transferred instead of 1,000 EUR, the payer can claim from his payment service provider the transfer of the missing 900 EUR or ask him to refund 100 EUR. In any case the payment service user would have to notify his payment service provider within the 13 months period.*” (European Commission, Q&A, Question N° 76).

¹¹². Art. 50, § 2, 1^{ste} lid en 51, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹³. Art. 52, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁴. Art. 52, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁵. Art. 51, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁶. Art. 50, § 2, 2^{de} lid en 51, § 2, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁷. Art. 52, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁸. Art. 52, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

¹¹⁹. De vraag of er sprake is van een onverschuldigde betaling dient te worden beantwoord in de verhouding tussen de betalingsdienstaanbieder en de begunstigde en niet in de verhouding tussen de betaler en de begunstigde. Indien bv. de betaler de opdracht geeft om de rekening van persoon A te crediteren en de betalingsdienstaanbieder crediteert verkeerdelijk de rekening van persoon B, dan kan de betalingsdienstaanbieder het bedrag terugvorderen van persoon B op grond van de leer van de onverschuldigde betaling, zelfs indien zou blijken dat de betaler een bedrag is verschuldigd aan persoon B (R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 356).

¹²⁰. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 356.

¹²¹. R.E. VAN ESCH, “Opening van de Europese markt voor betaaldiensten”, *l.c.*, 246.

¹²². R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 370.

artikel 52, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009 dit te bevestigen¹²³. Op grond van het gemeen recht werd in het verleden steeds aanvaard dat de betalingsdienstaanbieder niet aansprakelijk kon zijn voor indirecte schade, gelet op de neutraliteit van de uitgevoerde betalingstransactie. Het zou immers niet fair zijn om de betalingsdienstaanbieder aansprakelijk te stellen voor de onrechtstreekse gevolgen van een gebrekkige uitvoering van de betalingsopdracht aangezien de betalingsdienstaanbieder niet op de hoogte is van de onderliggende verhouding die aanleiding heeft gegeven tot de betalingstransactie¹²⁴. Het belang van deze vaststelling dient evenwel niet te worden overdreven aangezien in de verhouding met niet-consumenten (bij wie de omvang van indirecte schade kan oplopen) de aansprakelijkheid voor indirecte schade contractueel kan worden uitgesloten (*cf. supra*, nr. 6).

E. Dubbele verhaalsmogelijkheid van de begunstigde – Beperkingen

49. De wet van 10 december 2009 spreekt zich niet uit over het tijdstip waarop de betaler (schuldenaar) in de onderliggende verhouding met de begunstigde (schuldeiser) van zijn betalingsverbintenis is bevrijd. Dit punt is, zoals gekend, het voorwerp van een uitgebreide rechtspraak en rechtsleer in het gemeen recht. Naar het oordeel van het Hof van Cassatie is er in de hypothese van girale betaling slechts sprake van bevrijdende betaling op het tijdstip dat de rekening van de begunstigde wordt gecrediteerd¹²⁵. Dit impliceert dat de betaler in de verhouding met de begunstigde het risico draagt van niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransacties.

De aansprakelijkheidsverdeling tussen de betalingsdienstaanbieder van de betaler respectievelijk de begunstigde waarvan sprake in de artikelen 50-52 van de wet van 10 december 2009 legt echter niet het verband met de gemeenrechtelijke regeling inzake het tijdstip van bevrijdende betaling. Indien beide regimes tegelijkertijd worden toegepast geeft dit aanleiding tot bijzonder complexe situaties. Zo beschikt in de hypothese van een niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie de begunstigde over de mogelijkheid om zich te verhalen op de betaler die, overeenkomstig het gemeen recht, een tweede maal tot betaling kan worden aangesproken, terwijl anderzijds de begunstigde bij toepassing van artikel 50, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009 beschikt over een vordering lastens zijn betalingsdienstaanbieder met wie hij contractueel is ver-

bonden. De begunstigde lijkt bijgevolg te beschikken over een dubbele verhaalsmogelijkheid¹²⁶.

Ter bescherming van de betaler kan worden verdedigd dat de begunstigde enkel beschikt over een vordering lastens zijn betalingsdienstaanbieder, en niet lastens de betaler vanuit de verplichting om de schade (dubbele betaling) in hoofde van de betaler te beperken¹²⁷. Anderzijds kan worden verdedigd dat de begunstigde over de mogelijkheid beschikt om de betaler een tweede maal tot betaling aan te spreken, op voorwaarde dat de betaler zich kan verhalen op de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde¹²⁸. Beide pistes zijn verdedigbaar. Niettemin lijkt een tussenkomst van de wetgever niet enkel wenselijk maar noodzakelijk om de relatie tussen de artikelen 50-52 van de wet van 10 december 2009 en het gemeen recht te verduidelijken, gelet op de juridische en praktische implicaties die voor de praktijk van groot belang zijn.

F. Regres op de aansprakelijke intermediair

50. Zoals hoger reeds aangehaald (*cf. supra*, nr. 44) draagt de betalingsdienstaanbieder van de betaler de volledige verantwoordelijkheid voor enigerlei nalatigheid van andere partijen in de betalingsketen tot en met de creditering van de rekening van de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde, en kan hij in de verhouding met de betaler niet aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen door in te roepen dat een fout is te wijten aan een tussenkomende betalingsdienstaanbieder of enig andere intermediair. Hetzelfde geldt voor de betalingsdienstaanbieder van de begunstigde in verhouding met de betaler.

Voor het goed functioneren van overschrijvingen en andere betalingsdiensten dienen betalingsdienstaanbieders en de intermediairs waarop zij een beroep doen, bijvoorbeeld voor de technische verwerking van gegevens, contracten te sluiten waarin hun wederzijdse rechten en verplichtingen zijn geregeld. Vraagstukken inzake de aansprakelijkheid van de partijen zijn een essentieel onderdeel van deze contracten. Om de onderlinge betrouwbaarheid van de bij een betalingstransactie betrokken betalingsdienstaanbieders en intermediairs te garanderen, moet de rechtszekerheid worden geboden dat een betalingsdienstaanbieder die niet aansprakelijk blijkt te zijn, vergoed wordt voor de opgelopen verliezen/betaalde bedragen¹²⁹.

Om deze reden beschikt de betalingsdienstaanbieder (die aansprakelijk is uit hoofde van de art. 50 t.e.m. 51 van de wet van 10 december 2009) over de mogelijkheid om, indien zijn

¹²³. In dezelfde zin: R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 370.

¹²⁴. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 370.

¹²⁵. Cass. 30 januari 2001, *Bank Fin.R.* 2001, 185, noot STEENNOT.

¹²⁶. In dezelfde zin: R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 441.

¹²⁷. In dezelfde zin: R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 441.

¹²⁸. In dezelfde zin: R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 441.

¹²⁹. Overw. 47 van de PSD-richtlijn.

aansprakelijkheid kan worden toegerekend aan een tussenkomende betalingsdienstaanbieder of enig andere intermediair, zich op deze betalingsdienstaanbieder of entiteit te ver-

halen voor wat betreft de opgelopen verliezen/betaalde bedragen uit hoofde van de artikelen 50 en 51 van de wet van 10 december 2009¹³⁰.

§ 5. RECHTVAARDINGSGRONDEN

I. Algemeen

51. De betalingsdienstaanbieder tegen wie een aansprakelijkheidsvordering wordt ingesteld door de betaler of de begunstigde kan, al naar gelang de feitelijke omstandigheden van het geval, verschillende rechtvaardigings- of andere gronden inroepen tot uitsluiting van zijn aansprakelijkheid. Hierna worden enkele van deze gronden toegelicht die voor de praktijk relevant zijn bij het verrichten van betalingsdiensten:

- de verstrekking van een onjuiste unieke identifiator;
- overmacht in hoofde van de betalingsdienstaanbieder;
- de (gedeeltelijke) uitsluiting van de wet van 10 december 2009;
- bedrog, opzet of grove nalatigheid in hoofde van de betaler.

II. Verstrekking van een onjuiste unieke identifiator

52. De unieke identifiator is de door de betalingsdienstaanbieder aan de betalingsdienstgebruiker opgegeven combinatie van letters, nummers of symbolen, door laatstgenoemde te verstrekken om voor een betalingstransactie de andere betrokken betalingsdienstgebruiker en/of zijn betaalrekening ondubbelzinnig te identificeren¹³¹. Als zodanig is de unieke identifiator cruciaal voor het sturen van de betaling naar de correcte bestemming. Betalingsdienstaanbieders kunnen de combinatie van letters, nummers of symbolen zelf invullen. Klassieke voorbeelden zijn het (internationaal) rekeningnummer (IBAN), al dan niet in combinatie met de bankidentificatiecode (BIC) indien dit laatste vereist is en voorwaarde uitmaakt voor de ondubbelzinnige identificatie in het licht van een betalingstransactie. Andere manieren zijn mogelijk, zolang deze maar de betalingsdienstgebruiker

in staat stellen om voor een betalingstransactie een betaler/begunstigde en/of zijn betaalrekening ondubbelzinnig te identificeren¹³².

53. Een betalingsopdracht uitgevoerd in overeenstemming met de unieke identifiator, wordt geacht correct te zijn uitgevoerd wat betreft de in de unieke identifiator gespecificeerde begunstigde¹³³. Indien de unieke identifiator die door de betalingsdienstgebruiker is verstrekt, onjuist is, is de betalingsdienstaanbieder niet aansprakelijk voor de niet-uitvoering of gebrekkige uitvoering van de betalingstransactie¹³⁴.

Het voorgaande doet geen afbreuk aan de controle door de betalingsdienstaanbieder van de coherentie van de unieke identifiator (of eventuele vervalsing van de betalingsopdracht) op grond van de (aanvullende) algemene zorgvuldigheidsplicht van de betalingsdienstaanbieder overeenkomstig het gemeen recht¹³⁵.

54. Indien de betalingsdienstgebruiker aanvullende informatie verstrekt naast de unieke identifiator die voor de uitvoering van de betalingsopdracht is vereist, is de betalingsdienstaanbieder alleen aansprakelijk voor de uitvoering van betalingstransacties overeenkomstig de unieke identifiator die door de betalingsdienstgebruiker is verstrekt¹³⁶. Zo dient de betalingsdienstaanbieder geen rekening te houden met eventueel bijkomende informatie, zoals bijvoorbeeld de naam en het adres van de begunstigde, ingeval er werd overeengekomen dat de unieke identifiator enkel bestaat uit een rekeningnummer¹³⁷.

Het is daarom van belang dat betalingsdienstgebruikers duidelijk worden geïnformeerd over het belang van de unieke identifiator bij de uitvoering van een betalingstransactie. De wet van 10 december 2009 voorziet enkel in een precon-

^{130.} Art. 53 van de wet van 10 december 2009. Een letterlijke lezing van deze bepaling impliceert dat dit verhaal zich niet zou uitstrekken tot bv. de aanvullende vergoedingen waarvan sprake in art. 52 van de wet van 10 december 2009 (R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 388). Terecht wordt opgemerkt dat indien de betalingsdienstaanbieder de betaler of begunstigde heeft vergoed zonder daartoe te zijn verplicht op grond van de wet van 10 december 2009, het recht van regres voorzien in art. 53 van de wet van 10 december 2009 niet geldt (R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 388).

^{131.} Art. 2, 12° van de wet van 10 december 2009.

^{132.} *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 16.

^{133.} Art. 49, § 1 van de wet van 10 december 2009.

^{134.} Art. 49, § 2, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

^{135.} *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 85.

^{136.} Art. 49, § 3 van de wet van 10 december 2009.

^{137.} *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 86. Er wordt terecht op gewezen dat deze regeling het bestaande niveau van rechtsbescherming in België zou kunnen verminderen aangezien door de rechtspraak tot voor de inwerkingtreding van de wet van 10 december 2009 werd aangenomen dat er onder bepaalde voorwaarden steeds een verificatieverplichting bestond in hoofde van de kredietinstelling. Zie R. STEENNOT, "Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?", *l.c.*, p. 34, nr. 79.

tractuele informatieplichting betreffende de unieke identificator, zowel bij de uitvoering van eenmalige betalingstransacties als voorafgaand aan het sluiten van een raamcontract. Terecht wordt gesteld of dit volstaat, aangezien de betalingsdienstaanbieder niet uitdrukkelijk wordt verplicht om informatie te verstrekken over de bijzondere aansprakelijkheidsregeling van artikel 49 van de wet van 10 december 2009¹³⁸. Betalingsdienstaanbieders zouden er daarom goed aan doen bij de invoering van een betalingsopdracht de betalingsdienstgebruiker te informeren over het feit dat de betalingstransactie enkel en alleen overeenkomstig de unieke identificator zal worden uitgevoerd¹³⁹. Nochtans wordt in de praktijk het tegenovergestelde vastgesteld, waarbij de betaler wordt verplicht om naast de unieke identificator ook de naam van de begunstigde te vermelden. Zo ontstaat bij veel betalers ten onrechte de indruk dat de unieke identificator zal worden getoetst aan de naam van de begunstigde, wat niet het geval is¹⁴⁰.

III. Overmacht

55. Om zich van zijn aansprakelijkheid bij de uitvoering van betalingstransacties te bevrijden, kan de betalingsdienstaanbieder overmacht invoeren¹⁴¹. Met overmacht wordt bedoeld abnormale en onvoorzienbare omstandigheden die onafhankelijk zijn van de wil van degene die zich erop beroept en waarvan de gevolgen ondanks alle voorzorgsmaatregelen niet konden worden vermeden¹⁴².

Bij het beoordelen van overmacht en de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder dient er rekening te worden gehouden met het feit dat de betalingsdienstaanbieder als professioneel in de eerste plaats verantwoordelijk is voor de apparatuur of software die hijzelf of via zijn aangestelden of gemachtigden ter beschikking stelt of aanvaardt in het raam van het verstrekken van betalingsdiensten en niet de betalingsdienstgebruiker die als leek geen enkel zicht heeft op de betrouwbaarheid van voornoemde apparatuur. Dit impliceert dat het begrip ‘overmacht’ eerder restrictief moet worden ingevuld¹⁴³.

Worden in de context van betalingsdiensten als overmacht beschouwd:

- een bomaanslag op het gebouw van het betalingssysteem¹⁴⁴;
- systeemstoringen voor zover zij onvoorzienbaar zijn, d.i. wanneer zij van aard zijn dat zij niet voorkomen en niet opgevangen kunnen worden door redelijke backup-procedures¹⁴⁵;
- het faillissement van een tussenkomende betalingsdienstaanbieder, voor zover dit niet voorzienbaar was¹⁴⁶.

56. Wordt voor de toepassing van de wet van 10 december 2009 eveneens in de categorie overmacht geplaatst, de situatie waarbij een betalingsdienstaanbieder uit hoofde van nationale of Europese Gemeenschapswetgeving andere wettelijke verplichtingen heeft, in welk geval er geen sprake is van aansprakelijkheid¹⁴⁷. Deze verplichtingen kunnen voortvloeien uit de witwaswetgeving of gelden in de hypothese waarin het een betalingsdienstaanbieder op grond van een sanctiemaatregel tegen een bepaald land of een bepaald persoon verboden is om een bepaalde betalingstransactie uit te voeren¹⁴⁸.

IV. De (gedeeltelijke) uitsluiting van de wet van 10 december 2009

57. Van betalingsdienstgebruikers die geen consument zijn wordt aangenomen dat zij in een zodanige positie verkeren dat zij beter in staat zijn het frauderisico in te schatten en tegenmaatregelen te treffen¹⁴⁹. Om deze reden kunnen de partijen overeenkomen dat, wanneer de betalingsdienstgebruiker geen consument is:

- de informatieplichtingen voor de betalingsdienstaanbieder, zoals geformuleerd in de artikelen 5 t.e.m. 27 van de wet van 10 december 2009, in het geheel of ten dele niet van toepassing zijn (‘opt-out’)¹⁵⁰;
- de artikelen 28, § 3, 29, 35, 37 tot 39, 42, 50 tot 52 en 56, § 1 van de wet van 10 december 2009 betreffende het gebruik van betaalinstrumenten en de aanspreke-

¹³⁸. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 383.

¹³⁹. R. STEENNOT, “Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?”, *l.c.*, p. 35, nr. 79.

¹⁴⁰. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 383.

¹⁴¹. Art. 54 van de wet van 10 december 2009. De in art. 78 van de PSD-richtlijn omschreven omstandigheden waarin de betalingsdienstaanbieder niet aansprakelijk is komen inhoudelijk overeen met het burgerrechtelijk begrip ‘overmacht’ (*Parl.St.* Kamer, 2179/001, 89).

¹⁴². Art. 78 van de PSD-richtlijn.

¹⁴³. *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 89.

¹⁴⁴. R.E. VAN ESCH, “Opening van de Europese markt voor betaaldiensten”, *l.c.*, 246.

¹⁴⁵. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 350.

¹⁴⁶. R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 378.

¹⁴⁷. Art. 54 van de wet van 10 december 2009.

¹⁴⁸. R.E. VAN ESCH, “Opening van de Europese markt voor betaaldiensten”, *l.c.*, 246.

¹⁴⁹. Overw. 35 van de PSD-richtlijn. In dezelfde zin, HM TREASURY, *Implementation of the Payment Services Directive: a consultation document*, december 2007, p. 54, nr. 5.15: “Where a user is not a consumer, the parties may agree that certain provisions will not apply. This helps reduce the risk of moral hazard that could arise if the rights and obligations appropriate to micro-enterprises and customers were also applied to large corporates, typically able to invest more in payments security.”

lijkheid van de partijen in het geheel of ten dele niet van toepassing zijn ('opt-out')¹⁵¹;

- de termijn van 13 maanden voorzien in artikel 34 van de wet van 10 december 2009 voor kennisgeving van een niet-toegestane dan wel niet correct uitgevoerde betalingstransactie wordt ingekort¹⁵².

In de praktijk bevatten de algemene voorwaarden van de betalingsdienstaanbieders veelal clausules waarbij van bovenstaande mogelijkheid gebruik wordt gemaakt. In de verhouding met consumenten zijn de bovenstaande contractuele afwijkingen niet mogelijk, aangezien de rechten van de consumenten gewaarborgd moeten worden door bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.

V. Bedrog, opzet of grove nalatigheid

A. Algemeen

58. De betalingsdienstaanbieder draagt geen aansprakelijkheid voor verliezen die voortvloeien uit niet-toegestane betalingstransacties indien deze zich hebben voorgedaan doordat de betaler:

- bedrieglijk heeft gehandeld¹⁵³;
- opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen betreffende het gebruik van het betaalinstrument, uit hoofde van artikel 31 van de wet van 10 december 2009 niet is nagekomen¹⁵⁴.

In bovenstaande gevallen draagt de betaler alle verliezen die uit niet-toegestane betalingstransacties voortvloeien, zonder dat een onderscheid moet worden gemaakt naargelang de betalingstransacties vóór of ná de kennisgeving hebben plaatsgevonden. De aansprakelijkheidsbeperking tot 150 EUR waarvan sprake in artikel 37, § 1, 1^{ste} lid van de

Wet van 10 december 2009 is in bovenstaande gevallen bijgevolg niet van toepassing¹⁵⁵. Als zodanig is deze (civielrechtelijke) sanctie een toepassing van het algemene rechtsbeginsel '*fraus omnia corrumpit*', waarvan talrijke andere toepassingen in het Belgisch recht zijn te vinden (zie bv. ook de pauliaanse vordering, art. 1167 BW). Weliswaar moet er steeds een causaal verband bestaan tussen de grove nalatigheid van de betaler en de transacties die hebben plaatsgevonden. Zodoende zal de betaler in de hypothese waarbij de kennisgeving laattijdig geschiedt door grove nalatigheid de betaler niet aansprakelijk zijn voor betalingstransacties die hebben plaatsgevonden voorafgaand aan het tijdstip waarop hij tot een kennisgeving 'had moeten overgaan'¹⁵⁶. Voor wat betreft deze transacties bestaat er immers geen causaal verband tussen de fout van de betaler en de schade.

59. Daarnaast is het met bedrieglijk opzet gebruik maken van andermans bankkaart met de bedoeling zichzelf of een ander onrechtstreeks vermogensvoordeel te verschaffen een inbreuk op artikel 504*quater* Sw. Zodoende kan de dader (hetzij de betaler, hetzij een derde) ook strafrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. Het is niet noodzakelijk dat de dader zelf het vermogensvoordeel verkrijgt¹⁵⁷.

B. Bewijslast

60. De bewijslast inzake bedrog, opzet of grove nalatigheid ligt bij de betalingsdienstaanbieder¹⁵⁸. Dit impliceert dat de betalingsdienstaanbieder concrete feiten dient aan te reiken die toelaten te besluiten tot de aanwezigheid van bedrog, opzet of grove nalatigheid in hoofde van de betaler¹⁵⁹. Indien de bewijslast zou worden gelegd bij de betaler, zou het voor de betaler in de praktijk zo goed als onmogelijk zijn te bewijzen dat hij niet bedrieglijk dan wel opzettelijk of

^{150.} Art. 27 van de wet van 10 december 2009. Indien de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker, die niet als een consument kan worden beschouwd, wenselijk overeen te komen dat de informatieverplichtingen bedoeld in titel II van de wet van 10 december 2009 in het geheel of ten dele niet van toepassing zullen zijn, moet dit voorafgaand aan de eigenlijke totstandkoming van de overeenkomst inzake betalingsdiensten worden gesloten. De bewijslast hiervan ligt bij de betalingsdienstaanbieder. In de praktijk zal dit bewijs geleverd worden hetzij aan de hand van een afzonderlijk document, hetzij aan de hand van een vermelding in de overeenkomst inzake betalingsdiensten waarin wordt bepaald dat voorafgaandelijk aan het sluiten van deze overeenkomst door de betalingsdienstgebruiker werd verzaakt aan de informatieverplichtingen bedoeld in titel II van de wet van 10 december 2009 (R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 122).

^{151.} Art. 55, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009. Eigenaardig genoeg wordt de partijen niet de mogelijkheid geboden om art. 36 van de wet van 10 december 2009 uit te sluiten, waardoor ingevolge een letterlijke interpretatie de betalingsdienstaanbieder in de verhouding tot professionele betalingsdienstgebruikers aansprakelijk is voor alle niet-toegestane betalingstransacties, tenzij in geval van bedrog. Dit was uiteraard niet de bedoeling van de wetgever, die net heeft willen bereiken dat met professionele betalingsdienstgebruikers een soepelere aansprakelijkheidsregeling kan worden overeengekomen (R. STEENNOT, "Nieuwe wettelijke regeling voor girale en elektronische betalingen: wie wint en wie verliest?", *l.c.*, p. 26, nr. 58).

^{152.} Art. 55, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

^{153.} Art. 37, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

^{154.} Art. 37, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

^{155.} Art. 37, § 1, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009. *Contra*: A. VANDOOAEGHE, "De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen", *l.c.*, p. 86, nr. 24, waar op basis van een letterlijke lezing van art. 37, § 2 van de wet van 10 december 2009 wordt verdedigd dat de betalingsdienstaanbieder geen aansprakelijkheid draagt voor zover sprake is van bedrog in hoofde van de betaler, en dat grove nalatigheid of opzet niet volstaan.

^{156.} R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 263.

^{157.} P. VAN EECHE, "Misbruik van bankkaart leidt tot informaticabedrog" (noot onder Antwerpen 10 september 2008), *Nullum Crimen* 2009, 331.

^{158.} Art. 37, § 3, 1^{ste} lid van de wet van 10 december 2009.

^{159.} De FSA stelt zich ter zake streng op: "*The burden of proof lies with the payment service provider and if a claim that a transaction is unauthorised is rejected, the rejection must be supported by sufficient evidence to prove that the customer is guilty of fraud, gross negligence or intentional breach and the reason for the rejection must be explained to the customer.*" (FSA, *The FSA's role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 73, nr. 8.108).

met grove nalatigheid heeft gehandeld aangezien dit het bewijs betreft van een negatief feit¹⁶⁰.

61. Het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betalingsdienstaanbieder is geregistreerd is ‘op zichzelf niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijs’ dat de betaler bedrieglijk heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 31 van de wet van 10 december 2009 niet is nagekomen¹⁶¹. Op zich is deze bepaling enigszins ongelukkig geformuleerd, beter ware het te stellen dat registratie ‘op zich niet voldoende’ is¹⁶². Dit impliceert dat de betalingsdienstaanbieder tot bewijs van bedrog, opzet of grove nalatigheid van de betaler bijkomende elementen dient aan te brengen¹⁶³. Zo kan fraude bijvoorbeeld worden bewezen met filmmateriaal waaruit blijkt dat de betaler zelf een geldafhaling verrichtte onmiddellijk na de kennisgeving¹⁶⁴.

C. Omschrijving

1. Bedrog en opzet

62. Voorbeelden van fraude door de betaler zijn bijvoorbeeld kennis geven van verlies of diefstal van het betaalinstrument en onmiddellijk daarna proberen een geldafhaling te verrichten of nog zelf aankopen verrichten op het Internet door het kredietkaartnummer en de vervaldatum van de kaart over te maken en vervolgens ontkennen de betalingstransactie zelf te hebben toegestaan¹⁶⁵.

2. Grove nalatigheid

a. De wetgever

63. Zowel de PSD-richtlijn als de wet van 10 december 2009 bevatten geen algemene definitie van het begrip grove nalatigheid. Als dusdanig is het begrip grove nalatigheid onderhevig aan een verschillende invulling in de lidstaten van de EU/EER. In tegenstelling tot de PSD-richtlijn bevat de wet van 10 december 2009 wel een niet-limitatieve

opsomming van gedragingen die steeds als grove nalatigheid moeten worden beschouwd:

- het feit, vanwege de betaler, zijn gepersonaliseerde veiligheidskenmerken, zoals een identificatienummer of enige andere code in een gemakkelijk herkenbare vorm te noteren, en met name op het betaalinstrument, of op een voorwerp of een document dat de betaler bij het instrument bewaart of met dat instrument bij zich draagt¹⁶⁶;
- het feit van de betalingsdienstaanbieder, of de door laatstgenoemde entiteit, niet onverwijld in kennis te hebben gesteld van het verlies of de diefstal van het betaalinstrument¹⁶⁷.

64. Een loutere miskenning door de betalingsdienstgebruiker van zijn zorgverplichtingen onder de wet van 10 december 2009 betreffende het gebruik van het betaalinstrument impliceert daarentegen niet dat de betalingsdienstgebruiker met grove nalatigheid zou hebben gehandeld¹⁶⁸.

b. De rechtspraak

65. De vaststelling van grove nalatigheid is een feitenkwestie waarover de rechter dient te oordelen. Bij de beoordeling van nalatigheid dient de rechter rekening te houden met het geheel van de feitelijke omstandigheden¹⁶⁹. De rechtspraak ontwikkelde in het verleden een rijke casuïstiek bij de beoordeling van het begrip grove nalatigheid¹⁷⁰.

66. De vraag stelt zich of de wettelijke opsomming van gedragingen die in elk geval als grove nalatigheid moeten worden beschouwd overeenkomstig artikel 37, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009 afbreuk doet aan de beoordelingsvrijheid van de rechter. Bij de beoordeling van grove nalatigheid moeten ingevolge overweging 33 van de PSD-richtlijn immers ‘alle’ omstandigheden in aanmerking worden genomen. Indien er effectief sprake zou zijn van een schending, impliceert dit dat de rechter niet gebonden is door de opsomming waarvan sprake in artikel 37, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009, en op grond van de feitelijke omstandigheden van de zaak geheel autonoom kan beslissen of er al dan niet sprake is van een grove nalatigheid¹⁷¹.

^{160.} R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 267.

^{161.} Art. 35, § 2 van de wet van 10 december 2009. Het vermoeden van grove nalatigheid zoals omschreven in art. 37, § 3, 3^{de} lid van de wet van 10 december 2009 moet echter worden beschouwd als een schending van art. 59, 2^{de} lid van de PSD-richtlijn.

^{162.} A. VANDOO LAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 84, nr. 22.

^{163.} Ook de FSA lijkt dit met zoveel woorden te bevestigen: “*In our view, since use is only likely to be recorded if any personalised security features have been used, this means that firms cannot point to the security features (such as Chip and PIN) alone as incontestable proof of authorisation, fraud, etc.*” (FSA, *The FSA’s role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 71, nr. 8.97).

^{164.} R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 242.

^{165.} R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 242.

^{166.} Art. 37, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009. Deze bepaling herneemt het (intussen opgeheven) art. 8, § 2, 2^{de} lid van de wet van 17 juli 2002.

^{167.} Art. 37, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009. Deze bepaling herneemt het (intussen opgeheven) art. 8, § 2, 2^{de} lid van de wet van 17 juli 2002.

^{168.} *Parl.St.* Kamer, 2179/001, 72.

^{169.} Art. 37, § 3, 2^{de} lid van de wet van 10 december 2009.

^{170.} Ook het belang van de adviespraktijk van het Bemiddelingscollege Banken – Kredieten – Beleggingen dient in deze context te worden onderstreept. Zie hierover uitgebreid A. VAN OEVELEN, “De adviespraktijk van het Bemiddelingscollege voor de financiële sector betreffende de aansprakelijkheid bij verlies of diefstal van elektronische betaalinstrumenten”, *Bank Fin.R.* 2010, 294-305.

67. Weliswaar dient de rechter zich enigszins terughoudend op te stellen bij het hanteren van een ‘vermoeden’ van grove nalatigheid. Een te brede invulling van de notie grove nalatigheid zou er immers toe leiden dat de aansprakelijkheidsbeperking van de betaler van 150 EUR voor transacties voor kennisgeving wordt uitgehold. Dit kan niet de bedoeling zijn, nu de aansprakelijkheidsbeperking één van de hoekstenen vormt van de bescherming van de betaler¹⁷².

c. De partijen

68. Om de bewijslast in hoofde van de betalingsdienstaanbieder enigszins te verlichten bevat het raamcontract in de

praktijk een opsomming van gedragingen die als grove nalatigheid worden bestempeld. Daarentegen behoudt de rechter te allen tijde zijn soevereine beoordelingsbevoegdheid, en kan hij clausules waarbij het begrip grove nalatigheid naar zijn oordeel, rekening houdend met het geheel van de feitelijke omstandigheden, te ruim wordt omschreven, nietig verklaren (*cf. supra*, nrs. 65-67)¹⁷³. Niettemin mag de relevantie van deze clausules niet worden geminimaliseerd aangezien zij gedragingen bevat waarvan de betaler weet of dient te weten dat zij bepaalde risico's inhouden, en waarmee de rechter als zodanig rekening mee dient te houden¹⁷⁴.

§ 6. CONCLUSIE

Het zwaartepunt van de wet van 10 december 2009, die de bescherming van de ‘consument’ op het voorplan plaatst, is zonder twijfel gelegen in de aansprakelijkheidsregeling in geval van niet-toegestane betalingstransacties, dan wel niet-uitgevoerde betalingstransacties, waar de betalingsdienstaanbieder een risicoaansprakelijkheid wordt opgelegd. Buiten deze hypothesen blijft het klassieke principe van de ‘foutaansprakelijkheid’ (art. 1382-1383 BW) gelden.

Het mechanisme waarin de wet van 10 december 2009 voorziet bij de verdeling van aansprakelijkheid tussen de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker (hetzij betaler, hetzij begunstigde) is uitermate complex, gelet op

onder meer de weinig toegankelijke structuur van de wet van 10 december 2009 en het grote aantal feitelijke veronderstellingen dat dient te worden gemaakt.

Alhoewel de wet van 10 december 2009 vanuit economisch standpunt moet worden verwelkomd, bestaan er niettemin ernstige punten van kritiek, zoals hierboven aangehaald. Ter illustratie kan worden verwezen naar de vaststelling dat de aansluiting met het gemeen recht wordt gemist, zodat de begunstigde over een dubbele verhaalsmogelijkheid beschikt (*cf. supra*, nr. 49). Verdere aanpassingen en verfijningen zijn bijgevolg meer dan wenselijk.

¹⁷¹. A. VANDOOLAEGHE, “De Wet Betalingsdiensten op de korrel genomen”, *l.c.*, p. 86, nr. 24; R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 264.

¹⁷². R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 269.

¹⁷³. Ook de FSA straft te ruime clausules ongenadig af: “*The effect of this is that, for all customers (...), each case must be treated on its own merits and blanket rules in terms and conditions to the effect that the use of the payment instrument will be taken as proper authorisation in all circumstances will not be effective.*” (FSA, *The FSA’s role under the Payment Services Regulations 2009. Our approach*, mei 2010, p. 71, nr. 8.98).

¹⁷⁴. In dezelfde zin: R. STEENNOT, *Giraal en elektronisch betalingsverkeer*, nr. 266.

	Hypothese		Bedrag betalingstransactie	Aansprakelijke partij	Rechtsherstel	
Niet-toegestane betalingstransactie	1.	Subsidiare hypothese		Geen grens	BDA van de betaler	<ul style="list-style-type: none"> – Na een <i>'prima facie'</i> onderzoek, onmiddellijke terugbetaling van bedrag van betalingstransactie; – Herstel betaalrekening in de oorspronkelijke toestand; – Vergoeding van de eventueel verdere financiële gevolgen, incl. kosten tot bepaling van de schade
	2.	Gebruik van schriftelijke betalingsopdracht voor initiatie van betalingstransactie				
	3.	Gebruik van betaalinstrument zonder fysieke voorlegging ('op afstand') en zonder elektronische identificatie				
	4.	Onrechtmatig gebruik van betaalinstrument (namaak, 'skimming' of 'hacking')				
	5.	Gebruik van betaalinstrument voor 'kleine bedragen'				
				<ul style="list-style-type: none"> – Afzonderlijke betalingstransactie van maximaal 30 EUR; of – Uitgavenlimiet van 150 EUR; of – Opslaglimiet van 150 EUR 	<ul style="list-style-type: none"> – BDA van de betaler, tenzij anders overeengekomen tussen partijen in de hypothese waarin: – betaalinstrument niet kan worden geblokkeerd of verder gebruik niet kan worden voorkomen door BDA; of – betaalinstrument anoniem kan worden gebruikt of de BDA om andere redenen inherent aan betaalinstrument niet het bewijs kan leveren dat betalingstransactie is gestaan 	
	6.	Betaling met elektronisch geld		<ul style="list-style-type: none"> – Afzonderlijke betalingstransactie van maximaal 30 EUR; of – Uitgavenlimiet van 150 EUR; of – Opslaglimiet van 150 EUR 	BDA van de betaler, tenzij anders overeengekomen tussen partijen in de hypothese waarin BDA van de betaler niet de mogelijkheid heeft de betaalrekening of het betaalinstrument te blokkeren	
	7.	Frauduleus gebruik door derde van ongevraagd toegezonden betaalinstrument		Geen grens	BDA van de betaler	
	8.	Frauduleus gebruik door derde van betaalinstrument waaraan uitgavenlimieten zijn gekoppeld		Bedrag boven de overeengekomen betalingslimieten		
9.	Verlies of diefstal van betaalinstrument	Nalatigheid betaler bij waarborgen gepersonaliseerde veiligheidskenmerken van betaalinstrument	<ul style="list-style-type: none"> – Vóór kennisgeving: deel van de betalingstransactie boven 150 EUR; – Ná kennisgeving: geen grens 			
			Vóór kennisgeving: deel van de betalingstransactie tot ten hoogste 150 EUR	Betaler	Betaler draagt zelf de schade	
Niet-uitgevoerde of gebrekkig uitgevoerde betalingstransactie	1.	Betalingstransactie geïnitieerd door de betaler		Geen grens	BDA van de betaler, tenzij tegenbewijs wordt geleverd	<ul style="list-style-type: none"> – Onmiddellijke terugbetaling van bedrag van betalingstransactie; – Herstel betaalrekening in de oorspronkelijke toestand; – Vergoeding van kosten en interesten; – Vergoeding van de eventueel verdere financiële gevolgen, incl. kosten tot bepaling van de schade
	2.	Betalingstransactie geïnitieerd door of via de begunstigde		Geen grens	BDA van de begunstigde, tenzij tegenbewijs wordt geleverd	<ul style="list-style-type: none"> – Onmiddellijke doorgifte van betalingsopdracht aan BDA van de betaler; – Bij creditering rekening BDA van de begunstigde onmiddellijke terbeschikkingstelling van bedrag van betalingstransactie aan begunstigde; – Vergoeding van kosten en interesten; – Vergoeding van de eventueel verdere financiële gevolgen, incl. kosten tot bepaling van de schade