

Kaarttransacties temidden van de betaaldiensten

mr. H.J. Bodifée*

1. Inleiding

Met de implementatie¹ van richtlijn 2007/64/EG aangaande betaaldiensten (de zgn. Payment Services Directive – PSD) gaat een nieuwe set regels hoofdzakelijk in de WFT en het BW in werking, waarover in dit blad eerder bericht is.² Wie tegen een transactie met een betaalkaart aankijkt als een soort van overboeking of incasso die met behulp van kaartgegevens geïnitieerd wordt – niet vreemd vanuit het oogpunt van ict en verwerkingssystemen – komt bij de toepassing van de nieuwe regels nogal eens bedrogen uit. Dat heeft in de voorbereidingen op de implementatie tot verwarrende commentaarteksten geleid, maar is in de parlementaire behandeling tot een uitkomst gebracht. In zoverre is deze bijdrage ook te lezen als een annotatie bij het antwoord van de minister op een kamervraag.

Een kaarttransactie namelijk is een samenstel van verbintenissen die aanspraak geven op afwikkeltransacties in geldmiddelen, maar is zelf geen betalingstransactie in de zin van de richtlijn. Dat zal ik hieronder toelichten. Daarbij verwijs ik naar het Nederlands vermogensrecht waar ik daardoor het beeld wil verhelderen. Ik zal zeker niet alle raakpunten met het vermogensrecht nalopen. Voor regels aangaande de Europese betaalruimte³ is immers het nationale vermogensrecht niet richtinggevend.

2. Betaling

Voor de lezing van de wetsteksten en de toepassing in de praktijk is helderheid over de plaats die de kaarttransacties innemen van belang. Er zijn factoren die makkelijk het risico oproepen dat vanuit een abusievelijk uitgangspunt over de materie gedacht wordt. Enkele zullen verderop ter sprake komen. Hier neem ik de hoofdlijn rond de betaling als startpunt.

In ons vermogensrecht is betaling de delging van een schuld op de overeengekomen wijze, dat wil zeggen: ieder voldoen van de overeengekomen prestatie. Betaling door overhevelen van geldmiddelen in de vorm van een betalingstransactie is daar een specialis van. Betaling kan dus iedere andere vorm aannemen, die partijen hebben afgesproken, bijvoorbeeld ook verrekening van gelijksoortige vorderingen, het in betaling geven van zaken of – van belang bij bijvoorbeeld de kaarttransactie – van een vordering.

* Harry Bodifée is advocaat-mediator en legal interim manager te Rotterdam en schrijft dit op eigen titel.

1. Wetsontwerp 31 892, *Kamerstukken* 2008/09.

2. Zie bijv. W.A.K. Rank, respectievelijk R.E. van Esch in *FR* 2008, nr. 12.

3. Single European Payments Area – SEPA; voortkomend uit de EU-Lisabon-strategie (2000).

Hebben partijen vanuit hun contracteervrijheid voor betaling in de vorm van overheveling van geldmiddelen gekozen - de reguliere situatie, dan stellen de nieuwe regels eisen aan de ermee gemoeide betalingstransactie. Bovendien stellen ze eisen aan instellingen die hun bedrijf maken van het verlenen van betaaldiensten in bredere zin. Gebruik van de betalingstransactie voor hun betalingen wordt echter in geen enkele situatie in het handelsverkeer⁴ dwingend voorgeschreven aan partijen en dat verandert nu niet met de richtlijn.

Voor de helderheid van de overwegingen hierna roep ik voorts in herinnering; geld is chartaal, giraal en elektronisch geld. Voor de richtlijn en de implementatiewet is er omgedoopt tot geldmiddelen, maar niets wijst erop dat daarmee een inhoudelijke wijziging wordt doorgevoerd.⁵

3. Illustratie van de kaarttransactie

Als voorbeeld van een kaarttransactie neem ik om te beginnen de credit card transactie. Voor de zuiverheid van het beeld – het stelt enkele factoren buiten spel die verderop terugkeren – neem ik als uitgangspunt de credit card transacties, waarbij noch de kaartuitgevende instelling, noch de zgn. ‘acquiring’-instelling een kredietinstelling (bank of elektronische geldinstelling) is.⁶ Ik doe dat aan de hand van het schema van de transactie in, wat de richtlijn⁷ aanduidt als, een vierpartijensysteem.⁸

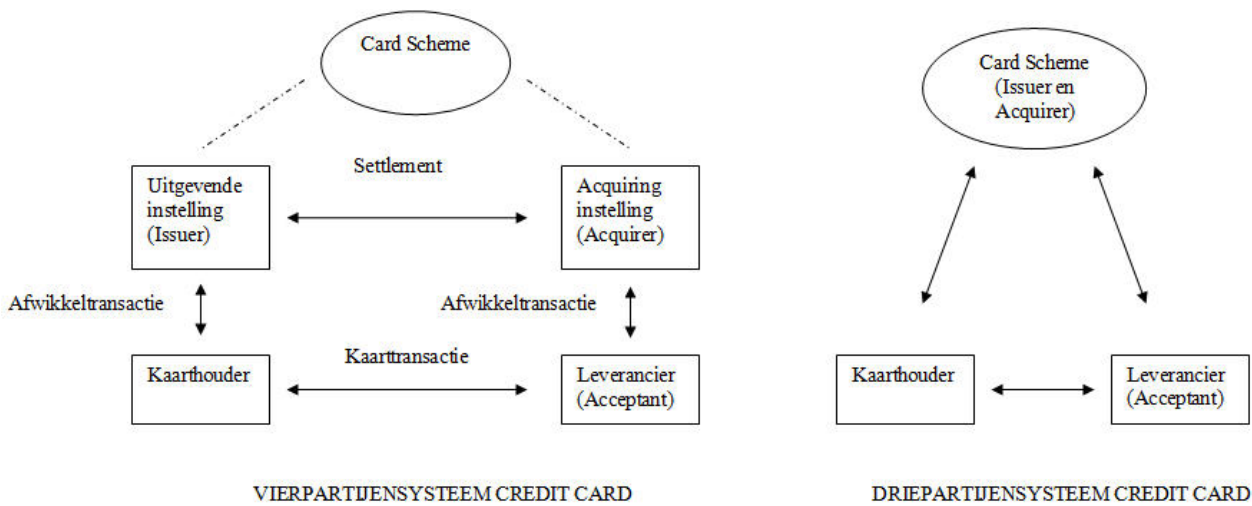
4. Dat is anders in het openbaar bestuur. Neem art. 4:89 AWB, waar de geldsombetaling - equivalent van de betalingstransactie - tot hoofdregel wordt gemaakt. Daarbij ga ik er overigens vanuit dat de in de AWB genoemde *bankrekening* onder de nieuwe regels als *betaalrekening* te lezen zal zijn.

5. Zie art. 4 lid 13 PSD onder aanhalen van art. 1 lid 3 van Richtlijn 2000/46/EG; wetsontwerp art. 1:1, lid 1 WFT en 7: 514 sub n BW. Met Van Esch, t.a.p. par. 2, vind ik het bevorderlijk als de wetgever bij gebruik van dit soort termen aangeeft wat de relatie is met een vergelijkbaar begrip, zoals in dit geval ‘geldsom’ of ‘geld’ in Boek 6 BW.

6. Dit zijn bepaald geen weinig voorkomende transacties: er zijn ook nu meer kaartuitgevende instellingen en acquirers actief die zelf geen kredietinstelling zijn. Zij vallen onder punt 5, vaak ook 4 en wellicht andere punten van de bijlage van de richtlijn.

7. Zie preambule (16) en (17).

8. De bedoeling is bijvoorbeeld de systemen als MasterCard en Visa daaronder te begrijpen, terwijl die als American Express en Diners Club, waar kaartuitgifte en acquiring in dezelfde handen blijft, dan een driepartijensysteem is. Zelf zou ik de eersten in die lijn eerder als een vijfpartijensysteem zien, terwijl het een vraag blijft waarom de, voor sommige soorten transacties nog weer noodzakelijke, andere partijen niet meetellen. Het aantal is dus een definitiekwestie die zonder uitleg weinig heldere aanduidingen oplevert.



VIERPARTIJSYSTEEM CREDIT CARD

DRIEPARTIJSYSTEEM CREDIT CARD

De kaarthouder neemt iets af bij een leverancier met gebruikmaken van zijn credit card. Krachtens de afspraken die daarvoor eerder zijn gemaakt tussen kaarthouder en zijn kaartuitgevendende instelling roept hij daarmee een vordering op de kaartuitgevendende instelling in het leven, die door de regels van het betrokken card scheme⁹ beheerst wordt. Die vordering geeft hij aan de leverancier in betaling.¹⁰ Naar de definitie¹¹ kwalificeert deze handeling niet als een betalingstransactie in de zin van de richtlijn/wet; er is niets gebeurd met geldmiddelen. Wel kwalificeert die handeling als betaling: het is immers de (contra)prestatie als met de leverancier ter plekke overeengekomen. De kaarthouder heeft zich daarmee van zijn verplichting van dat moment gekwet. ¹²

Krachtens de regels van het card scheme kan alleen een leverancier, die een aansluitovereenkomst met een acquirer voor hetzelfde card scheme heeft, een dergelijke vordering als betaling accepteren om die bij zijn acquirer in te wisselen voor een tegoedschrijven in hun onderlinge rekening courant verhouding. De vordering is overigens niet noodzakelijkerwijs een enkelvoudige tot uitbetaling van het bedrag van de kaarttransactie, maar kan, krachtens de regels die de vordering bepalen¹³, onderhevig zijn aan bijbehorende correcties en dergelijke. Dat hangt allemaal af van de tussen de leverancier en acquirer geldende aansluitovereenkomst en de regels van het betrokken card scheme.¹⁴ Met toepassing van de betrokken regels wordt de waarde van de vordering zodoende verrekend in de rekening courant verhouding tussen de leverancier en zijn acquirer. Nog steeds is er geen geldmiddel overgeheveld en is van een betalingstransactie conform de definitie van de richtlijn en de wet dus geen sprake.

9. Een merkhoudster, zoals Visa, MasterCard, etc., die - onder uitvoerige voorwaarden - licentie geeft aan instellingen o.m. om kaarten uit te geven ('issuing') of kaarttransacties ter verwerking te accepteren ('acquiring').

10. Het gaat om een vordering in het gesloten circuit van verrekening en uitbetaling binnen de regels van het betrokken card scheme. Daardoor blijven de verhoudingen tussen de betrokken partijen hoe dan ook op enige manier op elkaar ingrijpen. Dat geeft meer mogelijkheden anders tegen de vermogensrechtelijke constructie rond deze vordering aan te kijken. Het geldende karakter zal moeten volgen uit de in het concrete geval gesloten overeenkomsten en het daarop toepasselijke recht. Voor de positie van de kaarttransactie onder de richtlijn, maakt de vraag naar dat karakter onder het vermogensrecht, zoals we hierna zullen zien, niet echt uit. Zelf geef ik de voorkeur aan de voorstelling die ik in de hoofdtekst geef omdat die constructie (i) het meest zuiver ervoor zorgt dat een optredende partij bij de eigen verrichtingen alleen gebruik maakt van bevoegdheden die hij van een eigen contractspartij heeft gekregen; (ii) helder houdt dat de kaarthouder met de transactie aan de eigen betalingsverplichting tegenover de leverancier voldaan heeft. Bij gebreke van het laatste zouden de verweren van de kaarthouder tegen de betalingsaanspraak van de leverancier uit de onderliggende overeenkomst het circuit van de kaarttransactie binnensluipen. Dat zuiveren card schemes in de regel juist uit. In het algemeen worden in de vorm van 'charge back'-regels slechts betwistingsmogelijkheden opengesteld die onder het kaartbetaalsysteem in het internationale verkeer acceptabel zijn. Alle andere verweren onder het nationale recht komen buiten de afgehandelde transactie aan de orde als (tegen)vorderingen in de contractuele verhouding kaarthouder/leverancier die zondig tot een nieuwe betalingsverplichting leiden.

11. Art. 4 lid 5 jo lid 15 PSD en art. 7:514 sub k BW.

12. Er reesteet daarom in principe geen verplichting tegenover de leverancier meer, en een frictie met wat de richtlijn in preambule (37) voor de betalingstransactie onder de loupe neemt, is er dus niet; de kaarthouder weet terstond dat hij aan zijn betalingsverplichting voldaan heeft.

Over het rekening courant saldo wordt op de afgesproken tijden uitbetaling gedaan of, bij negatieve stand, ingevorderd. Uitbetaling geschiedt in de regel doordat de acquirer op de voet van een gewone betaaldienstgebruiker een betaalopdracht aan zijn bank geeft met uiteraard de leverancier als begunstigde.

Via settlement naar de regels van het betrokken card scheme wordt de door de acquirer ingediende vordering bij de kaartuitgevendende instelling in rekening gebracht. Aan die zijde valt de afschrijving in het arrangement tussen uitgevendende instelling en de kaarthouder. Dat arrangement kan een echt krediet zijn¹⁵, dat kan een zogenaamd consumptief krediet zijn of het kan een blote rekening courant verhouding zijn, waarover op relatief korte tijd, veelal telkens eind van de maand, afgerekend moet worden. Afrekening gebeurt doordat hetzij de kaarthouder een opdracht tot betaling aan zijn bank geeft, hetzij de uitgevendende instelling een betaalopdracht onder

13. Naar Nederlands vermogensrecht kan de werking van regels die een vordering beheersen ver gaan zelfs ook met effect tegenover derden. Vergelijk HR 29 januari 1993, NJ 1994,171.

14. Voorzover daaraan effect is gegeven in de verhouding tussen de leverancier en zijn acquirer.

15. In dat geval is in het huidige regime de uitgevendende instelling echter een bank en zal de afboeking dus meestal ook direct in een betaalrekening gedaan worden.

een incassovolmacht bij haar bank initieert. In beide gevallen is de uitgevende instelling de begunstigde van de betalings-transactie.

Ingeval – zoals ons uitgangspunt was – uitgevende instelling en acquirer bij een credit card betaling geen bank zijn, valt de afhandeling van de credit card betaling daarmee in rekening courant verhoudingen, die geen betaalrekening in de definities van de richtlijn en de wet¹⁶ zijn. Er is immers geen sprake van een verhouding die te gebruiken is om betalings-transacties te verrichten (waar geldmiddelen mee gemoeid zijn) maar het is de gewone verbintenissenrechtelijke verhouding, een hulpovereenkomst, die uitsluitend de onderlinge vorderingen tussen kaarthouder en kaartuitgevende instelling, respectievelijk leverancier en acquirer registreert en saldeert.¹⁷ Zij vormen wel de rechtsgrond op basis waarvan de flankerende betalingstransacties geïnitieerd worden, maar die zien dan op een saldo - hoe dan ook tot stand gekomen krachtens de bijbehorende rechtsverhouding - en niet specifiek op de 'initiële' credit card betaling. Deze betalingstransacties vormen zodoende niet de beide benen van één betalingstransactie zoals die bij een overschrijving of incasso voorkomen.

De leverancier, de ontvanger van de credit card betaling, wordt dus meestal¹⁸ wel de begunstigde van een betalingstransactie, maar dat is dan één waar zijn acquirer de betaler van is. Daarnaast is er echter in de regel¹⁹ een begunstigde van een andere betalingstransactie, namelijk de kaartuitgevende instelling met zijn kaarthouder als betaler.

Het bovenstaande schetst de situatie van de credit card betaling. De betaling met een 'internationale' debet card²⁰ is daarop slechts in die zin een variant dat aan de zijde van de kaartuitgevende instelling de kaart als betaalinstrument aan een betaalrekening verbonden is, waar de betaling aan die zijde dus wel direct in valt. Voor het overige is de situatie niet anders: er is een vordering in betaling gegeven, deze keer gebaseerd op de regels van een debet card scheme, aan een leverancier die een aansluitovereenkomst met een acquirer heeft. Alleen aan de zijde van de uitgevende instelling is de flankerende betalingstransactie voor de afrekening tussen de kaartuitgevende instelling en de kaarthouder door de debet card transactie meteen geïnitieerd.

4. De spraakverwarring

In het veld bestond onrust over toepassing van de nieuwe regels op de kaarttransactie, die zijn oorsprong vond in de art. 69 en 70 PSD, die in de wet terugkomen in de art. 7:537 en 538 BW. Deze artikelen zien op de termijnen waarbinnen een betalingstransactie uitgevoerd moet zijn. Dit ging gepaard met een spraakverwarring die, naar mij lijkt, vooral zijn oor-

sprong erin had dat gekeken werd vanuit aanbieding van deze diensten door banken²¹, waardoor betaalrekeningen en het voorhanden zijn van giraal geld het beeld bepaalden. Die werden daarbij abusievelijk aan de kaarttransactie als zodanig gekoppeld.

De preambule van de richtlijn heeft het bij het uitgangspunt van een ééndagstermijn in ieder geval met betrekking tot kaarttransacties over de 'uitdrukkelijke overeenkomst waarin een langere uitvoeringstermijn is vastgesteld'.²² Hoe en tegen de achtergrond van welke bepalingen in de richtlijn dit begrepen moet worden komt niet uit de verf. Vragen in dat verband aan de Services van de Europese Commissie²³ leverden een sterk wisselend beeld op: op het eerste gezicht werd de vrijheid om voor de kaarttransactie een - van art 69 PSD afwijkende - tijdslijn af te spreken achtereenvolgens erkend²⁴, toch nog anders begrepen²⁵, ronduit afgewezen²⁶ en recent - in ieder geval voor de verhouding acquirer/leverancier - wederom opgevoerd.²⁷ De antwoorden zijn te gefragmenteerd/cryptisch om helderheid te bieden over de grondslag in de richtlijn en reikwijdte van deze vrijheid. Overigens werd dit min of meer onvermijdelijk opgeroepen door de vooronderstellingen van de eerdere vraagstellers, die de kaarttransactie zelf als een tweeënige betalingstransactie neerzetten.

Ook de Toelichting bij 7:537 en 538 BW, zoals die naar de Tweede Kamer is gegaan²⁸, zaaide twijfel doordat de suggestie bleef bestaan dat de credit card transactie niet onder art. 7:537 BW zou vallen omdat dit artikel alleen ziet op betalingstransacties op een betaalrekening.²⁹ Als de betaalrekening het wezenlijke onderscheid zou brengen, zouden dus kaarttransacties die direct aan een betaalrekening gekoppeld zijn – de normale situatie bij banken, en zelfs onvermijdelijk zo bij debet cards - wel onder het artikel vallen. De kaarttransacties die niet direct op een betaalrekening vallen zouden in die lezing onder art. 7:538 BW vallen, waarmee dezelfde termijn van uitvoering toepasselijk wordt voor betalingstransacties die niet op een betaalrekening terecht komen. In de lezing waarin de betaalrekening het onderscheid zou brengen, zouden kaarttransacties derhalve als - tweeënige - betalingstransacties onder de, dwingende, zeer korte termijnen van art. 7:537 BW respectievelijk 7:538 BW vallen.

Bovendien lijkt de Toelichting³⁰ een misleidend verband tussen de afwikkeltransacties aan te brengen door te melden:

21. Begrijpelijk: banken zijn de belangrijkste, in een aantal EU-lidstaten zelfs de enige aanbieders.
22. Preambule (43). De vrijheid die de preambule onderkent geldt overigens breder dan voor kaarttransacties. Op enkele na is niet heel helder welke soort van transacties wel en niet onder de vrijheid van afwijkende contractafspraken kunnen vallen.
23. Een voorlichtende hulpdienst die uitdrukkelijk aangeeft in het wetgevings/interpretatieproces geen status te hebben, zie http://ec.europa.eu/internal_market/payments/framework/disclaimer_en.htm.
24. Zie, http://ec.europa.eu/internal_market/payments/docs/framework/transposition/faq-2009_08_05_en.pdf, ad art. 69 PSD, Q. nr 107.2.
25. Zie t.a.p. ad art. 69 PSD, Q. nr. 115; ad art. 4(14) PSD Q. nr 98; ad art. 70 PSD, Q. nr. 107.3.
26. Zie t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 147.
27. Zie t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 249.
28. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 42.
29. Mijn cursivering, HJB.
30. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 892, nr. 3, p. 42.

16. Art. 4 en 14 PSD, ontwerp art. 1.1 Wft, art. 7:514 sub I BW.

17. D.w.z. tot het beloop van de vorderingen over en weer door verrekening delgt – een vermogensrechtelijke betaling; zie art. 6:140 jo 6:127 e.v. BW.

18. Het saldo kan ook een keer negatief zijn, bijvoorbeeld als gevolg van opgelopen geslaagde betwistingen van betalingen door kaarthouders (zgn. charge backs) of andere vorderingen die uit de verhouding met de acquirer voortvloeien.

19. Door uitzonderlijke factoren kan hier het saldo een keer positief zijn geworden, bijvoorbeeld als gevolg van het terugboeken van een betwiste transactie door de kaarthouder.

20. Nu voornamelijk Maestro of Vpay.

‘... de leverancier het hem toekomende op zijn betaalrekening ontvangt in opdracht van de uitgevende instelling.’ Bekeken vanuit een vierpartijensysteem zou op deze plaats de acquiring instelling dienen te worden genoemd.³¹ Immers in een vierpartijensysteem heeft de uitgevende instelling alleen de vordering te voldoen die de acquiring instelling indient en zij heeft tegenover de leverancier geen verplichting die deze op kan vorderen. De uitgevende instelling heeft met de uitbetaling aan de leverancier geen bemoeienis. Die betaling doet de acquiring instelling uit hoofde van een eigen verplichting uit de aansluitovereenkomst met de leverancier. In een drie-partijensysteem vallen uitgevende en acquiring instelling samen³², zodat het dan wel die – éne - partij is die de betaalopdracht ten gunste van de leverancier geeft. Het zet dan echter op het verkeerde been zonder uitleg daarvan in deze passage over de uitgevende instelling te spreken.

5. De FSA-visie

De Britten hebben met dezelfde materie geworsteld en de Financial Services Authority liet in maart 2009 een ‘PSD Approach Document’³³ het licht liet zien met een update³⁴ daarvan in juni. In de annex 5 daarvan is een visie gegeven op het vierpartijen credit card verkeer. Deze visie onderkent dat de afwikkeltransacties tussen de acquiring instelling en de leverancier een afzonderlijke, van de kaarttransactie te onderscheiden, betalingstransactie is.³⁵ In mijn taxatie is vanwege het feit dat de afwikkeling tussen de kaartuitgevende instelling en de kaarthouder uitdrukkelijk buiten beschouwing is gelaten³⁶, niet onderkend dat dan de consequentie is, dat de kaarttransactie zelf in de definities van de richtlijn geen betalingstransactie is, doordat die zelf geen geldmiddelen verschuift. Immers, ook voor de afwikkeling in de verhouding tussen kaarthouder en zijn uitgevende instelling is een eigen initiatie van een betalingstransactie nodig. Die kán, maar wordt niet in alle situaties en dus niet noodzakelijkerwijs gelijk met de kaarttransactie gedaan.

Overigens heeft het niet trekken van die consequentie in de FSA-visie wel geleid tot een interessante verdieping in de gedachten over art. 70 PSD (en daarmee over art. 7:538 BW). De oplossing voor het termijnprobleem is namelijk om te beginnen gezocht door te redeneren: de leverancier, die een kaarttransactie als betaling geaccepteerd heeft, heeft kunnen beschikken over zijn tegoed doordat hij op voorhand met zijn acquirer erover gecontracteerd heeft op welke wijze en met welke intervallen het tegoed bijvoorbeeld naar een betaalrekening doorgestort zal worden. Ter beschikking stellen van tegoeden in de onderlinge rekening courant, levert dan afdoende (en dus binnen de voorgeschreven termijn) ter be-

schikking stellen in de zin van art. 70 PSD op.³⁷ In mijn ogen is het zelfs wel een houdbare redenering wanneer de leverancier de gelegenheid niet gebruikt heeft om daarover tevoren afspraken te maken en dus ontvangst in de vorm van tegoedschrijven in de rekening courant verhouding als ter beschikking stellen aanvaard heeft. Anders gezegd: de wijze van ter beschikking stellen zoals die bij het aangaan van de verhouding of later door de begunstigde is afgesproken, is in mijn ogen per definitie een geschikt ter beschikking stellen in de zin van art. 70 PSD, omdat de begunstigde daarin immers zijn beschikkingsmacht heeft kunnen uitoefenen.³⁸

Het PSD Approach Document geeft dan een dergelijke rekening courant verhouding de kleuring van een betaalrekening in de zin van de richtlijn omdat – nu eenmaal in die lezing – de gedachte is dat een betalingstransactie in de zin van de richtlijn erop ontvangen zou zijn. Ook in die lezing is dat echter niet nodig: buiten kijf is – art. 70 PSD ware anders overbodig - dat ook anders dan op een betaalrekening ter beschikking stellen tot de mogelijkheden behoort. Ware dat niet zo dan had de richtlijn het aanbieden van betaalrekeningen verplicht moeten stellen en dat is duidelijk niet de opzet geweest.

De in de update van juni van het PSD Approach Document toegevoegde constructie berustend op het opkopen van de vordering door de acquirer³⁹ – wat best zal sporen met links of rechts gevoerde praktijk – voegt in mijn visie niets toe. Aan de wijze waarop de vordering zijn weg vindt naar de acquiring instelling een koop ten grondslag leggen lijkt me net zoveel, of net zo weinig, reden om aan te nemen dat de acquirer het tegoed binnen de voorgeschreven termijn voor de leverancier beschikbaar heeft gemaakt, of om een afzonderlijke termijn te hebben waarop de acquirer het tegoed voor de leverancier beschikbaar te maken heeft, als ingeval de aansluitovereenkomst in dat opzicht een sui generis-karakter heeft. De FSA vraagt om reacties uit het veld en lijkt er in ieder geval nog niet uit.⁴⁰

6. De ontknoping in de kamer

Hier te lande gaf een vraag van de CDA-fractie in de vaste kamercommissie voor Financiën de minister aanleiding de verheldering te geven⁴¹ waarin de gedachtegang doorgetrokken wordt, die in de annex 5 van het voornoemde PSD Approach Document in statu nascendi is blijven steken: ‘... Het enkele feit dat de betaling door de credit card gebruiker aan de leverancier plaatsvindt door middel van zijn credit card, brengt nog niet mee dat sprake is van een betalingstransactie. Blijkens art. 7:514 onder k is daarvoor nodig dat een verschuiving van geldmiddelen plaats vindt ingevolge een door de betaler of de begunstigde geïnitieerde handeling. Deze zal bestaan in een betalingsopdracht aan zijn betaaldienstverlener overeen-

31. Ik hou zeer goed voor mogelijk dat hier eenvoudig per vergissing de uitgevende in plaats van de acquiring instelling genoemd is.

32. Vaak met inzet, overigens, van een eigen lokale organisatie.

33. Annex 5 bij het document van maart '09
http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/PSD_approach_mar09.pdf.

34. Annex 5 bij de update van juni '09
http://www.fsa.gov.uk/pubs/other/PSD_approach.pdf.

35. Annex 5, t.a.p. onder 1.6. Nadien onderschreven door Services EC in de Q&A, zie t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 249.

36. Annex 5, t.a.p. onder 1.7.

37. Annex 5, t.a.p. onder 1.5. Intussen overgenomen door Services EC in de Q&A, zie t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 249.

38. Voor de consument is misschien daarin niet iedere afspraak toe te laten, maar dat speelt hier niet: indien de kaarttransactie als één tweebenige betalingstransactie wordt beschouwd, is de leverancier de begunstigde en nooit een consument.

39. Annex 5, t.a.p. onder 2.

40. Annex 5, t.a.p. onder 2.

41. Nota naar aanleiding van het verslag, 31 892, antwoord van de minister op de tweede vraag van de CDA-fractie.

komstig art. 7:514 onder h. Onderscheiden moet dus worden tussen de kaarttransactie tussen de kaarthouder en de leverancier en de uitvoering van die transactie door de daarvoor nodige betalingstransacties, die plaatsvinden ingevolge betalingsopdrachten aan de betaaldienstverleners van de bij de afwikkeling betrokken partijen. ...’.

De kaarttransactie zelf is dus geen betalingstransactie in de zin van de richtlijn, de beide bijhorende afwikkeltransacties zijn dat elk wel en die volgen dan ook elk qua termijn van uitvoering de eigen initiatie van betaling. Een probleem met de uitvoeringstermijnen is er dan niet meer en de redeneringen om die te ontgaan kunnen vervallen.

Ik zie geen enkele reden om tegen een kaarttransactie, die in een driepartijensysteem thuisheert, anders aan te kijken en de minister brengt daarin mijns inziens dan ook terecht dezelfde lijn aan.⁴²

7. Interpretatie van de richtlijn

Nu de richtlijn eenmaal is vastgesteld, is het de Europese rechter, die over eventuele interpretatiekwesties van de richtlijn gaat. De richtlijn is een uit de botsing der inzichten voortgekomen product, waarin de waarheid in tekstuele onduidelijkheden schuil kan gaan. Ontegenzeggelijk waren in de onderhandelingen bij de totstandkoming zegglieden betrokken die de kaarttransactie als een – door of via de begunstigde geïnitieerde - tweebenige betalingstransactie zagen. Ik meen de sporen daarvan te herkennen⁴³, maar dat is in ieder geval – terecht – niet zo de uitkomst in de definities van de richtlijn geworden. Ik ga er dus ook vanuit dat de uitleg van de minister gelezen tegen de analyse die ik hiervoor weergaf overeind moet blijven. Deze strookt namelijk niet alleen met de definities die de richtlijn zelf geeft van geldmiddelen en betalingstransactie, maar past ook bij het kader van de richtlijn. Ik noem twee inzichten voor dat laatste:

Uit de bewoordingen van 7: 537, lid 1 en lid 3, BW welke laatste naar de letter van de richtlijn⁴⁴ toeschrijft op afwikkeling door middel van automatische afschrijvingen, blijkt dat het artikel ziet op de betaalsystemen, waar de begunstigde op creditering heeft te wachten totdat de debitering bij de betaler plaats kan vinden. Dat is bij credit card betalingen echter niet het geval. In de normale situatie is de leverancier in de boeken van de acquirer goedgehouden voordat, en zelfs uitbetaald door zijn acquirer voordat, of uiterlijk gelijktijdig met het moment dat, de acquirer uit het settlement is uitbetaald.⁴⁵

Of de uitgevende instelling al van de kaarthouder ontvangen heeft, is daarin niet van betekenis. De regeling die art. 69 PSD voor de betalingstransacties kent, vergt voor de afwikkeling van de credit card betaling dus ook geen voorziening. Bij de debet card wordt de betaling van kaarthouder aan zijn uitgevende instelling meteen geïnitieerd, maar dat betekent evenmin dat de afwikkeling daarvan voorwaardelijk zou zijn voor de afwikkeling van de betaling in de verhouding tussen

acquirer en de leverancier.⁴⁶ Zo min als voor de credit card transactie zie ik voor de debet card transactie daarom hierin een richtlijn-conforme reden die wel als één tweebenige betaaltransactie te willen beschouwen.

Begunstigde van een overboeking⁴⁷ kan eenieder zijn. De ontvanger van een kaarttransactie kan krachtens de regels van de betrokken card schemes alleen een ondernemer zijn die daarvoor een aansluitovereenkomst met een acquirer heeft gesloten. Deze ontvanger is dus geen consument en behoort daarmee tot de categorie waartegenover ook bij de betalings-transactie onder de richtlijn vrijwel volledige contracteervrijheid bestaat.

Overigens, mocht ooit de Europese rechter een andere uitleg geven dan staat als terugvalscenario voor het termijnprobleem nog altijd de hiervoor besproken redenering van de Britse FSA op het karakter van de credit card transactie ter beschikking: als de credit card transactie dan wel zelf een betalingstransactie is, komt die tot uitvoering wanneer de acquiring instelling de leverancier in de boeken van de acquiring instelling tegoed heeft geschreven.⁴⁸ Dat laatste betekent niet per definitie dat de acquiring instelling een betaalrekening is gaan voeren voor de leverancier, maar dit kan eenvoudig gekwalificeerd worden als het tegoed afdoende, in de zin van art. 70 PSD en 7:538 BW, ter beschikking van de begunstigde stellen. In mijn ogen is dit niet de juiste redenering, maar voor de termijn van uitvoering heeft het verschil in visie dan in de praktijk geen belang.

8. Betekenis van de gevolgtrekking

De kaarttransactie behelst een in het leven roepen van verbintenissen, die aanspraak geeft op betaling, maar die zelf geen verschuiving van geldmiddelen betekent. Wel dus een samenstel van diensten in de zin van de richtlijn, maar zelf geen betalingstransactie. Dat betekent o.m. het volgende.

Uitgifte van betaalkaarten en acquiring van kaarttransacties valt onder de bijlage van de richtlijn. Duidelijk is nu echter dat het scharnierpunt voor deze betaalinstrumenten – gepersonaliseerd instrument en/of geheel van procedures etc.⁴⁹ - niet is dat er kaarttransacties mee gedaan kunnen worden, maar het gegeven dat deze kaarttransacties onderdeel zijn van de procedures waarmee de afwikkeltransacties geregeld worden.⁵⁰ Door die laatste betalingstransacties is er sprake van een betaalinstrument⁵¹ en is de richtlijn dus in ieder geval van toepassing.

42. Nota naar aanleiding van het verslag, 31 892, antwoord van de minister op de tweede vraag van de CDA-fractie.

43. Die gedachte lijkt te zijn blijven hangen bij de vraagstellers/Services EC, t.a.p. ad art. 4(14) PSD Q.nr. 98; ad art. 70 PSD, Q.nr. 107.3; ad art. 73 PSD, Q. nr. 147 en speelt m.i. zelfs nog mee bij Q&A, t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 249.

44. Art. 69 PSD.

45. In deze afwikkeling zit dus veelal zelfs een element van bevoorschotting.

46. Dat eventueel met uitblijven van die afwikkeling uit kracht van de verhouding leverancier/acquirer tegenvorderingen kunnen samenhangen, maakt dat niet anders.

47. Datzelfde zou uit systematisch oogpunt voor de incasso opgaan. De functie van de incasso brengt echter mee dat betaaldienstverleners geen reden hebben aan consumenten raamcontracten aan te bieden, waarmee die incassovolmachten van andere betaaldienstgebruikers kunnen inzetten, noch ook dat consumenten daarom vragen.

48. Annex 5, t.a.p. onder 1.5, intussen onderschreven door Services EC in de Q&A, zie t.a.p. ad art. 73 PSD, Q. nr. 249.

49. Art. 4 lid 23 PSD in verband met art. 4 lid 3 en de bijlage onder 5 PSD.

50. Veelal zal de kaarttransactie tevens een instemming belichamen als bedoeld in art. 54 en 55 PSD, terugkomend in 7:522 lid 2 en 523 lid 1 BW.

51. Art. 4 lid 23 jns leden 16, 5 en 15 PSD.

Meteen is dan ook helder dat het geen verschil maakt of de kaart-betaaldienst door een kredietinstelling of door de nieuwe betaalinstantie verleend wordt. In alle gevallen zijn het immers de afwikkeltransacties waaraan verschuiving van geldmiddelen te pas komt, niet de kaarttransactie zelf. Dat van veel afwikkeltransacties de initiatie bij de kaarttransactie meteen ook gebeurt op een betaalrekening, brengt daar geen verandering in.

Het uitgangspunt betekent dus ook niet dat de niet-bancaire dienstverlener, die zich met kaarttransacties bezighoudt, buiten de nieuwe regels valt. Deze instellingen vallen onder het toezichtsregime en moeten aan alle toepasselijke bepalingen voldoen. Wel is het zo dat de bepalingen die puur op de betalingstransactie zien niet op de kaarttransactie van toepassing zijn, wel echter, onverkort, op de bijbehorende afwikkeltransacties.

9. Verschuivende panelen

Voor de analyse van de kaarttransactie in de huidige situatie kon ik er nog vanuit gaan dat betaalrekeningen bij banken te vinden zijn en giraal/elektronisch geld bij kredietinstellingen. Daarin maakt juist deze richtlijn ontwikkelingen mogelijk.

Doordat de richtlijn aangehouden te goed dat direct verband houdt met het uitvoeren van betaaldiensten uitzondert van het verbod⁵² op voor handen hebben van opvorderbaar geld, kunnen betaaldienstverleners ook als ze niet kwalificeren als kredietinstelling met ingang van 1 november betaalrekeningen aan gaan bieden. (Bijvoorbeeld de kaart-betaaldienstverleners kunnen de rekening courant die zij al registreren voor de onderlinge verhouding met de betaaldienstgebruiker voor deze beschikbaar stellen om ook tegoeden aan derden te doen toekomen of van derden te ontvangen.) De richtlijn bepaalt met zoveel woorden dat deze tegoeden dan niet als deposito's of andere terugbetaalbare gelden of als elektronisch geld kwalificeren.⁵³ Betekent dat dan - ik zie dat in de richtlijn⁵⁴ en de implementatiewet niet besproken - dat die tegoeden wel als, weliswaar niet terugbetaalbaar/opvorderbaar, maar toch: giraal geld gaan gelden?⁵⁵ Ik zie weinig andere mogelijkheden. Een geldmiddel moet het wel zijn immers, anders is er in de definitie van de richtlijn⁵⁶ weer geen rekening waar betalingstransacties mee gedaan kunnen worden en definieert de richtlijn de betaalrekening bij de betaalinstanties dus eigenlijk weer weg. Dat laatste is duidelijk niet de opzet. De nieuwe regels staan kredietverschaffing toe in direct verband met de betaaldiensten indien die maar op een termijn van ten hoogste 12 maanden loopt.⁵⁷ Er zijn voorts geen bedraglimieten voorzien voor tegoeden aangehouden in verband

met het uitvoeren van betaaldiensten. Dat lijkt te betekenen dat, in theorie tenminste, miljarden aan kort geld bij de betaaldienstverleners kunnen staan (uiteraard onder de toepasselijke kapitaals- en vermogens-eisen⁵⁸). Aangezien een goed georganiseerde betaalinstantie bijvoorbeeld de openbare aanbesteding van de betaaldiensten voor de rijksoverheid kan 'winnen', wordt dat toekomstbeeld meteen reëler.

Het is goed hierbij onder ogen te zien, dat de richtlijn geen verplichting schept voor betaaldienstverleners om – eenmaal diensten aanbiedend die onder enig onderdeel van de bijlage bij de richtlijn vallen – dan ook andere diensten uit de bijlage bij de richtlijn aan te bieden, noch ook om die in combinatie aan te bieden. Zo kan dus ook in de toekomst onder de richtlijn uitgifte of aanvaarding van betaalinstrumenten aangeboden worden zonder ook de diensten van een betaalrekening aan te bieden of zonder die uiteenlopende diensten in verband met elkaar te brengen.

Nu we weten dat de kaarttransactie zelf geen betalingstransactie is, maar initiatie vergt van de afwikkelende betalings-transacties, die niet per definitie samenvalt met de kaarttransactie, is het ook geen punt als kaarttransacties eventueel nog vaker aan betaalrekeningen gekoppeld worden, waar de bijbehorende afwikkeltransacties op vallen. De kaarttransactie verschuift immers niet de geldmiddelen op de betaalrekening; dat doen de afwikkeltransacties die qua termijn van uitvoering elk de eigen initiatie volgen.

Opmerking verdient dat de minister het zonder beperkingen over credit én debit card transacties heeft.⁵⁹ De transactie met het Nederlandse PIN-product⁶⁰ valt er klaarblijkelijk ook onder.⁶¹

In de praktijk van dit moment maakt het voor de toepassing van art. 7: 537 BW geen verschil; bij de Nederlandse PIN-pas transactie worden beide afwikkel-betalingstransacties nu altijd meteen samen met de kaarttransactie geïnitieerd en afgewikkeld op betaalrekeningen bij banken. Interessant van deze visie is dat het wettelijk de mogelijkheid laat dat ook de PIN-transactie zo uitgevoerd kan gaan worden dat de afwikkeltransacties later pas geïnitieerd worden, terwijl toch al ook andere betaaldienstverleners dan banken dat zouden kunnen doen en de afhandeling op een betaalrekening geen strikt vereiste is. Dat geeft een andere businesscase van de Nederlandse PIN-transactie. Zou die daarmee voor andere toetreders op de betaalmarkt weer van belang kunnen worden, zodat het merk niet bij gebrek aan belangstelling uit de markt verdwijnt?

10. Slot

Een helder beeld van het wezen van de kaarttransactie, leidt tot helderheid over de toepasselijkheid van nieuwe regels.

52. Wetsontwerp art. 3:29c lid 2 Wft; art. 16 lid 2 PSD.

53. Art. 16 leden 2 en 4 PSD onder verwijzing naar art. 5 Richtlijn 2006/48/EG.

54. Preambule (9) lijkt wel net langs het onderwerp heen te scheren.

55. Preambule (11) bezigt de term 'geldmiddel' in ieder geval voor het te goed dat bij de betaalinstanties komt te staan, zonder overigens er ook aandacht aan te schenken dat er betaaldienstverleners zonder vergunning kunnen bestaan binnen het kader van de richtlijn.

56. Zie art. 4 lid 14 jfs. leden 5 en 15 PSD.

57. Art. 16 lid 3 PSD; voor Nederland te implementeren in de AmvB waarvan bij sluiten van dit stuk pas het eerste concept ter consultatie is gegeven dat op dit punt letterlijk de richtlijn volgt.

58. Art. 6, 7, 8 en 16 lid 3 PSD; voor Nederland te implementeren in de AmvB waarvan bij sluiten van dit stuk pas het eerste concept ter consultatie is gegeven dat op dit punt letterlijk de richtlijn volgt.

59. Nota naar aanleiding van het verslag, 31 892, antwoord van de minister op de tweede vraag van de CDA-fractie.

60. Waarvan de Nederlandse banken-dochter Currence de merkhouders/licentiegever is.

61. Dat had ik aanvankelijk anders beredeneerd, maar na doordenken van het antwoord aan de Kamer, wijt ik dat aan een bedrijfsblindheid aan mijn zijde, vergelijkbaar met die tot eerdere spraakverwarring leidde.

Niet over het hoofd is te zien, zoals in het voorgaande de revue passeerde:

- betaling is niet gelijk aan betalingstransactie;
- een betaalrekening is ingebed in een rekening courant verhouding, maar een rekening courant verhouding heeft geen betaalrekening te zijn;
- begunstigde bij betalingstransactie is niet hetzelfde begrip als de ontvanger van de kaart-betaling;
- schematisch komt de weergave van de verhouding tussen partijen bij een kaarttransactie er hetzelfde uit te zien als die bij een overschrijving of incasso, maar dat weerspiegelt bepaald niet een vergelijkbare set rechtsverhoudingen of flowchart;
- een kaarttransactie is zelf geen betalingstransactie, maar de beide afwikkeltransacties zijn dat elk wel en die volgen qua termijn van uitvoering elk het moment van de eigen initiatie.

Voor het overige ben ik van mening dat de Unie vertaling van teksten als deze richtlijn moet staken; in de vertaalslag naar het Nederlands is een aantal tekstonderdelen met name wat de bewijslastverdeling betreft anders gaan klinken dan de Engelse stamtekst⁶² luidt.⁶³ De uiteenlopende gezichtspunten die tot het totstandbrengen van de richtlijn moesten voeren, leiden zelf al tot voldoende onduidelijkheden.⁶⁴ De Nederlandstalige versie, die immers formeel gelijkelijk authentiek is, geeft per saldo een wetgevende functie aan vertalers en informele nalezers. Niet geheel onbegrijpelijk, meende het departement dat zuivere implementatie zo dicht mogelijk bij – de Nederlandse versie van – de richtlijn zelf moet blijven, zodat de implementatiewet hierin geen verbeteringen aanbrengt. Het wringt dat daarmee de regels van de vertaalslag tot wet worden gemaakt in plaats van de uitkomst van het Europese wetgevingsproces.

62. Te vinden op: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:319:0001:01:EN:HTML>.

63. Daarin schuilen belangrijke punten voor het stellen van vragen aan de Europese rechter ter verkrijging van een richtlijn-conforme interpretatie.

64. Onhelder is bijvoorbeeld wanneer van een betaalrekening sprake is. Een spaarrekening wordt er in principe niet onder begrepen hoewel ook daar uitaard betalingstransacties op gedaan worden wil er tegoed in en uit kunnen stromen en dan valt het dus wel onder de letter van de definitie in de richtlijn. (Zie art. 4 lid 14 jis. leden 5 en 15 PSD) Zelf zou ik de scheidslijn willen leggen bij de rekening die voor de betaaldienstgebruiker erop ingericht is om, anders dan incidenteel, betalingstransacties naar anderen te doen en/of van anderen te ontvangen (i.e. anderen dan de betaaldienstgebruiker en zijn betaaldienstverlener).