

PSD 2: Naar een veiliger betalingsverkeer?

mr. R.H.J. Van Houts & mr. D.E. Martens-Schutten*

Trefwoorden: PSD 2, toezicht, betaaldiensten

1. Inleiding

Eind 2016 is er in de media de nodige onrust ontstaan over de invoering van de herziene richtlijn betaaldiensten en de gevolgen daarvan voor de privacy van rekeninghouders.¹ De onrust wordt grotendeels veroorzaakt door de verplichting onder de herziene richtlijn voor banken om betaalgegevens van klanten te delen met andere (nieuwe) betaaldienstverleners. Deze nieuwe betaaldienstverleners worden enigszins met argusogen bekeken; er wordt getwijfeld aan hun beweegredenen en de toereikendheid van het toezicht op deze betaaldienstverleners.

Het delen van gegevens met andere betaaldienstverleners is echter nodig om innovatie in het betalingsverkeer te faciliteren, zodat marktpartijen kunnen blijven voorzien in de behoefte van de consument. De consument wil vooral snelheid en gemak, maar is zich ook meer en meer bewust van de risico's van innovatie. De uitdaging van de Europese wetgever (ook in breder perspectief) is het voortdurend zoeken naar een juiste balans tussen het faciliteren van innovatie enerzijds en de bescherming van marktpartijen (met name natuurlijk de consumenten) anderzijds. Gelet op het regulatoire kader, lijkt de Europese wetgever daar met PSD 2 in geslaagd. Wellicht dat onze bijdrage de hiervoor genoemde onrust enigszins kan wegnemen.

2. Doel & achtergrond

Sinds november 2009 zijn betaaldienstverleners in Nederland gereguleerd in overeenstemming met de Payment Services Directive² (hierna: 'PSD 1'). PSD 1 is recent herzien; dit heeft geresulteerd in de herziene richtlijn betaaldiensten die op 23 december 2015 is gepubliceerd in het publicatieblad van de EU³ (hierna: 'PSD 2'). PSD 2 moet uiterlijk op 13 januari 2018 zijn geïmplementeerd in de nationale wetgeving van de lidstaten. De Nederlandse wetgever heeft hiertoe een eerste aanzet gegeven. Op 17 november 2016 is het voorstel voor de Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten ter consultatie voorgelegd⁴ (hierna: 'Ontwerp Wetsvoorstel').

* Rob van Houts & Danielle Martens-Schutten zijn beiden advocaat te Utrecht en werkzaam binnen het Banking & Finance team bij Van Benthem & Keulen.

¹ Zie onder meer: <https://www.trouw.nl/samenleving/derden-mogen-straks-mee kijken-in-je-bankrekening~ab05c109/> en <http://nos.nl/artikel/2145844-afm-vreest-misbruik-als-banken-klantgegevens-gaan-delen.html>.

² Richtlijn 2007/64/EG.

³ Richtlijn 2015/2366/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, Pb. L 337/35.

⁴ <https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetherzienerichtlijnbetaaldiensten>.

De voornaamste reden voor de herziening van PSD 1 is dat deze richtlijn door de tijd is ingehaald. De technologische ontwikkelingen leiden tot innovatieve producten en diensten, die inspelen op de behoeften van de consument. In het kader van betalingsverkeer kan men denken aan applicaties waarmee snel en eenvoudig een betaling kan worden geïnitieerd of – met behulp van informatie over betaalrekeningen – een huishoudboekje kan worden bijgehouden. Hiermee verschijnen er nieuwe spelers op het toneel: de FinTech-ondernemingen. Om de technologische ontwikkelingen te faciliteren en tegelijkertijd de veiligheid van de uitvoering van betalingstransacties te kunnen (blijven) garanderen, was een nieuw wettelijk kader voor het verlenen van betalingsdiensten nodig. Dit wettelijk kader is neergelegd in PSD 2.

Daarnaast bleek dat het betalingsverkeer nog altijd werd bepaald door nationale grenzen. Onder PSD 1 is aldus niet het beoogde Europese level playing field tot stand gekomen.

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond zijn de doelstellingen van PSD 2 te plaatsen: (i) het versterken van de interne markt; (ii) het

bevorderen van een level playing field voor betalingsdienstverleners (inclusief de ‘nieuwe spelers’); (iii) het betalingsverkeer veiliger maken; (iv) het beschermen van consumenten; en (v) het bevorderen van lagere prijzen voor betalingstransacties.⁵

Wij richten ons in deze bijdrage voornamelijk op het toezichtrechtelijke kader onder PSD 2, waarbij wij specifiek aandacht zullen hebben voor wijzigingen die relevant zijn in het kader van de uitoefening van de compliancefunctie binnen een betaalinstantie. De verwijzingen naar toekomstige Nederlandse wetgeving zijn verwijzingen op basis van een geconsulteerd wetsvoorstel.⁶ Mogelijk dat deze nog wijzigen.

Wij zullen eerst kort ingaan op de verruimde reikwijdte van PSD 2 ten opzichte van PSD 1 (paragraaf 3). Daarna geven wij een samenvatting van de wijzigingen die gaan gelden voor het aanvragen (en behouden) van een vergunning als betaalinstantie (paragraaf 4). Vervolgens besteden wij aandacht aan de verplichting tot het implementeren van specifieke procedures en maatregelen ter beheersing van veiligheidsincidenten (paragraaf 5). Uiteraard zullen wij ook ingaan op de introductie van twee nieuwe betaaldiensten, wat de aanleiding is geweest voor de eerder genoemde onrust in de media (paragraaf 6). Wij zullen afsluiten met een conclusie (paragraaf 7).

3. Reikwijdte PSD 2

De reikwijdte van PSD 2 zal worden uitgebreid ten opzichte van de reikwijdte van PSD 1. Zo voorziet PSD 2 in een uitbreiding van het territorium en omvat PSD 2 ook transacties in niet-EU valuta wanneer de bij de transactie betrokken betaaldienstverleners zich in de EU bevinden. Het idee hierachter is kennelijk om consumenten optimaal te kunnen laten profiteren van een interne markt.⁷ Daarnaast wordt een aantal bestaande uitzonderingen ingeperkt. Omdat bedoelde uitzonderingen onder PSD 1 te vaag en te algemeen geformuleerd waren, werden ze in de lidstaten op zeer uiteenlopende wijze toegepast. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede.

Uitbreiding territorium

Onder PSD 1 is het toepassingsbereik beperkt tot betalingstransacties waarbij zowel de betaaldienstverlener van de betaler als de betaaldienstverlener van de begunstigde of de enige bij de betalingstransactie betrokken betaaldienstverlener in de EU is gevestigd. Onder PSD 2 zal dit wijzigen en worden ook transacties gereguleerd waarbij slechts één van de betrokken betaaldienstverleners in de EU is gevestigd (*one-leg transactions*). Daarnaast zullen ook transacties in niet-EU valuta binnen de reikwijdte van PSD 2 worden gebracht, wanneer de bij de transactie betrokken betaaldienstverlener(s) zich in de EU bevinden.⁸

In de uitoefening van het bedrijf

In het systeem van de Wft worden marktpartijen met een vergunningplicht geconfronteerd wanneer zij gereguleerde activiteiten verrichten ‘in de uitoefening van een beroep of bedrijf’. In zijn algemeenheid wordt dit vrij snel aangenomen, namelijk wanneer de betreffende activiteiten vaker dan incidenteel worden verricht en hiervoor een vergoeding wordt ontvangen.

Voor betaalinstanties lijkt de drempel van ‘bedrijfsmatig’ hoger te liggen. Bij betaalinstanties is namelijk sprake van ‘bedrijfsmatig’ wanneer een onderneming een betaaldienst levert die ‘een zelfstandig identificeerbare activiteit is en die niet uitsluitend dient ter ondersteuning van (een) hoofdactiviteit(en) die niet als betaaldienst wordt gekwalificeerd’. Opvallend is dat onder PSD 2 hiervan afstand lijkt te worden gedaan. In de Ontwerp toelichting Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten (hierna: ‘Ontwerp MvT’) wordt – zonder nadere motivering – opgemerkt dat in de implementatiewerkgroepen in Brussel is aangegeven dat het niet relevant is of de betaaldienst wel of geen hoofdactiviteit van de onderneming betreft.⁹

⁵ http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-5793_en.htm?locale=en.

⁶ <https://www.internetconsultatie.nl/implementationwetherzierichtlijnbetaaldiensten>.

⁷ Zie overweging 8 PSD 2.

⁸ De aangepaste reikwijdte zal in de Nederlandse wetgeving terugkomen in (aangepaste) art. 7:515 BW. Zie art. II, ond. B. Ontwerp Wetsvoorstel, p. 10 en de Concept MvT, p. 20. Relevant is ook artikel 82 PSD 2 dat wordt geïmplementeerd in art. 7:536 BW, zie de Ontwerp MvT, p. 32 en art. II, ond. W Ontwerp Wetsvoorstel, p. 17-18.

⁹ Ontwerp MvT, p. 4.

Inperking uitzonderingen

Onder PSD 2 wordt een aantal bestaande uitzonderingen ingeperkt. Zo wordt de uitzondering voor betaaldiensten die worden verricht binnen een beperkt netwerk strikter gedefinieerd.¹⁰ Hierbij kan men denken aan betaalproducten die gebruikt kunnen worden voor de afname van specifieke goederen en diensten, zoals klantenkaarten, tankkaarten, lidmaatschapskaarten, kaarten voor openbaar vervoer en maaltijdcheques. Het is gebleken dat deze uitzondering te ruim wordt geïnterpreteerd. Bij de betalingsactiviteiten die onder deze uitzondering worden verricht, is in de praktijk vaak sprake van significante betalingsvolumes en bedragen waarbij de consument honderden goederen en diensten worden aangeboden. Dit is niet alleen in strijd met de onder PSD 1 beoogde doelstelling van de uitzondering; ook lopen consumenten hierdoor grote risico's en hebben ze geen juridische bescherming, terwijl gereguleerde betaaldienstverleners duidelijk worden benadeeld. Kort gezegd mogen de betaalinstrumenten niet meer worden gebruikt voor betalingstransacties ten behoeve van de aankoop van goederen en diensten binnen meer dan één beperkt netwerk, noch voor de aankoop van een onbeperkte reeks goederen en diensten.¹¹

Marktpartijen die gebruik maken van de hiervoor genoemde uitzondering, zullen dit onder PSD 2 moeten melden. Zij moeten de bevoegde autoriteit in het land van vestiging (in Nederland is dit DNB) in kennis stellen van hun activiteiten wanneer de totale waarde aan – tijdens de voorgaande twaalf maanden – uitgevoerde betalingstransacties het bedrag van EUR 1 miljoen overschrijdt. DNB zal dan moeten beoordelen of er (nog) sprake is van een beperkt netwerk.¹²

De tweede uitzondering die wordt aangescherpt is de uitzondering die geldt voor betalingstransacties die worden verricht via telecomapparatuur of -netwerken.¹³ Dit zijn onder andere betalingen die via de telefoonrekening lopen. Hierbij kan worden gedacht aan muziek, spelletjes en deelname aan TV- en radioprogramma's (zoals stemmen). Door de vage formulering van deze uitzondering, wordt de uitzondering in de verschillende lidstaten op uiteenlopende wijze toegepast. Volgens de Europese wetgever zijn er marktpartijen die handig gebruik maken van de vage formulering door een onbeperkte uitsluiting voor zich in te roepen. Onder PSD 2 zal de reikwijdte van de toepasselijkheid van deze uitzondering worden verduidelijkt. Daarnaast zullen betalingstransacties in verband met giften aan liefdadigheidsinstellingen worden uitgezonderd en betalingen met een laag risicoprofiel (als het bedrag van de betalingstransactie onder een in de wet bepaalde drempel ligt).¹⁴ Ook ten aanzien van deze uitzondering geldt een meldplicht.¹⁵

Tot slot wordt de uitzondering voor handelsagenten aangepast.¹⁶ De uitzondering voor handelsagenten geldt straks uitsluitend wanneer agenten voor rekening van alleen de betaler dan wel alleen de begunstigde handelen, ongeacht of zij in het bezit zijn van de geldmiddelen van de cliënten. Indien agenten voor rekening van zowel de betaler als de begunstigde handelen (zoals op bepaalde platformen voor elektronische handel), worden zij slechts van het toepassingsbereik van de richtlijn uitgesloten indien zij op geen enkel ogenblik in het bezit zijn van of de controle hebben over de geldmiddelen van de cliënten.

Doordat de hiervoor genoemde uitzonderingen strikter worden geïnterpreteerd, zullen meer diensten onder PSD 2 vallen. De ondernemingen die deze diensten verrichten, worden (mogelijk) vergunnings- of meldingsplichtig.¹⁷

4. Markttoegang

PSD 2 focust op het bevorderen van een veilig betalingsverkeer en het versterken van de interne markt. Deze focus zien we terug in een strengere selectie aan de poort (vergunningeisen) voor zowel de bestaande als de nieuwe spelers op de markt voor betalingsverkeer. Niet alleen wordt er een verklaring van geen bezwaar geïntroduceerd onder PSD 2, maar ook worden de procedures en maatregelen die voortvloeien uit art. 3:10 en 3:17 Wft, met name ten aanzien van veiligheid, aangescherpt. De integere en beheerste bedrijfsvoering die door art. 3:10 en 3:17 Wft wordt voorgeschreven, betreft een open norm. Deze open norm wordt enigszins geconcretiseerd in

¹⁰ Zie art. 3 sub k en overweging 13 en 14 PSD 2.

¹¹ Zie overweging 13 PSD 2.

¹² Zie art. 37 lid 2 PSD 2.

¹³ Zie art. 3 sub l en overweging 15 en 16 PSD 2.

¹⁴ EUR 50,- in geval van afzonderlijke betalingstransacties en, in geval van abonnementen, indien de totale waarde van de betalingstransacties niet meer dan EUR 300,- per maand bedragen. Zie art. 3 sub l PSD 2.

¹⁵ Zie art. 37 lid 3 PSD 2.

¹⁶ Zie art. 3 sub m en overweging 11 PSD 2.

¹⁷ De gewijzigde interpretatie van de uitzonderingen zal in Nederland leiden tot wijziging van art. 1:5a Wft.

het Besluit prudentiële regels Wft en het Besluit markttoegang financiële ondernemingen en (logischerwijs) door de toelichting op het door DNB voorgeschreven vergunningaanvraagformulier. Onder PSD 2 zal deze open norm aangescherpt en verder geconcretiseerd worden. Dit gebeurt in een algemene maatregel van bestuur en door guidelines van de European Banking Authority (hierna: 'EBA'). Deze nadere concretisering onder PSD 2 is te plaatsen tegen de achtergrond van het doel om de interne markt te versterken en veilig betalingsverkeer te bevorderen.

De hiervoor genoemde wijzigingen vragen om actie van betaaldienstverleners, waarbij een belangrijke taak is weggelegd voor de compliance officer als het gaat om de implementatie van de aangescherpte procedures en maatregelen.

Vergunningeisen

PSD 2 introduceert een aantal nieuwe vergunningvereisten, die ook in de Ontwerp MvT worden aangeduid als *nieuwe* voorwaarden voor de vergunningverlening. Zo zullen betaalinstanties straks voor het verkrijgen (en behouden) van een vergunning moeten aantonen hoe wordt omgegaan met veiligheidsincidenten en consumentklachten. Ook zullen zij inzichtelijk moeten maken hoe wordt omgegaan met het opslaan, monitoren, traceren en beperken van toegang tot gevoelige betaalgegevens. Er komt aandacht voor de bedrijfscontinuïteit en de wijze waarop statistieken worden bijgehouden van transacties en fraude. Ook zullen betaalinstanties straks het veiligheidsbeleid inclusief risicoanalyse inzichtelijk moeten maken en moeten zij kenbaar maken hoe controle (*onsite/offsite*) wordt gehouden op agenten en bijkantoren.¹⁸ Zoals hiervoor aangegeven, zullen er door EBA *guidelines* worden uitgevaardigd waarin nader wordt ingegaan op de inhoud en de vorm van de gegevens die verstrekt moeten worden bij een vergunningaanvraag. Op 3 november 2016 zijn door EBA concept *guidelines* ter consultatie voorgelegd.¹⁹ Deze *guidelines* moeten uiterlijk op 13 juni 2017 in definitieve vorm zijn vastgesteld.

Hoewel de hiervoor bedoelde vergunningeisen door zowel de Europese als de Nederlandse wetgever als *nieuw* geïntroduceerd worden, vinden deze vereisten mogelijk nu al toepassing als gevolg van een gedetailleerde invulling van de open normen door betaalinstanties. In zijn algemeenheid zal echter voor de meeste betaalinstanties wel (enige) actie vereist zijn. Aspecten die onder PSD 2 extra aandacht krijgen, zijn (technische) beveiliging en risicobeheersing. Om die reden zullen wij hierna nog in een aparte paragraaf ingaan op de vereisten (procedures en maatregelen) die gaan gelden voor (technische) beveiliging en risicobeheersing.

In het kader van de verlening van een vergunning is verder van belang dat onder PSD 2 een *substance*-vereiste gaat gelden.²⁰ Dit vereiste dient ter voorkoming van misbruik van het recht van vestiging. Het vereiste houdt in dat een vergunning slechts wordt verleend indien de betaalinstantie ten minste een deel van haar bedrijf zal uitvoeren in het land waar de vergunning wordt aangevraagd. Dit vereiste wordt niet nader geconcretiseerd. Met het oog op vrijheid van vestiging zou het goed zijn wanneer EBA (of DNB op nationaal niveau) hieraan nadere invulling zou geven.

Gekwalificeerde deelnemingen

Onder PSD 2 is het verboden om, anders dan na een verkregen verklaring van geen bezwaar (hierna: 'vvgb') van DNB, een gekwalificeerde deelneming in een betaalinstantie met zetel in Nederland te houden, verwerven of te vergroten. Kort gezegd is een gekwalificeerde deelneming een (in)direct belang van ten minste 10 procent van het geplaatste kapitaal van een onderneming dan wel het (in)direct kunnen uitoefenen van ten minste 10 procent van de stemrechten (of een daarmee vergelijkbare zeggenschap). Het aanvragen van een vvgb moet niet worden onderschat. Dit blijkt ook wel uit de beslistermijn die DNB mag hanteren (in beginsel 62 werkdagen). Zo kijkt DNB onder andere naar de betrouwbaarheid van de (mede)beleidsbepalers van de aanvrager, de financiële soliditeit van de aanvrager en in hoeverre de betaalinstantie aan de prudentiële regels kan blijven voldoen als gevolg van de deelneming. Bestaande vergunninghoudende betaalinstanties

¹⁸ Ontwerp MvT, pagina 5. De genoemde verplichtingen zijn opgenomen in art. 5 lid 1 sub f t/m j PSD 2.

¹⁹ <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/guidelines-on-authorisation-and-registration-under-psd2>.

²⁰ Dit vereiste wordt in Nederland in art. 2:3b lid 2 Wft geïmplementeerd.

(onder PSD 1) dienen er rekening mee te houden dat zij hun aandeelhouders (voor zover dit houders van gekwalificeerde deelnemingen betreffen) tijdig informeren over deze nieuwe verplichting.

Zoals gebruikelijk in een vvgb systeem, geldt onder PSD 2 tevens een verplichting om DNB (vooraf) schriftelijk in kennis te stellen van het voornemen tot een wijziging van een gekwalificeerde deelneming in een betaalinstelling waardoor de omvang van deze deelneming boven 20, 30 of 50 procent stijgt of waardoor deze een dochtermaatschappij wordt. Een zelfde verplichting gaat gelden indien door de voorgenomen wijziging de omvang van deze deelneming onder deze percentages uitkomt of ophoudt een dochtermaatschappij te zijn. DNB zal toestemming kunnen onthouden.²¹

Betaaldienstagenten

PSD 2 gaat voorzien in een aanscherping van de regels ten aanzien van agenten die door betaalinstellingen worden ingeschakeld, de zogenaamde betaaldienstagenten. Let wel: een *betaaldienstagent* verschilt van de eerder genoemde *handelsagent* nu de handelsagent niet optreedt namens een betaalinstelling maar namens de betaler of de betalingsbegunstigde. Betaaldienstagenten kunnen betaalinstellingen (en aldus vergunningplichtig) zijn, maar dit hoeft niet. Omdat de toezichhouder grip wil houden op betaalinstellingen die gebruik maken van niet gereguleerde betaaldienstagenten, gaan er extra verplichtingen gelden voor deze betaalinstellingen.

Zo dient een betaalinstelling (i) elke materiële wijziging in het Wwft-beleid van de betaaldienstagent onverwijld te melden; (ii) van bestuurders en managers van een niet gereguleerde betaaldienstagent aan te tonen dat deze betrouwbaar en deskundig zijn; en (iii) te melden voor welke betaaldiensten de betaaldienstagent wordt gemachtigd.²²

Intrekking vergunning

De gronden waarop DNB een verstrekte vergunning van een betaalinstelling kan intrekken, worden onder PSD 2 verruimd. Nu kan DNB onder meer een vergunning intrekken in geval de voortzetting van het bedrijf van de betaalinstelling een bedreiging vormt voor de *stabiliteit* van het betaalsysteem. Onder PSD 2 kan DNB dit ook wanneer er sprake is van een bedreiging van het *vertrouwen* in het betaalsysteem. De toevoeging van laatstgenoemde intrekkingsgrond leidt ertoe dat DNB eerder kan optreden tegen schadelijk marktgedrag. Wij kunnen ons namelijk voorstellen dat schadelijk marktgedrag van kleine(re) spelers (zoals de nieuwe spelers die als gevolg van PSD 2 ten tonele verschijnen) niet per definitie een bedreiging vormt voor de *stabiliteit* van het betaalsysteem maar wel degelijk afbreuk doet aan het *vertrouwen* in het betaalsysteem. In die zin is de verruiming wel te verklaren, ook weer gelet op de doelstelling van een veiliger betalingsverkeer.

Een tweede wijzigings- of intrekkingsgrond ontstaat onder PSD 2 wanneer de bevoegde autoriteiten niet in kennis zijn gesteld over belangrijke ontwikkelingen die verband houden met de voorwaarden voor vergunningverlening.²³

5. Procedures en maatregelen

Risicobeheersing

Zoals aangegeven in par. 4 is onder PSD 2 in het kader van de vergunningaanvraag en het behoud daarvan grote aandacht voor het opstellen van een regeling die voorziet in passende risicobeperkende maatregelen en controlemechanismen ter beheersing van operationele- en beveiligingsrisico's. De verplichting om dergelijke maatregelen neer te leggen in een regeling komt niet alleen terug in het kader van de vergunningaanvraag, maar ook in een aparte bepaling.²⁴

²¹ De verplichtingen ten aanzien van een gekwalificeerde deelneming worden geïmplementeerd in art. 3:95, 3:102 en 3:103 Wft.

²² Art. 19 lid 2 PSD 2 bepaalt dat de bevoegde autoriteit in de lidstaat van herkomst binnen twee maanden na ontvangst van de gegevens uit art. 19 lid 1 PSD 2 mededeelt of de agent is ingeschreven in het in art. 14 PSD 2 (art. 1:107 Wft) bedoelde register. Dit wordt geïmplementeerd in art. 2:3c lid 2 Wft.

²³ Deze intrekkingsgronden zullen worden geïmplementeerd in art. 1:104 lid 1 onderdeel l en n Wft.

²⁴ Zie art. 95 lid 1 PSD 2.

Betaaldienstverleners zullen straks doelmatige procedures moeten vaststellen voor het beheersen van incidenten.²⁵ Een dergelijke verplichting geldt thans ook op grond van art. 3:17 Wft en het Bpr, maar de uitwerking van deze regeling zal onder PSD 2 (op Europees niveau) nader geconcretiseerd worden. EBA zal namelijk guidelines opstellen voor het vaststellen, implementeren en monitoren van beveiligingsmaatregelen. De deadline hiervoor is 13 juli 2017. Daarnaast is relevant dat betaaldienstverleners de bevoegde autoriteit jaarlijks, of zoveel vaker als de bevoegde autoriteit dat wenst, een beoordeling dienen te verstrekken van (i) de operationele en beveiligingsrisico's die aan de door hen aangeboden betalingsdiensten verbonden zijn; en (ii) de toereikendheid van de in reactie op deze risico's getroffen risicobeperkende maatregelen en ingevoerde controlemechanismen.²⁶

Melden incidenten

Onder PSD 2 gaat verder een verplichting gelden voor de betaaldienstverlener om in geval van een groot operationeel- of beveiligingsincident, de bevoegde autoriteit onverwijld daarvan op de hoogte te stellen.²⁷ Wanneer een dergelijk incident gevolgen heeft voor de financiële belangen van gebruikers, dient ook dit onverwijld te worden gemeld. Op 7 december 2016 heeft EBA concept guidelines voor de melding van grote incidenten ter consultatie voorgelegd.²⁸ Deze guidelines dienen uiterlijk op 13 januari 2018 vastgesteld te zijn.

Privacy

Naast het beheersen van operationele- en beveiligingsrisico's, speelt privacy een belangrijke rol onder PSD 2. Zo is verwerking van persoonsgegevens slechts toegestaan met de uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker en wanneer dit noodzakelijk is in het kader van betalingsfraude.²⁹ Door de uitdrukkelijke toestemming van de gebruiker te eisen, lijkt de bescherming onder PSD 2 verder te gaan dan de bescherming onder de *Data Protection Directive*³⁰ uit 1995 en de *General Data Protection Regulation*³¹ die werking heeft vanaf 25 mei 2018. In dit kader is goed om te vermelden dat DNB (en niet de Autoriteit Persoonsgegevens) zal toezien op de naleving van bepalingen uit PSD 2 inzake gegevensbescherming.³² Voor een diepgaandere behandeling van de verplichtingen die onder PSD 2 gelden ter zake van de bescherming van persoonsgegevens verwijzen wij graag naar de bijdrage van mr. Voerman in ditzelfde nummer.

6. Nieuwe betaaldiensten

PSD 2 introduceert twee nieuwe betaaldiensten, de *betaalinitiatiedienst* en de *rekeninginformatiedienst*. De betaalinitiatiedienst is een dienst voor het initiëren van een betalingsopdracht op verzoek van de betaaldienstgebruiker, met betrekking tot een betaalrekening die bij een andere betaaldienstverlener wordt aangehouden. Een voorbeeld van een betaalinitiatiedienst is het Duitse Sofort. De rekeninginformatiedienst is een online dienst voor het verstrekken van geconsolideerde informatie over een of meer betaalrekeningen die de betaaldienstgebruiker bij een andere betaaldienstverlener of bij meer dan één betaaldienstverlener aanhoudt. Een voorbeeld van een rekeninginformatiedienstverlener is AFAS Personal.

De aanbieders van beide nieuwe diensten, te weten de betaalinitiatiedienstverlener (hierna: 'PISP') en de Rekeninginformatiedienstverlener (hierna: 'AISP'), zullen worden gereguleerd op grond van PSD 2. Feitelijk worden deze diensten ook nu al verleend door marktpartijen (zoals het Duitse Sofort en Afas Personal), maar vallen ze (formeel) niet onder het bereik van PSD 1 en aldus (formeel) niet onder toezicht. Een belangrijke reden voor het reguleren van deze nieuwe diensten is het creëren van rechtszekerheid voor de aanbieders van deze diensten. Een tweede belangrijke reden voor het reguleren van deze diensten is het creëren van een wettelijk kader dat bescherming biedt aan consumenten die gebruik maken van deze diensten. Voor de uitvoering van de beide diensten moeten de dienstverleners namelijk kunnen beschikken over vertrouwelijke informatie van de gebruiker van de dienst en dienen zij toegang te hebben tot diens betaalrekening. Als gezegd is hier de nodige onrust over ontstaan. Er wordt onder andere getwijfeld aan de toereikendheid van het toezicht

²⁵ Daartoe behoort de detectie en classificatie van grote operationele incidenten en veiligheidsincidenten.

²⁶ Zie art. 95 lid 2 PSD 2.

²⁷ Zie art. 96 PSD 2.

²⁸ <https://www.eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money/guidelines-on-major-incidents-reporting-under-psd2>.

²⁹ Art. 94 lid 1 en 2 PSD 2.

³⁰ Richtlijn 95/46/EC.

³¹ Verordening (EU) 2016/679.

³² Zie de Ontwerp MvT, p. 8.

op deze betaaldienstverleners. Voor een PISP geldt een volledig vergunningregime. Voor een AISP is een tailor made regime gecreëerd. Gelet op de diensten die de PISP en de AISP verrichten, is het verschil in vergunningeisen verdedigbaar. Daarnaast geeft PSD2 een toereikend kader voor het recht op toegang tot betaalrekeningen. Aldus is het toezicht op deze nieuwe diensten, zo menen wij, met voldoende waarborgen omkleed.

Vergunningeisen PISP en AISP

Om voor een vergunning in aanmerking te komen, dient een PISP te voldoen aan de reguliere vergunningeisen onder PSD 2. In aanvulling op deze reguliere vergunningeisen dient een PISP ook over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (of een andere gelijkwaardige waarborg) te beschikken.³³

Voor AISP's voorziet PSD 2 in een verlicht regime voor markttoegang.³⁴ AISP's worden vrijgesteld van een deel van de (reguliere) vergunningeisen (dit betreffen met name de prudentiële vereisten).³⁵ Wel dient een AISP over een beroepsaansprakelijkheidsverzekering (of andere vergelijkbare waarborg) te beschikken. Deze verzekering dient dekking te bieden tegen schade door niet-toegestane of frauduleuze toegang tot of het niet-toegestaan of frauduleus gebruik van betaalrekeninginformatie. AISP's worden ondanks het verlichte regime aangemerkt als betaalinstanties. Zij kunnen dus ook gebruik maken van de mogelijkheid hun diensten in een andere lidstaat te verlenen (hun diensten te 'paspoorten').³⁶

Recht op toegang tot betaalrekeningen

Om hun diensten te kunnen verlenen, moeten PISP's en AISP's toegang krijgen tot betaalrekeningen die klanten aanhouden bij banken. Onder PSD 2 dienen banken een PISP en een AISP deze toegang te verlenen.³⁷ Banken mogen bij het verlenen van de toegang tot de betaalrekening aan de PISP en de AISP geen andere voorwaarden stellen dan de voorwaarden die zij stellen aan hun klanten. Het recht op toegang tot de betaalrekening mag ook niet afhankelijk worden gesteld van het bestaan van een contractuele relatie tussen de AISP en/of PISP enerzijds en de bank anderzijds.³⁸

Om de toegang tot de betaalrekening mogelijk te maken, zullen banken straks moeten gaan voorzien in een voor PISP's en AISP's toegankelijke communicatie *interface*.³⁹ PISP's en AISP's dienen op hun beurt te voorzien in sterke cliëntauthenticatie; daarbij mogen PISP's en AISP's zich baseren op de authenticatieprocedures van de bank.⁴⁰ PISP's en AISP's dienen daarnaast toereikende beveiligingsmaatregelen te treffen ter bescherming van de vertrouwelijkheid en integriteit van de persoonlijke beveiligingsgegevens van gebruikers.⁴¹ Verder zijn er restricties gesteld aan het gebruik van de gegevens die de PISP en de AISP in het kader van de dienstverlening ontvangen. Deze gegevens mogen namelijk uitsluitend in het kader van de verlening van de betreffende betaaldiensten worden gebruikt.⁴²

Ontzegging toegang tot bankrekeningen

Een bank mag een PISP en/of een AISP de toegang tot een betaalrekening alleen ontzeggen op grond van redenen die verband houden met niet-toegestane of frauduleuze toegang tot een betaalrekening. De ontzegging van de toegang dient op objectieve en voldoende aanwijzingen te zijn gebaseerd. Indien de bank voornemens is om de PISP of de AISP de toegang tot een betaalrekening te ontzeggen, dan dient zij de klant te informeren over deze ontzegging. Dit moet in beginsel gebeuren vóórdat de PISP of de AISP de toegang wordt ontzegd. Daarnaast dient de bank het incident te melden aan de

³³ De EBA heeft op grond van art. 5 lid 4 PSD2 inmiddels concept richtsnoeren opgesteld over de criteria voor de beroepsaansprakelijkheidsverzekering of andere waarborg.

³⁴ Zie art. 33 PSD 2.

³⁵ Art. 33 lid 1 PSD2 bepaalt dat AISP's worden vrijgesteld van de in afdelingen 1 en 2 van titel II neergelegde procedure en voorwaarden, behoudens art. 5 lid 1 sub a, b, e - h, j, l, n, p en q, lid 3, art. 14 en art. 15.

³⁶ Overweging 48 en art. 33 lid 2 PSD 2.

³⁷ Dit zal worden geïmplementeerd in art. 5:88a Wft, zie de Ontwerp MvT, p. 17 en het Ontwerp Wetsvoorstel, art. I, ond. W, p. 7. Kredietinstellingen dienen iedere afwijzing tegenover de bevoegde autoriteit te motiveren. De ACM zal toezicht houden op de naleving van deze bepaling.

³⁸ Art. 66 lid 5 en 67 lid 4 PSD2.

³⁹ Dit zal door EBA nader worden uitgewerkt in technische reguleringsnormen.

⁴⁰ Art. 97 PSD 2.

⁴¹ Art. 97 lid 4 PSD2.

⁴² De voorwaarden voor toegang tot de betaalrekening door een PISP en een AISP zijn nader uitgewerkt in art. 66 en 67 PSD 2.

bevoegde autoriteit. De bevoegde autoriteit zal de melding en ontzegging beoordelen en, indien noodzakelijk, passende maatregelen nemen.⁴³

7. Conclusie

Wij begonnen dit artikel met de constatering dat onrust is ontstaan door de invoering van PSD 2, met name door de introductie van nieuwe betaaldienstverleners die toegang gaan krijgen tot de betaalrekeningen van klanten. Er wordt getwijfeld aan hun beweegredenen en aan de toereikendheid van het toezicht op deze betaaldienstverleners. Verkeerde beweegredenen van marktpartijen zijn niet (volledig) uit te sluiten. Met een strenge selectie aan de poort en intensief doorlopend toezicht (met name ook wanneer activiteiten over de nationale grenzen gaan) door de bevoegde autoriteiten, kan dit risico wel worden beperkt. Met PSD 2 is de wettelijke basis hiervoor gelegd.

In de huidige opzet van PSD 2 is de toegang door derden tot betaalrekeningen van klanten van banken met voldoende waarborgen omkleed. De betaaldienstverleners die straks toegang krijgen tot de rekeningen van betaaldienstgebruikers bij banken worden gereguleerd en komen onder (strikt) toezicht te staan van de bevoegde autoriteiten in het land van vestiging. Door het *substance*-vereiste wordt voorkomen dat marktpartijen gaan forumshoppen en dat het toezicht 'op afstand' plaatsvindt. Daarnaast mogen de gegevens waartoe deze betaaldienstverleners toegang krijgen uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor deze zijn verstrekt. Het lijkt dus onmogelijk voor een PISP of een AISP om deze specifieke gegevens van haar klanten aan derden door te verkopen of te gebruiken voor andere (commerciële) doeleinden die geen verband houden met de geleverde diensten. Tot slot is van belang dat de klant altijd zelf toestemming moet geven voor het gebruik van haar gegevens door een PISP en/of een AISP. Als consumenten snelheid en gemak wensen in het betalingsverkeer en zich meer en meer bewust worden van de risico's van innovatie, mag ook een zekere mate van oplettendheid worden verwacht bij het verlenen van toestemming voor het gebruik van betaalgegevens.

Naar onze mening bevordert PSD 2 innovatie in het betalingsverkeer en de totstandkoming van een Europees level playing field, zonder de (positie van de) consument 2.0 daarbij uit het oog te verliezen. De argusogen zijn te begrijpen, maar niet gefundeerd. ■

⁴³ Een en ander zal in de Nederlandse wetgeving worden geïmplementeerd in art. 7:523 BW. Zie de Ontwerp MvT, p. 25 en het Concept Wetsvoorstel, art. II, ond. I, p. 12-13.