Noot

Gebruik van NFC-technologie zonder geheime code: afzonderlijk betaalinstrument met bijzondere (aansprakelijkheids)regelen in geval van onrechtmatig gebruik?

Reinhard Steennot[1]

INLEIDING

1. Op 11 november 2020 heeft het Hof van Justitie een nieuw arrest geveld (*DenizBank*[2]) met betrekking tot de tweede richtlijn betalingsdiensten (PSD2[3]). Het arrest – het vierde nu al met betrekking tot PSD2[4] – is op drie punten van belang.

Vooreerst geeft het Hof verder invulling aan artikel 54 PSD2 (art. VII.24 WER) dat betrekking heeft op de *wijziging van de voorwaarden van de raamovereenkomst door de betalingsdienstaanbieder*. Het is niet de eerste keer dat het Hof zich over de wijziging van de raamovereenkomst door de betalingsdienstaanbieder moet uitspreken. Het deed dit eerder ook al in de context van PSD1[5] (die overigens op dit punt dezelfde regeling bevatte), dit in de zaak *Bawag*.[6] Nieuw is evenwel dat het Hof benadrukt dat het volgen van de procedure uit artikel 54 PSD2 (art. VII.24 WER) de toepassing van de regelen inzake onrechtmatige bedingen[7] niet uitsluit. Ik maak van deze annotatie gebruik om de belangrijkste lessen die uit *Bawag* getrokken kunnen worden in herinnering te brengen en zo een totaalbeeld te schetsen van de problematiek van de wijziging van de voorwaarden van de raamovereenkomst door de betalingsdienstaanbieder.

Ten tweede verduidelijkt het Hof van Justitie de notie *betaalinstrument* (zie art. 4, 14. PSD2; art. I.9, 10° WER). Ook de invulling van het begrip betaalinstrument kwam reeds eerder aan bod in de rechtspraak van het Hof van Justitie (betreffende PSD1) in *T-Mobile Austria*.[8] De zaken *T-Mobile Austria* en *DenizBank* maken duidelijk dat het begrip "betaalinstrument" volgens het Hof van Justitie een ruime invulling moet krijgen en dat het ook niet-gepersonaliseerde procedures kan omvatten die tussen de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker worden overeengekomen om betalingsopdrachten te initiëren. De vaststelling dat transacties op gang gebracht worden met een (bepaald) betaalinstrument is van belang, onder meer omdat de richtlijn een specifieke aansprakelijkheidsregeling bevat voor niet-toegestane betalingstransacties *met betaalinstrumenten* (zie art. 74 PSD2; art. VII.44 WER), alsook omdat voor afzonderlijke betaalinstrumenten voor kleine bedragen afwijkende afspraken in het raamcontract kunnen worden gemaakt (art. 63, 1. PSD2; art. VII.31, § 1 WER).

Ten derde, de vermelde mogelijkheid om in de raamovereenkomst voor zogenaamde *betaalinstrumenten voor kleine bedragen* van bepaalde regelen betreffende de kennisgeving van en de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties af te wijken, geldt slechts indien deze betaalinstrumenten na een kennisgeving niet kunnen worden geblokkeerd, respectievelijk anoniem worden gebruikt (zie art. 63, 1. PSD2; art. VII.31, § 1 WER). Welnu, in *DenizBank* verduidelijkt het Hof wanneer er sprake kan zijn van een onmogelijkheid om een betaalinstrument te blokkeren, alsook van een anoniem gebruik van het betaalinstrument.

2. De zaak die aan het Hof werd voorgelegd, betreft het gebruik van *NFC of Near Field Communication* in het betaal-

---

1. Hoogleraar UGent, Instituut Financieel Recht.
2. HvJ 11 november 2020, C-287/19, *DenizBank / Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2020:897.
3. Richtlijn (EU) nr. 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de richtlijnen nrs. 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van richtlijn nr. 2007/64/EG (*Pb.* L. 23 december 2015, 337/35). Deze richtlijn werd omgezet in Boek VII WER (definities in art. I.9 WER).
4. Andere arresten van het Hof van Justitie betreffende PSD2 zijn: HvJ 15 oktober 2020, C-778/18, *Association française des usagers de banques / Ministre de l'Economie et des Finances*, ECLI:EU:C:2020:831 (beëindiging rekeningovereenkomst); HvJ 7 februari 2018, C-643/16, *American Express Co. / The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury*, ECLI:EU:C:2018:67 (driepartijenbetaalkaartschema met een cobrandingovereenkomst – toegang tot betalingssystemen – vrijstelling betalingssystemen die uitsluitend zijn samengesteld uit betalingsdienstaanbieders die tot een groep behoren); HvJ 7 februari 2018, C-304/16, *American Express Co. / The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury*, ECLI:EU:C:2018:66 (afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties).
5. Art. 44 PSD1 (richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen nrs. 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn nr. 97/5/EG (*Pb.* L. 5 december 2007, afl. 319, 1).
6. HvJ 25 januari 2017, C-375/15, *Bawag PSK Bank für Arbeit und Wirtschaft und Österreichische Postsparkasse / Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2017:38.
7. Richtlijn oneerlijke bedingen (richtlijn nr. 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (*Pb.* L. 21 april 1993, afl. 95/29)), omgezet in art. I.8, 22° en VI.82 *et seq.* WER.
8. HvJ 9 april 2014, C-616/11, *T-Mobile Austria / Verein für Konsumenteninformation*, ECLI:EU:C:2014:242.

verkeer. Meer concreet biedt deze technologie de mogelijkheid om contactloos (i.e. zonder dat daarbij een kaart in de betaalterminal / ATM moet worden gebracht) betalingstransacties bij een winkelier of aan een automatisch loket op gang te brengen. De technologie kan gebruikt worden om transacties te initiëren zowel met betaalkaarten (zowel debetkaarten als kredietkaarten), als met smartphones, tablets en wearables. Voor kleinere bedragen is het daarbij niet noodzakelijk dat een geheime code wordt ingetoetst.

De populariteit van het gebruik van NFC is tijdens de coronaepidemie sterk toegenomen omdat deze technologie toelaat om betalingen te verrichten zonder de betaalterminal te moeten aanraken.[9] In die zin levert de toepassing van deze technologie in het betaalverkeer een (beperkte[10]) bijdrage tot het beheersen van de epidemie.[11] Echter, in de mate waarin het gebruik van NFC niet gepaard gaat met het intoetsen van een geheime code is er geen sprake van sterke cliëntenauthenticatie[12] en is een groter risico op niet-toegestane betalingstransacties. Daarom worden er in de gedelegeerde verordening nr. 2018/389[13] grenzen gesteld aan de vrijstelling van de verplichting die normaliter bestaat om ook bij contactloze elektronische betalingen in verkooppunten gebruik te maken van sterke cliëntenauthenticatie.

Meer concreet zijn contactloze elektronische betalingen zonder sterke cliëntenauthenticatie slechts mogelijk indien 1) het individuele bedrag van de contactloze elektronische betalingstransactie 50 EUR niet overschrijdt *en* 2) het totale bedrag van voorafgaande contactloze elektronische betalingstransacties die zijn geïnitieerd door middel van een betaalinstrument met een contactloze functionaliteit sinds de datum van de laatste toepassing van sterke cliëntauthenticatie niet meer dan 150 EUR bedraagt *of* 3) het aantal opeenvolgende contactloze elektronische betalingstransacties die zijn geïnitieerd via het betaalinstrument dat een contactloze functionaliteit biedt, sinds de datum van de laatste toepassing van sterke cliëntauthenticatie niet meer dan vijf is.

Meer concreet rees in *DenizBank*, wat het gebruik van de NFC-functie betreft zonder dat het daarbij vereist is een geheime code in te toetsten, de vraag of deze functie als een afzonderlijk betaalinstrument kan worden gekwalificeerd, waarvoor – indien is voldaan aan de voorwaarden van artikel 63, 1 PSD2 – dan bijzondere afspraken in het raamcontract kunnen worden gemaakt in geval van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument.

I. De wijziging van de voorwaarden in de raamcontracten

3. Overeenkomsten betreffende het gebruik van betaalinstrumenten vormen raamcontracten die in principe voor een onbepaalde duur worden gesloten. Gelet op de onbepaalde – en in de praktijk vaak lange duur – waarvoor deze overeenkomsten worden gesloten, moet de mogelijkheid bestaan om de voorwaarden van het raamcontract op een eenvoudige manier te wijzigen (bv. om die voorwaarden aan te passen aan nieuwe technologieën). Gelet op de sterke onderhandelingspositie waarover de betalingsdienstaanbieder beschikt, moet men er evenwel over waken dat er door wijzigingen aan de raamovereenkomst geen afbreuk wordt gedaan aan de rechtmatige belangen van de betalingsdienstgebruiker.

Artikel 54 PSD2 (art. VII.24 WER) beoogt op dit punt een evenwicht tot stand te brengen door *enerzijds* de betalingsdienstaanbieder toe te laten om in de raamovereenkomst de mogelijkheid te voorzien van een stilzwijgende aanvaarding door de betalingsdienstgebruiker van door de betalingsdienstaanbieder voorgestelde wijzigingen, *anderzijds* door aan de betalingsdienstaanbieder een voorafgaande informatieverplichting op te leggen omtrent die wijzigingen en daarbij de betalingsdienstgebruiker die niet akkoord gaat met de voorgestelde wijziging de mogelijkheid te bieden om tot een kosteloze opzegging van de overeenkomst over te gaan, dit vóór de inwerkingtreding van de nieuwe voorwaarden.

4. Opdat een stilzwijgende wijziging van het raamcontract mogelijk zou zijn, moet aan verschillende voorwaarden worden voldaan:

– de mogelijkheid van een stilzwijgende aanvaarding van door de betalingsdienstaanbieder voorgestelde wijzigingen moet in de overeenkomst zijn bepaald;
– de wijziging aan het raamcontract moet uiterlijk 2 maanden vóór de beoogde datum van inwerkingtreding ervan door de betalingsdienstaanbieder worden voorgesteld;
– de kennisgeving van de voorgestelde wijziging moet door de betalingsdienstaanbieder op een duurzame drager verstrekt worden;
– de kennisgeving van de voorgestelde wijziging moet

9. ECB, *Gradual Change in Euro Area Payment Behaviour*, december 2020, www.perma.cc/WX6Y-3HFY.
10. Beperkt, omdat een recente studie aangeeft dat de verspreiding van het coronavirus, in de regel niet plaatsvindt via oppervlakten: D. LEWIS, "Covid-19 rarely spreads through surfaces. So why are we still deep cleaning", *Nature* 590 (2021), 26-28 (www.nature.com/articles/d41586-021-00251-4).
11. EBA, *Statement on consumer and payment issues in the light of COVID 19*, maart 2020, www.eba.europa.eu.
12. *Infra*, randnr. 25.
13. Art. 11 gedelegeerde verordening (EU) nr. 2018/389 van de Commissie van 27 november 2017 tot aanvulling van richtlijn (EU) nr. 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad wat betreft technische reguleringsnormen voor sterke cliëntauthenticatie en gemeenschappelijke en veilige open communicatiestandaarden (*Pb.* L. 13 maart 2018, afl. 69/23).

enerzijds vermelden dat de betalingsdienstgebruiker wordt geacht de wijziging te aanvaarden indien hij de betalingsdienstaanbieder niet voor de datum van inwerkingtreding van de wijziging in kennis heeft gesteld van het feit dat hij de voorgestelde wijzigingen niet aanvaardt, *anderzijds* bepalen dat de betalingsdienstgebruiker die de voorgestelde wijzigingen verwerpt het recht (en de plicht) heeft om het raamcontract kosteloos en met onmiddellijke ingang te beëindigen;

– de betalingsdienstgebruiker mag de betalingsdienstaanbieder niet in kennis gesteld hebben van het feit dat hij de voorgestelde wijzigingen niet aanvaardt en de overeenkomst beëindigt.

5. De derde voorwaarde kwam aan bod in het eerder geciteerde arrest *Bawag*.[14] Meer concreet werd aan het Hof van Justitie de vraag voorgelegd of aan de voorwaarde van een *verstrekking op duurzame drager* is voldaan indien een betalingsdienstaanbieder de kennisgeving verricht via een mailbox die een onderdeel vormt van een e-bankingwebsite.

Het Hof focust in het arrest vooreerst op de invulling van het concept duurzame drager[15] en oordeelt dat de gepersonaliseerde mailbox van een gebruiker van een e-bankingwebsite wel degelijk als een duurzame drager beschouwd kan worden. Vereist is dat *deze website de gebruiker de mogelijkheid biedt om de aan hem persoonlijk gerichte informatie op zodanige wijze op te slaan dat deze gedurende een passende termijn kan worden geraadpleegd en ongewijzigd kan worden gereproduceerd, dit zonder dat de aanbieder of een andere professional de inhoud ervan eenzijdig kan wijzigen.*[16] Echter, het gebruik van een duurzame drager volstaat op zich niet om aan de hierboven vermelde derde voorwaarde te voldoen. Het is tevens vereist dat de informatie door de betalingsdienstaanbieder wordt *verstrekt*. Een loutere terbeschikkingstelling volstaat niet. In tegenstelling tot de terbeschikkingstelling vereist de verstrekking immers een actieve mededeling van de informatie.[17]

Meer concreet, indien de betalingsdienstgebruiker slechts kennis kan nemen van de voorgestelde wijziging door naar de e-bankingwebsite te surfen en daar zijn gepersonaliseerde mailbox te raadplegen, is het noodzakelijk dat de betalingsdienstaanbieder een actieve gedraging stelt waarbij de betalingsdienstgebruiker er langs een andere weg wordt op gewezen dat er een bericht beschikbaar is dat hij via de e-bankingwebsite kan raadplegen.[18] Van betalingsdienstgebruikers kan niet redelijkerwijs worden verlangd dat zij op regelmatige basis alle elektronische communicatiediensten waarop zij hebben ingetekend consulteren.[19] De actieve gedraging kan er dan in bestaan aan de betalingsdienstgebruiker een e-mail te zenden naar zijn normaal e-mailadres (= het aan de betalingsdienstaanbieder medegedeelde e-mailadres) of hem een sms te sturen op zijn gebruikelijk telefoonnummer (= het aan de betalingsdienstaanbieder medegedeelde nummer) en hem daarin te wijzen op het feit dat er informatie in zijn gepersonaliseerde mailbox op de e-bankingwebsite beschikbaar is. Om redenen van duidelijkheid doet men er goed aan in de kennisgeving die via reguliere e-mail/SMS wordt verzonden uitdrukkelijk te vermelden dat het om een voorgestelde wijziging van het raamcontract gaat.

6. In *DenizBank* bevestigt het Hof van Justitie vooreerst dat artikel 54 PSD2 (art. VII.24 WER) toepassing vindt ongeacht de hoedanigheid van de betalingsdienstgebruiker, ongeacht dus of de betalingsdienstgebruiker een consument is.[20] In deze context is het wel nuttig om op te merken dat artikel 38 PSD2 en artikel VII.5 WER de mogelijkheid bieden om contractueel af te wijken van (onder meer) artikel 54 PSD2/artikel VII.24 WER *indien de betalingsdienstgebruiker geen consument* is.[21] Concreet zal de procedure uit artikel VII.24 WER dus enkel toepassing vinden 1) indien de betalingsdienstgebruiker een consument is, alsook 2) indien de betalingsdienstgebruiker een professioneel is *en* in het raamcontract geen afwijkende procedure is voorzien.

Of een betalingsdienstgebruiker al dan niet een consument (natuurlijke persoon die optreedt voor doeleinden buiten zijn beroepsactiviteit[22]) is, moet men bepalen aan de hand van het bestemmingscriterium.[23] Men dient aldus na te gaan of de betalingsdienstgebruiker het raamcontract voor privé-

14. HvJ 25 januari 2017, C-375/15, *Bawag*. Zie meer uitgebreid: R. STEENNOT, "Het vereiste van het verstrekken van informatie op een duurzame drager (in de richtlijn betalingsdiensten)", *DCCR* 2018, afl. 118, 76 *et seq.*
15. Zie de definitie in art. I.1, 15° WER.
16. *Bawag*, nrs. 42-44. Het vertrekpunt van de redenering van het Hof is dat deze drager moet waarborgen dat de consument, op dezelfde manier als bij een papieren drager, de te verstrekken informatie in bezit heeft, zodat hij in voorkomend geval zijn rechten kan doen gelden.
17. *Bawag*, nr. 47.
18. *Bawag*, nr. 50.
19. *Bawag*, nr. 49.
20. *DenizBank*, nr. 49.
21. België heeft geen gebruik gemaakt van de door de richtlijn geboden mogelijkheid om micro-ondernemingen op dezelfde wijze te beschermen als consumenten.
22. Zie art. I.1, 2° WER, waaruit meteen blijkt dat enkel natuurlijke personen consumenten kunnen zijn.
23. De expertise van de betalingsdienstgebruiker speelt geen rol: HvJ 3 september 2015, C-110/14, *Horaiu Ovidiu Costea / SC Volksbank România*, ECLI:EU:C:2015:538.

doeleinden, dan wel voor professionele doeleinden heeft gesloten.[24]

7. Belangrijk is verder dat het Hof van Justitie in *DenizBank* beslist dat in het geval waarin de betalingsdienstgebruiker een consument is, artikel 54 PSD2 zich niet verzet tegen de toepassing van de regelen inzake onrechtmatige bedingen.[25] Uitgangspunt van de redenering is dat artikel 54 PSD2 enkel bepaalt aan welke vereisten voldaan moet zijn om tot een stilzwijgende aanvaarding te kunnen besluiten en niet welke voorwaarden van de raamovereenkomst via deze bijzondere procedure gewijzigd kunnen worden.[26] Transparantie staat daarbij, zoals reeds werd vermeld, centraal (in die zin dat de procedure veronderstelt dat de betalingsdienstgebruiker vooraf wordt medegedeeld dat een wijziging wordt voorgesteld, alsook wordt geïnformeerd over welke opties hij beschikt: niet reageren en de wijziging aanvaarden of de betalingsdienstaanbieder in kennis stellen dat hij de wijziging verwerpt en de overeenkomst kosteloos beëindigen voor de wijziging in werking treedt).

Het Hof steunt zich voor deze interpretatie waarin er ruimte is voor een aanvullende toepassing van de bepalingen inzake onrechtmatige bedingen, in het bijzonder op een contextuele uitlegging van de richtlijn.[27] Daarbij merkt het Hof vooreerst op dat artikel 54 PSD2 deel uitmaakt van de titel "Informatie en voorwaarden die betalingstransacties en raamcontracten beheersen" en niet van de Titel "Rechten en plichten met betrekking tot het aanbieden en het gebruik van betalingsdiensten".[28] Ook overweging (63) PSD2 wordt aangehaald.[29] Daarin wordt bepaald dat "*[t]eneinde een hoog niveau van consumentenbescherming te garanderen, [...] de lidstaten de mogelijkheid [moeten] hebben in het belang van de consument restricties of verbodsbepalingen te handhaven of in te voeren ten aanzien van eenzijdige veranderingen in de voorwaarden van een raamovereenkomst, bijvoorbeeld indien er geen gerechtvaardigde reden voor een verandering is*".

8. Wat dan meer concreet de toepassing van de regelen inzake onrechtmatige bedingen betreft, dient men in het Belgisch recht zowel rekening te houden met de zwarte lijst uit artikel VI.83 WER als de algemene toetsingsnorm uit artikel I.8, 22° WER (waarvoor men de beoordelingscriteria in art. VI.82 WER vindt). Wat de zwarte lijst betreft, stelt zich geen probleem in de mate waarin het gaat om overeenkomsten van onbepaalde duur (wat doorgaans het geval is bij raamcontracten betreffende betalingsdiensten).[30] Bedingen die de onderneming de mogelijkheid bieden om de contractvoorwaarden op basis van elementen die enkel afhangen van haar wil te wijzigen, worden immers niet *per se* verboden in artikel VI.83, 2° WER. Het volstaat dat de consument een redelijke termijn wordt geboden om de overeenkomst kosteloos op te zeggen, dit vooraleer de wijziging in werking treedt.[31] Artikel VI. 83, 2° WER sluit dus duidelijk aan bij de regeling uit artikel VII.24 WER. Artikel VII.24 WER is wel preciezer enerzijds door een termijn van 2 maanden te vermelden (i.p.v. een redelijke termijn) en anderzijds door te vereisen dat de kennisgeving op een duurzame drager wordt verstrekt (*supra*, randnr. 5).

Uit de Belgische zwarte lijst vloeien dus geen bijkomende beperkingen voor betalingsdienstaanbieders voort. Zoals reeds werd vermeld, blijft echter ook de algemene toetsingsnorm, die bedingen verbiedt die een kennelijk onevenwicht creëren tussen de rechten en plichten van de partijen (art. I.8, 22° WER), van toepassing. Twee punten verdienen daarbij bijzondere aandacht. *Ten eerste*, is er het vereiste van duidelijkheid en begrijpelijkheid dat het Hof hoog in het vaandel draagt bij de beoordeling van het al dan niet bestaan van een kennelijk onevenwicht en dat het ook uitdrukkelijk vermeldt in *DenizBank*.[32] Het Hof heeft reeds herhaaldelijk bevestigd dat dit vereiste inhoudt dat het voor de *gemiddelde* consument voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst

24. In geval van gemengd gebruik, is de betalingsdienstgebruiker (naar Belgisch recht) een consument zodra hij voor *hoofdzakelijk* privédoeleinden de overeenkomst heeft gesloten. Het loutere feit dat het betaalinstrument occasioneel voor beroepsdoeleinden wordt gebruikt ontneemt een natuurlijke persoon dus niet de hoedanigheid van consument. Uit het arrest *Schrems* blijkt wel dat een natuurlijke persoon zijn hoedanigheid van consument kan verliezen indien tijdens de uitvoering van de overeenkomst het gebruik van betalingsdiensten van in wezen privé naar in wezen professioneel is gewijzigd (HvJ 25 januari 2018, C-986/16, *Maximilian Schrems / Facebook Ireland Limited*, ECLI:EU:C:2018:37).

25. *DenizBank*, nr. 59. Het is opvallend dat het Hof van Justitie zelf wijst op het belang van de regelen inzake onrechtmatige bedingen, dit zonder dat er in de prejudiciële vraag over wordt gesproken.

26. *DenizBank*, nr. 50.

27. *DenizBank*, nrs. 51 *et seq.*

28. *DenizBank*, nr. 52.

29. *DenizBank*, nr. 56.

30. Wat contracten van bepaalde duur betreft, kan een onderneming zich niet het recht voorbehouden de contractvoorwaarden eenzijdig te wijzigen (art. VI.83, 3° WER).

31. Zie ook de indicatieve lijst van bedingen die als oneerlijk beschouwd kunnen worden uit de richtlijn oneerlijke bedingen (punt j) waarin wordt verwezen naar bedingen die de verkoper machtigen zonder geldige, in de overeenkomst vermelde reden eenzijdig de voorwaarden van de overeenkomst te wijzigen, doch tevens wordt benadrukt dat dit niet in de weg staat aan bedingen waarbij de verkoper zich het recht voorbehoudt de voorwaarden van een *overeenkomst voor onbepaalde tijd* eenzijdig te wijzigen, mits hij verplicht is de consument daarvan redelijke tijd vooraf in kennis te stellen en het de laatste vrijstaat de overeenkomst te ontbinden. Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt dat de indicatieve lijst een belangrijk beoordelingscriterium is bij de toepassing van de algemene toetsingsnorm (HvJ 26 april 2012, C-472/10, *Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság / Invitel Távközlési*, ECLI:EU:C:2012:242). Zie ook: R. STEENNOT, *Onrechtmatige bedingen. Artikel & Commentaar*, Mechelen, Kluwer, 2020, 110.

32. *DenizBank*, nr. 65.

duidelijk moet zijn welke de economische *en juridische* gevolgen zijn van het betrokken beding.[33] Enkel dan kan de consument met kennis van zaken beslissen om al dan niet te contracteren.[34] *Ten tweede*, zou de algemene toetsingsnorm ook een rol kunnen spelen wanneer de betalingsdienstaanbieder zich het recht voorbehoudt om zelfs de meest *essentiële* voorwaarden eenzijdig of stilzwijgend te wijzigen. Het Hof komt tot hetzelfde resultaat, zij het op grond van een andere redenering. Het Hof argumenteert dat de procedure van de stilzwijgende aanvaarding uit artikel 54 PSD2 enkel betrekking heeft *op veranderingen die de raamovereenkomst niet dermate beïnvloeden dat het voorstel van de aanbieder in werkelijkheid neerkomt op het sluiten van een nieuwe overeenkomst*.[35]

Betalingsdienstaanbieders doen er dus in ieder geval goed aan om de mogelijkheid om de voorwaarden van het raamcontract eenzijdig of via een stilzwijgende aanvaarding te wijzigen duidelijk te beschrijven (omwille van het transparantievereiste) en te beperken tot niet-essentiële voorwaarden. Voor de kenmerken van de te leveren diensten geldt overigens reeds hetzelfde op basis van artikel VI.83, 4° WER (dat een eenzijdig wijzigingsbeding betreffende de kenmerken van een product enkel toelaat voor niet-essentiële kenmerken). Of een wijziging al dan niet een essentieel element betreft, moet objectief beoordeeld worden (i.e. vanuit het standpunt van de gemiddelde gebruiker van de dienst). Niettemin blijft het een feitenkwestie, al kan men wellicht veilig stellen dat nieuwe gebruiksmogelijkheden van betaalinstrumenten die gepaard gaan met een groter aansprakelijkheidsrisico voor consumenten als essentiële wijzigingen kunnen worden gezien.

9. Naast de regelen inzake onrechtmatige bedingen kan overigens ook nog de theorie van het rechtsmisbruik gehanteerd worden om de betalingsdienstgebruiker te beschermen, met name wanneer de betalingsdienstaanbieder het recht om de contractvoorwaarden te wijzigen op een kennelijke onredelijke wijze (i.e. op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van hoe een voorzichtig en zorgvuldig persoon normaal gebruik zou maken van zijn recht) uitoefent.[36] Daarbij mag men wel niet uit het oog verliezen dat de sanctie bij rechtsmisbruik verschilt van de sanctie voor onrechtmatige bedingen. Is het beding onrechtmatig, dan is het nietig (art. VI.84, § 1 WER). Het moet geschrapt worden en elke vorm van reductie of herziening van het beding is onmogelijk (wat dus betekent dat de betalingsdienstaanbieder zich niet meer op het beding kan beroepen om wijzigingen door te voeren (zelfs niet indien dergelijk beroep op rechtmatige wijze zou geschieden[37]).[38] Is het beding echter rechtmatig, doch wordt het gebruikt op kennelijk onredelijke wijze, dan dient slechts de uitoefening van het recht gereduceerd te worden tot hetgeen redelijk is (het beding *an sich* blijft dan geldig).[39]

Uiteraard kan ook het nieuwe beding dat wordt ingelast in het raamcontract steeds getoetst worden aan de bepalingen inzake betalingsdiensten uit Boek VII WER[40] en de regelen inzake onrechtmatige bedingen uit Boek VI.

10. Tot slot merk ik nog op dat de nieuwe regelen inzake onrechtmatige bedingen in *B2B-verhoudingen* geen toepassing kunnen vinden op bedingen in overeenkomsten inzake betalingsdiensten, gesloten met een professionele betalingsdienstgebruiker. De regelen uit artikelen VI.91/2 *et seq.* WER vinden immers geen toepassing op financiële diensten (art. VI.91/1 WER).[41]

II. HET BEGRIP "BETAALINSTRUMENT"

11. PSD2 (Boek VII WER) bevat verschillende regelen waarvoor het belangrijk is vast te stellen dat er sprake is van een betalingstransactie met een *betaalinstrument*. Zo bevat artikel 74 PSD2 (art. VII.44 WER) een bijzondere regeling voor wat betreft de verdeling van de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties met *betaalinstrumenten* en laat artikel 63, 1. PSD2 (art. VII.31, § 1 WER) toe dat met betrekking tot *betaalinstrumenten* die enkel voor kleine

33. HvJ 21 december 2016, C-154/15, C-307/15 en C-308/15, *Francisco Gutiérrez Naranjo / Cajasur Banco SAU, Ana María Palacios Martínez / Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, ECLI:EU:C:2016:980, nr. 20. Zie over het transparantievereiste ook: E. TERRYN, "Transparantie en algemene voorwaarden: nood aan een hervorming?", *TPR* 2017, 13-80; G. STRAETMANS en V. BURKI, "Transparantie bij kernbedingen en het belang van precontractuele informatie bij kredietovereenkomsten" *DAOR* 2018, 98-113.

34. HvJ 21 maart 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb / Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:2013:180, nr.53.

35. *Denizbank*, nr. 47.

36. Cass. 10 september 1971, *Arr.Cass.* 1972, 31. Zie voor een gedetailleerde bespreking en bijkomende verwijzingen: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht,* Antwerpen, Intersentia, 2021, 330 *et seq.* die aangeven dat dit criterium eveneens in het wetsvoorstel verbintenissen terug te vinden is.

37. HvJ 21 januari 2015, C-482/13, *Unicaja Banco / José Hidalgo Rueda e.a. en Caixabank / Manuel María Rueda Ledesma e.a*., ECLI:EU:C:2015:21; HvJ 21 april 2016, C-377/14, *Ernst Georg Radlinger en Helena Radlingerová / Finway*, ECLI:EU:C:2016:283.

38. Zie bv.: HvJ 30 mei 2013, C-488/11, *Dirk Frederik Asbeek Brusse en Katarina de Man Garabito / Jahani*, ECLI:EU:C:2013:341, nr. 57; F. PEERAER, "Het volledige verbod op herziening van onrechtmatige bedingen: de botte bijl van het Hof van Justitie", *TBBR* 2013, 323.

39. Cass. 16 december 1982, *Arr.Cass.* 1982-83, 518. Zie voor een gedetailleerde bespreking en bijkomende verwijzingen: I. CLAEYS en T. TANGHE, *Algemeen contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2021, 334 *et seq.* die aangeven dat ook het wetsvoorstel verbintenissen in die zin gaat.

40. Zie ook: *DenizBank*, nr. 52.

41. Meer uitgebreid: R. STEENNOT, *Onrechtmatige bedingen*, Mechelen, Kluwer, 2020, 348-349.

bedragen gebruikt kunnen worden onder bepaalde voorwaarden bijzondere afspraken worden gemaakt in het raamcontract. Het is dan ook van belang te onderzoeken wanneer er sprake is van een betaalinstrument in de zin van PSD2 (Boek VII WER).

12. Het begrip "betaalinstrument" wordt gedefinieerd als "gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures, overeengekomen door de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder, waarvan gebruik wordt gemaakt voor het initiëren van een betalingsopdracht" (art. 4, 14. PSD2; art. I.9, 10° WER). Het Hof maakte reeds in *T-Mobile Austria*[42], dat betrekking had op de gelijkaardige definitie van het begrip "betaalinstrument" in PSD1, duidelijk dat zowel *gepersonaliseerde instrumenten* die de betalingsdienstaanbieder in staat stellen om te verifiëren dat de betalingsopdracht is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker als een *niet-gepersonaliseerd geheel van procedures* dat tussen de gebruiker en de betalingsdienstaanbieder is overeengekomen[43] en waarvan de gebruiker zich kan bedienen om een betalingsopdracht te initiëren onder het begrip "betaalinstrument" vallen.[44] Het Hof steunde zich daarbij *enerzijds* op het opzet van de richtlijn en de door de richtlijn nagestreefde doelstellingen, *anderzijds* op het feit dat artikel 53 PSD1 (vandaag art. 63, 1. PSD2, art. VII.31, § 1 WER) erkent dat er niet-gepersonaliseerde betaalinstrumenten bestaan (i.e. betaalinstrumenten die anoniem worden gebruikt of waarbij de betalingsdienstaanbieder om andere met het betaalinstrument verband houdende redenen niet het bewijs kan leveren dat de betalingstransactie is toegestaan).

13. Meer concreet werd in *DenizBank* de vraag voorgelegd of de NFC-functie waarmee een gepersonaliseerde multifunctionele betaalkaart is uitgerust en waarmee kleine betalingen kunnen worden verricht ten laste van de aan deze kaart gekoppelde bankrekening een (afzonderlijk) betaalinstrument vormt. Het Hof beantwoordt deze vraag bevestigend na te hebben vastgesteld dat de NFC-functie een geheel van niet-gepersonaliseerde procedures vormt dat is overeengekomen tussen de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder en waarvan gebruik wordt gemaakt om een betalingsopdracht te initiëren. De NFC-functie is aldus geen *gepersonaliseerd* betaalinstrument, doch een *niet gepersonaliseerd geheel van procedures* dat als betaalinstrument kwalificeert. De NFC-functie is volgens het Hof niet gepersonaliseerd omdat het gebruik van de NFC-functie voor kleine bedragen mogelijk is zonder dat een geheime code wordt ingetoetst en het derhalve bij deze transacties niet mogelijk is om te verifiëren of de betalingsopdracht werkelijk is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker. Het Hof preciseert daarbij dat de NFC-functie wegens haar specifieke kenmerken juridisch kan worden gescheiden van de andere functies van de betaalkaart, waarvoor persoonlijke beveiligingsgegevens moeten worden gebruikt, in het bijzonder voor de betaling van bedragen die het plafond van de NFC-functie overschrijden.

Voor een goed begrip van het arrest van het Hof van Justitie is het vooreerst belangrijk te benadrukken dat de hiervoor vermelde argumentatie slechts geldt voor het gebruik van de NFC-functie *zonder dat daarbij een geheime code moet worden ingetoetst*. Immers, moet er een geheime code worden ingetoetst, dan bestaat wel de mogelijkheid om te verifiëren of de betaalopdracht wordt gegeven door de daartoe gemachtigde gebruiker (zoals bij een klassieke kaartbetaling waarbij de kaart door de terminal wordt gelezen). Men moet dan concluderen dat een klassieke betaalkaart zoals de Belgische bancontactkaart twee betaalinstrumenten incorporeert: een niet-gepersonaliseerd geheel van procedures (NFC-functie zonder geheime code) en een gepersonaliseerd instrument (NFC-functie met geheime code). Uit het arrest van het Hof en de conclusie van de advocaat-generaal mag men m.i. echter niet afleiden dat ook de procedure waarbij de kaart klassiek in de terminal wordt gebracht (met vereiste om een geheime code in te toetsen) als een afzonderlijk gepersonaliseerd betaalinstrument kwalificeert dat men vanuit juridisch oogpunt moet onderscheiden van het gebruik van de kaart met NFC-functie met geheime code.[45] Het verschil tussen de hypothese waarin de kaart wordt geïdentificeerd via de NFC-functie en de hypothese waarin dat gebeurt door het lezen van de chip op de kaart (nadat de kaart in de terminal werd gebracht), is immers minimaal. In beide gevallen is naast de kaart de geheime code vereist en is er dus sprake van een sterke cliëntenauthenticatie die toelaat na te gaan of de betalingsopdracht wordt geïnitieerd door de daartoe gemachtigde gebruiker. Bovendien is het dezelfde terminal die de kaart leest. Enkel de gehanteerde technologie om de kaart te identificeren verschilt.

14. De stelling van het Hof en de advocaat-generaal, waarbij het gebruik van de NFC-functie zonder geheime code als een afzonderlijk betaalinstrument wordt gezien, gaat duidelijk in tegen de perceptie die betalingsdienstgebruikers zelf hebben.[46] Betalingsdienstgebruikers zullen niet geneigd zijn te denken dat een multifunctionele betaalkaart, zoals de Bel-

42. HvJ 9 april 2014, C-616/11.
43. Concl. Adv. Gen. C. SANCHEZ-BORDONA, C-287/19, *DenizBank*, ECLI:EU:C:2020:322, nr. 40.
44. Meer concreet oordeelde het Hof dat zowel de procedure tot het verrichten van een betalingsopdracht via een door de betaler persoonlijk ondertekend acceptgiroformulier als de procedure tot het verrichten van een betalingsopdracht via telebankieren, betaalinstrumenten zijn: *T-Mobile Austria*, nr. 44.
45. Zie ook in die zin: S. MCINNES *et al.*, "The EU Court of Justice rules on various PSD2 provisions, including potential cardholder liability in relation to contact payments", *Bird & Bird* 2020, www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/the-eu-court-of-justice-rules-on-various-psd2-provisions-including-potential-cardholder-liability (laatst geconsulteerd op 11 februari 2021).
46. Vergelijk met de situatie waarin verschillende betaalapplicaties op de smartphone worden geïnstalleerd. Daar zal de gebruiker die deze verschillende apps downloadt wel beseffen dat één drager (smartphone) verschillende betaalinstrumenten bevat.

gische bancontactkaart, verschillende betaalinstrumenten bevat, doch eerder dat het gaat om één betaalinstrument met verschillende functies (zoals ook de Tsjechische Regering argumenteerde[47]). Ook voor andere kaarten en dragers heeft het arrest van het Hof gevolgen. Denken we bijvoorbeeld aan kredietkaarten, die gebruikt kunnen worden via de NFC-functie (contactloze betalingen in een verkooppunt), dit zowel met als zonder geheime code (afhankelijk opnieuw van het bedrag). Dit zijn in de redenering van de advocaat-generaal en het Hof duidelijk twee te onderscheiden betaalinstrumenten (respectievelijk gepersonaliseerd en niet-gepersonaliseerd). Het gebruik van het kaartnummer, vervaldatum en verificatiecode van de kredietkaart voor betalingen op afstand lijkt men dan, indien men de redenering van de advocaat-generaal en het Hof consequent toepast, opnieuw als afzonderlijk betaalinstrument te moeten beschouwen. De procedure lijkt dan immers voldoende te verschillen van deze waarin een betalingsopdracht wordt op gang gebracht met de kaart zelf (die wordt geïdentificeerd door een terminal) en het intoetsten van de geheime code. In werkelijkheid gaat het daarbij dan om twee te onderscheiden betaalinstrumenten, een niet gepersonaliseerd geheel van procedures indien enkel kaartnummer, vervaldatum en veiligheidscode worden vereist en een gepersonaliseerd geheel van procedures indien een bijkomende identificatie vereist is met een geheime code (of inherente eigenschap).

15. De vraag of het om verschillende betaalinstrumenten gaat, is niet louter van academisch of theoretisch belang, aangezien zij ook juridische gevolgen heeft, zoals overigens blijkt uit het arrest van het Hof zelf. Zo kunnen voor het anonieme gebruik van de kaart (NFC-functie zonder geheime code) onder bepaalde voorwaarden bepaalde aansprakelijkheidsregelen, die de betaler moeten beschermen, buiten spel worden gezet (*infra*, randnrs. 21 *et seq.*). Verder moet men er rekening mee houden dat de aansprakelijkheidsbeperking uit artikel 74, 1., eerste lid PSD2 (art. VII.44, § 1, eerste lid WER) toegepast moet worden per betaalinstrument.

Ten slotte zou ook artikel 70, 1., b) PSD2 (art. VII.39, 2° WER) voor problemen kunnen zorgen. Artikel VII.39, 2° WER bepaalt immers dat de betalingsdienstaanbieder de betalingsdienstgebruiker niet ongevraagd een betaalinstrument mag toezenden. Welnu, wanneer een nieuwe functie wordt geactiveerd (zoals de NFC-functie zonder geheime code), al dan niet naar aanleiding van de vervanging van de kaart, *en deze functie als een juridisch te onderscheiden betaalinstrument wordt gezien*, wordt er in feite een nieuw betaalinstrument toegezonden, waarvoor aldus de voorafgaande toestemming van de betaler nodig is. Een uitdrukkelijke instemming van de consument lijkt me daarbij echter enkel wenselijk en noodzakelijk indien het nieuwe betaalinstrument (dat zich op dezelfde drager bevindt) een groter aansprakelijkheidsrisico voor de betaler met zich meebrengt.

III. Mogelijkheid om afwijkende regelen vast te stellen voor niet toegestane betalingstransacties met betaalinstrumenten voor kleine bedragen

16. Artikel 63, 1. PSD2 (art. VII.31, § 1 WER) biedt onder strikte voorwaarden de mogelijkheid om voor zogenaamde betaalinstrumenten voor kleine bedragen (*infra*, randnr. 17) in het raamcontract van bepaalde regelen uit Boek VII WER af te wijken, ook al is dat raamcontract met een consument gesloten. In *DenizBank* komen de mogelijkheden geboden onder artikel 63, 1., a) en b) PSD2 (art. VII.31, § 1, 1° en 2° WER) aan bod. Deze betreffen (1°) de mogelijkheid om af te wijken van de verplichtingen inzake en de gevolgen van een kennisgeving van verlies, diefstal of het onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument en (2°) de mogelijkheid om af te wijken van bepaalde aansprakelijkheidsregelen voor niet-toegestane betalingstransacties met deze betaalinstrumenten.

A. Betaalinstrumenten voor kleine bedragen

17. Betaalinstrumenten voor kleine bedragen zijn betaalinstrumenten die overeenkomstig het raamcontract uitsluitend worden gebruikt voor afzonderlijke betalingstransacties van maximaal 30 EUR *ofwel* een uitgavenlimiet hebben van 150 EUR of waarop maximaal een bedrag van 150 EUR tegelijk kan worden opgeslagen. Voor binnenlandse betalingstransacties kunnen deze bedragen bij een in ministerraad overlegd koninklijk besluit gehalveerd of verdubbeld worden (art. VII.31, § 2 WER). Het Regeerakkoord bepaalt ter zake dat de plafonds voor contactloos betalen zullen worden opgetrokken.[48] De mogelijkheden zijn evenwel beperkt tot de grenzen die de Europese wetgeving stelt.[49]

Wat het maximale bedrag van 30 EUR betreft, kan worden opgemerkt dat aan deze voorwaarde niet is voldaan indien betalingsdienstaanbieders zijn ingegaan op het verzoek van de EBA (*European Banking Authority*) om in het kader van

47. Zie Concl. Adv. Gen. C. SANCHEZ-BORDONA, *DenizBank*, nr. 46.
48. Regeerakkoord van 30 september 2020, p. 35, www.belgium.be/sites/default/files/Regeerakkoord_2020.pdf.
49. Het betreft enerzijds art. 63, 2. PSD2 dat de mogelijkheid van de lidstaten beperkt tot een halvering of verdubbeling en anderzijds art. 11 van de gedelegeerde verordening dat bepaalt dat contactloze betalingen zonder sterke cliëntenauthenticatie slechts mogelijk zijn voor individuele transacties die 50 EUR niet overschrijden.

de strijd tegen het coronavirus de mogelijkheden die de gedelegeerde verordening[50] biedt om contactloos te betalen zonder sterke cliëntenauthenticatie (i.h.b. NFC-functie zonder geheime code) ten volle te gebruiken.[51] Immers, artikel 11 van de gedelegeerde verordening (*supra*, randnr. 2) biedt de mogelijkheid om contactloos te betalen zonder dat daarbij sterke cliëntenauthenticatie wordt gehanteerd voor individuele betalingstransacties tot 50 EUR. Biedt een betalingsdienstaanbieder deze mogelijkheid, dan is er geen mogelijkheid om afwijkende regelen voor betaalinstrumenten op te nemen in het raamcontract (aangezien het bedrag van afzonderlijke betalingstransacties dan 30 EUR te boven gaat), tenzij voldaan zou zijn aan de alternatieve voorwaarde van een uitgavenlimiet of maximaal opslagbare waarde van 150 EUR.

B. Afwijkingen omdat het betaalinstrument niet kan worden geblokkeerd of het verder gebruik ervan niet kan worden voorkomen

18. PSD2 en Boek VII WER bevatten verschillende bepalingen betreffende de (gevolgen van een) kennisgeving van verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van een betaalinstrument. Artikel 69, 1., b) PSD2 (art. VII.38, § 1, 2° WER) bevat de verplichting voor de betalingsdienstgebruiker om, zodra hij zich rekenschap geeft van het verlies, de diefstal of het onrechtmatig gebruik van het betaalinstrument, de betalingsdienstaanbieder of de door deze aangeduide entiteit daar onverwijld van in kennis te stellen. De betalingsdienstaanbieder moet ervoor zorgen dat de betalingsdienstgebruiker te allen tijde deze kennisgeving kan verrichten (art. 70, 1., c) PSD2; art. VII.39, 3° WER). Indien na de kennisgeving het betaalinstrument nog onrechtmatig wordt gebruikt, dan is het de betalingsdienstaanbieder die de financiële gevolgen daarvan moet dragen, zelfs indien zou blijken dat de betaler zelf grof nalatig is geweest (art. 74, 3. PSD2; art. VII.44, § 3 WER). Welnu, van deze regelen kan worden afgeweken in het raamcontract voor betaalinstrumenten voor kleine bedragen. Belangrijk is echter te benadrukken dat dit enkel mogelijk is indien het betaalinstrument *niet kan worden geblokkeerd of het verdere gebruik ervan niet kan worden vermeden*. Het Hof verduidelijkt in *Deniz-Bank* hoe men deze bijkomende voorwaarde moet interpreteren.

19. Het Hof argumenteert dat uit de tekst van artikel 63, 1., a) PSD2 (art. VII.31, § 1, 1° WER) blijkt dat deze uitzonderingsregeling alleen kan worden toegepast wanneer kan worden vastgesteld dat het *per definitie onmogelijk is* om het betrokken betaalinstrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te voorkomen. Het volstaat niet voor de betalingsdienstaanbieder die zich op deze uitzonderingsregeling wil beroepen om in de raamovereenkomst van het betrokken betaalinstrument te vermelden dat hij niet in staat is om het betaalinstrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te verhinderen. Hij moet kunnen aantonen dat het *om technische redenen op geen enkele wijze mogelijk is* dit instrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te verhinderen, i.e. dat het volgens de objectieve stand van de beschikbare technische kennis feitelijk onmogelijk is het instrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te verhinderen.

Het Hof is op dit punt duidelijk streng voor betalingsdienstaanbieders. De door het Hof gehanteerde bewoordingen maken duidelijk dat betalingsdienstaanbieders zich in de praktijk slechts zeer uitzonderlijk op deze uitzonderingsregeling zullen kunnen beroepen, ook al gaat het om betaalinstrumenten voor kleine bedragen.[52] Het Hof rechtvaardigt deze restrictieve invulling door te verwijzen enerzijds naar het feit dat uitzonderingen strikt geïnterpreteerd moeten worden, anderzijds naar het (vereiste van een) hoog niveau van consumentenbescherming. Dat laatste laat niet toe dat een betalingsdienstaanbieder zich van zijn aansprakelijkheid kan ontdoen door eenvoudigweg in het raamcontract te beweren dat hij niet in staat is het betaalinstrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te verhinderen. Indien men dat zou aanvaarden, dan zou de betalingsdienstaanbieder de met niet-toegestane betalingen verbonden risico's al te gemakkelijk bij de betalingsdienstgebruiker kunnen leggen door een technisch middelmatige dienst aan te bieden. Een dergelijke overdracht van risico's en van de bijbehorende nadelige gevolgen zou volgens het Hof ook niet stroken met de regel dat betalingsdienstaanbieders passende veiligheidsmaatregelen moeten nemen.[53]

20. Wie vertrouwd is met de rechtspraak van het Hof van Justitie in het consumentenrecht ziet in dit arrest een aantal bekende argumenten terugkomen. Zo bijvoorbeeld verwees het Hof van Justitie reeds regelmatig naar het vereiste van een hoog niveau van consumentenbescherming om de restrictieve interpretatie van uitzonderingen op het herroepingsrecht bij overeenkomsten op afstand en buiten verkoop-

50. *Supra*, vn. 13.

51. EBA, *Statement on consumer and payment issues in the light of COVID 19*, maart 2020, www.eba.europa.eu. Reeds in april 2020 kondigde Febelfin aan de tot op dat ogenblik gehanteerde limiet van 25 EUR op te trekken naar 50 EUR. Het cumulatieve bedrag voor opeenvolgende contactloze betalingen zonder geheime code werd opgetrokken tot 100 (dit terwijl de gedelegeerde verordening daartoe de mogelijkheid voorziet tot 150 EUR): FEBELFIN, *Contactloos betalen: voor bedragen tot 50 EUR kan dat nu zonder pincode*, 13 april 2020, www.febelfin.be/nl/artikel/contactloos-betalen-voor-bedragen-tot-50-euro-kan-dat-nu-zonder-pincode#:~:text=Contactloos%20betalen%20is%20de%20meest,een%20bedrag%20op%2025%20euro.

52. Wat het gebruik van de bancontactkaart of kredietkaarten in België betreft, is het duidelijk dat de financiële gevolgen van niet-toegestane betalingstransacties op grond van deze uitzonderingsregeling niet ten laste van de kaarthouder gelegd kunnen worden. Immers, het is mogelijk om bij een kennisgeving ook het gebruik van deze kaarten via de NFC-functie zonder geheime code te verhinderen.

53. Zie art. 95 en 98 PSD2.

ruimte gesloten overeenkomsten te rechtvaardigen.[54] De verwijzing naar het meest geavanceerde niveau van de wetenschappelijke en technische kennis, die publiek toegankelijk is, werd reeds in de jaren '90 gehanteerd bij de interpretatie van de mogelijkheid voor een producent om aan aansprakelijkheid te ontkomen *indien het op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop hij het product in het verkeer bracht, onmogelijk was het bestaan van het gebrek te ontdekken.*[55] Ook in het kader van deze richtlijn wordt aldus een objectieve maatstaf gehanteerd.

C. Afwijkingen omdat het betaalinstrument anoniem wordt gebruikt

21. Indien het betaalinstrument anoniem wordt gebruikt of de betalingsdienstaanbieder om andere redenen inherent aan het betaalinstrument niet het bewijs kan leveren dat de betalingstransactie is toegestaan, is het mogelijk om in de raamovereenkomst te bepalen dat artikel 72 PSD2 (art. VII.42 WER), artikel 73 PSD2 (art. VII.43 WER) en artikel 74, 1. en 3. PSD2 (VII.44, § 1, eerste en vierde lid WER) niet van toepassing zijn. In wat volgt, schets ik vooreerst wat men (volgens het Hof van Justitie) moet begrijpen onder het anonieme gebruik van een betaalinstrument. Vervolgens besteden we aandacht aan de gevolgen op het vlak van de verdeling van de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties.

i) Anoniem gebruik van het betaalinstrument

22. Artikel 63 PSD2 (art. VII.31, § 1 WER) laat toe om van bepaalde regelen betreffende de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties af te wijken in het raamcontract *indien het betaalinstrument hetzij anoniem wordt gebruikt, hetzij de betalingsdienstaanbieder om een andere reden inherent aan het betaalinstrument niet het bewijs kan leveren dat de transactie is toegestaan*. Beide gevallen hebben volgens het Hof met elkaar gemeen dat de betalingsdienstaanbieder niet objectief kan vaststellen of de betalingstransactie wel door de betaler zelf is toegestaan.[56]

23. In *DenizBank* werd aan het Hof de vraag voorgelegd of aan de voorwaarde van een anoniem gebruik kan worden voldaan indien het gebruik van de NFC-functie (zonder dat daarbij een geheime code moet worden ingetoetst) is gekoppeld aan een gepersonaliseerde multifunctionele betaalkaart. Hoewel de kaart (dit is de drager van het betaalinstrument of verschillende betaalinstrumenten) gepersonaliseerd is wanneer zij is gekoppeld aan de betaalrekening van een bepaalde klant en de rekening bij een verrichting met de NFC-functie wordt gedebiteerd, is het belangrijk te beseffen dat betalingen met de NFC-functie (waarbij geen geheime code moet worden ingetoetst) geen authenticatie met persoonlijke beveiligingsgegevens vereisen. Iedereen die toegang heeft tot de kaart kan binnen de toegestane limieten een betaling verrichten, ook indien de toestemming van de rekeninghouder daartoe ontbreekt (zoals bij verlies, diefstal of onrechtmatig gebruik van de kaart).[57] Aldus moet een onderscheid gemaakt worden tussen de identificatie van de houder *van de gedebiteerde rekening*, die rechtstreeks voortvloeit uit de individualisering van de betrokken kaart, en de eventuele door deze houder *verleende betalingstoestemming*, die niet kan blijken uit het eenvoudig gebruik van de kaart (wanneer via de NFC-functie zonder geheime code wordt betaald).[58] Bepalend opdat sprake kan zijn van een anoniem gebruik is dus niet dat de betaalrekening waaraan de kaart is gekoppeld kan worden geïdentificeerd, maar wel dat het voor de betalingsdienstaanbieder objectief onmogelijk is om te identificeren wie via deze weg heeft betaald en aldus om na te gaan of, laat staan te bewijzen dat de rekeninghouder de transactie wel degelijk zelf heeft toegestaan.[59]

Het Hof argumenteert verder dat deze interpretatie ook in overeenstemming is met de doelstellingen die met de richtlijn worden nagestreefd. In essentie gaat het erom dat innoverende, snelle en eenvoudig te gebruiken betaalmiddelen eenvoudig verspreid moeten kunnen worden, zonder dat dit buitensporige voorschriften impliceert voor betalingsdienstaanbieders. Doordat de risico's beperkt zijn (aangezien afwijkingen slechts bedongen kunnen worden voor betaalinstrumenten voor kleine bedragen) is het evenwicht verzekerd tussen enerzijds innovatie (de voordelen, ook voor gebruikers, van eenvoudig te initiëren betalingstransacties) en anderzijds consumentenbescherming (beperking van de potentiële verliezen doordat enkel voor betaalinstrumenten voor kleine bedragen in het raamcontract kan worden afgeweken van de basisregels inzake aansprakelijkheid).[60]

ii) Gevolgen aansprakelijkheid niet-toegestane betalingstransacties

24. Zoals reeds werd vermeld, zijn afwijkingen in het raamcontract mogelijk van artikel 72 PSD2 (art. VII.42 WER), van artikel 73 PSD2 (art. VII.43 WER), alsook van

54. Zie bv. HvJ 27 maart 2019, C-681/17, *slewo – schlafen leben wohnen GmbH / Sascha Ledowski*, ECLI:EU:C:2019:255; HvJ 8 oktober 2020, C-641/19, *EU / PE Digital*, ECLI:EU:C:2020:808; HvJ 12 maart 2020, C-583/18, *Verbraucherzentrale Berlin / DB Vertrieb*, ECLI:EU:C:2020:199.
55. HvJ 29 mei 1991, C-300/95, *Commissie van de Europese Gemeenschappen / Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland*, ECLI:EU:C:1997:255.
56. *DenizBank*, nr. 85.
57. *DenizBank*, nr. 87.
58. *DenizBank*, nr. 88.
59. *DenizBank*, nr. 89.
60. *DenizBank*, nrs. 90-92.

artikel 74, 1. en 3. PSD2 (VII.44, § 1, eerste en vierde lid WER).

Artikel 72 PSD2 (art. VII.42 WER) betreft de verplichting voor de betalingsdienstaanbieder om wanneer de betalingsdienstgebruiker ontkent een uitgevoerde betalingstransactie te hebben toegestaan, onder meer het *bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthenticeerd*. Authenticatie is de procedure waarmee een betalingsdienstaanbieder de identiteit van een betalingsdienstgebruiker dan wel de validiteit van het gebruik van een specifiek betaalinstrument kan verifiëren, het gebruik van de persoonlijke beveiligingsgegevens van de betalingsdienstgebruiker inbegrepen (art. 4, 29. PSD2; art. I.9, 11° WER). De mogelijkheid om bij betaalinstrumenten die anoniem gebruikt kunnen worden artikel 72 PSD (art. VII.42 WER) buiten spel te zetten is logisch aangezien bij het anoniem gebruik van het instrument geen persoonlijke beveiligingsgegevens worden gebruikt die toelaten de identiteit van de betalingsdienstgebruiker te verifiëren (en de onmogelijkheid van bewijs van authenticatie dus inherent is aan een anoniem gebruik van het instrument).

Artikel 73 PSD2 (art. VII.43 WER) betreft de verplichting om bij niet-toegestane betalingstransacties de rekening van de betaler onmiddellijk te crediteren met het bedrag van de niet-toegestane betalingstransacties. Artikel 74, 1. en 3. PSD2 (art. VII.44, § 1, eerste en vierde lid WER) betreffen de aansprakelijkheid van de betaler voor niet-toegestane betalingstransacties met een betaalinstrument (aansprakelijkheidsbeperking tot 50 EUR, onbeperkte aansprakelijkheid van de betaler in geval van grove nalatigheid). Kort samengevat is het dus mogelijk om voor betaalinstrumenten die anoniem worden gebruikt in het raamcontract bepaalde regelen die de betaler beschermen via aansprakelijkheidsbeperkingen weg te bedingen. De ratio werd in feite reeds vermeld: gelet op de beperkte bedragen waarvoor de uitzonderingsregeling kan worden overeengekomen (maximaal bedrag van 30 EUR voor individuele betalingstransacties of uitgavelimiet/opslagbare waarde van 150 EUR) is het risico bij deze betaalinstrumenten voor de betalingsdienstgebruiker sowieso beperkt.

25. De tekst van artikel 63, 1. PSD2, alsook artikel VII.31, § 1 WER, bieden echter niet de mogelijkheid om artikel 74, 2. (art. VII.44, § 2 WER) weg te bedingen. Artikel 74, 2. PSD2 bepaalt dat de betaler (die niet zelf frauduleus heeft gehandeld) niet de financiële gevolgen draagt van niet-toegestane betalingstransacties indien zij hebben plaatsgevonden *zonder sterke cliëntenauthenticatie*. Sterke cliëntenauthenticatie is een authenticatie met gebruikmaking van twee of meer factoren die worden aangemerkt als kennis (iets wat alleen de gebruiker weet), bezit (iets wat alleen de gebruiker heeft) en inherente eigenschap (iets wat de gebruiker is) en die onderling onafhankelijk zijn (in die zin dat de compromittering van één ervan geen afbreuk doet aan de betrouwbaarheid van de andere en die zodanig is opgezet dat de vertrouwelijkheid van de authenticatiegegevens wordt beschermd) (art. 4, 30. PSD2; art. I.9, 33/16° WER). Het moge duidelijk zijn dat bij het gebruik van de NFC-functie zonder geheime code geen sprake is van sterke cliëntenauthenticatie. Bekijkt men aldus de tekst van artikel 63, 1., b) en 74 PSD2 (art. VII.31, § 1 en VII.44 WER) dan lijkt het dat de risico's die resulteren uit het gebruik van de NFC-functie zonder geheime code niet voor de betaler zijn (bij afwezigheid van sterke cliëntenauthenticatie).

Na het lezen van het arrest *DenizBank* zou men daar echter kunnen beginnen aan twijfelen.[61] In zijn argumentatie stelt het Hof immers: "*Gezien de hierin [artikel 63, 1., b) PSD2] vastgestelde regels moet een klant die ervoor heeft gekozen om voor kleine betalingen een vereenvoudigd betaalinstrument zonder identificatie zoals de NFC-functie te gebruiken, immers worden geacht te hebben aanvaard dat* ***hij eventueel de gevolgen moet dragen van de bij overeenkomst vastgelegde beperkingen van de aansprakelijkheid van de aanbieder die deze bepaling toestaat.***"[62] Moeten we hier uit afleiden dat artikel 63, 1., b) PSD2 ook toelaat de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder voor transacties zonder sterke cliëntenauthenticatie aan de kant te schuiven indien het gaat om een anoniem gebruik van betaalinstrumenten voor kleine bedragen? Steun voor deze opvatting zou men kunnen vinden in overweging (8) bij de gedelegeerde verordening nr. 2018/389[63], waarin wordt bepaald dat voor betalingen die via anonieme betaalinstrumenten verlopen geen verplichting tot sterke cliëntenauthenticatie geldt. Maar is dat voldoende om de duidelijke tekst van artikel 63, 1., b) PSD2 (art. VII.31, § 1, 2° WER) buiten spel te zetten, in het bijzonder rekening houdend met het feit dat de gedelegeerde verordening geen bepalingen omvat die de aansprakelijkheid in de privaatrechtelijke verhouding tussen de betaler en de betalingsdienstaanbieder regelen in geval van niet-toegestane betalingstransacties? Eerder werd ook door EBA reeds aangegeven dat de vrijstelling om tot een sterke cliëntenauthenticatie over te gaan op grond van de gedelegeerde verordening geen afbreuk doet aan de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder voor transacties die plaatsvinden zonder sterke cliëntenauthenticatie.[64] Aanvaardt men dat artikel 74, 2. PSD2 (art. VII.44, § 2 WER) van toepassing blijft, dan moet men wel besluiten dat de mogelijkheid die artikel 63, 1., b) PSD2/artikel VII.31, § 1,

61. Zie ook: S. MCINNES *et al.*, "The EU Court of Justice rules on various PSD2 provisions, including potential cardholder liability in relation to contact payments", *Bird & Bird* 2020, www.twobirds.com/en/news/articles/2020/global/the-eu-court-of-justice-rules-on-various-psd2-provisions-including-potential-cardholder-liability (laatst geconsulteerd op 11 februari 2021).
62. *DenizBank*, nr. 91.
63. *Supra*, vn. 13.
64. EBA, *Single Rulebook Q&A PAD2*, www.eba.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/publicId/2018_4042.

2° WER biedt sterk wordt uitgehold, aangezien in geval van anoniem gebruik geen sterke cliëntenauthenticatie plaatsvindt. In ieder geval valt het te betreuren dat het Hof zich niet uitdrukkelijk heeft uitgesproken omtrent de verhouding tussen artikel 63, 1., b) PSD2 en artikel 74, 2. PSD2. Dit had de rechtszekerheid alvast ten goede gekomen.

BESLUIT

26. Het arrest *DenizBank* heeft de verdienste een aantal regelen uit PSD2 te verduidelijken. Het Hof maakt duidelijk dat het feit dat een betaalinstrument gekoppeld is aan een bankrekening en het gebruik van het betaalinstrument leidt tot een debitering van die bankrekening niet automatisch impliceert dat niet aan de voorwaarde van een anoniem gebruik van het betaalinstrument uit artikel 63, 1., b) PSD2 (art. VII.31, § 1, 2° WER) kan worden voldaan. Wat telt is of de betalingsdienstaanbieder kan nagaan of het de betaler zelf is die de transactie heeft toegestaan, wat niet het geval is indien enkel een kaart moet worden gebruikt (zonder persoonlijke beveiligingsgegevens). Verder valt ook de stelling te verwelkomen dat de onmogelijkheid om een betaalinstrument te blokkeren in de zin van artikel 63, 1., a) PSD2 (art. VII.31, § 1, 1° WER) veronderstelt dat de betalingsdienstaanbieder kan aantonen dat het *om technische redenen op geen enkele wijze mogelijk is* dit instrument te blokkeren of het verdere gebruik ervan te verhinderen, hetgeen niet het geval is indien het volgens de objectieve stand van de beschikbare technische kennis feitelijk mogelijk is dat te doen.

Het arrest verrast echter ook op een aantal punten. Dit is vooreerst het geval waar het bepaalt dat de NFC-functie zonder geheime code een afzonderlijk betaalinstrument (een niet-gepersonaliseerd geheel van overeengekomen procedures om een betalingstransactie te initiëren) vormt, dat juridisch onderscheiden moet worden van het gebruik van de kaart met geheime code (een gepersonaliseerd instrument). Dit opent enerzijds perspectieven voor betalingsdienstaanbieders om voor wat betreft het gebruik van de NFC-functie zonder geheime code in het raamcontract bepaalde regelen weg te bedingen (mits de limieten uit art. 63, 1. PSD2/ art. VII.31, § 1 WER worden gerespecteerd), maar doet anderzijds een aantal nieuwe vragen rijzen (bv. met betrekking tot de toepassing van het verbod om ongevraagd nieuwe betaalinstrumenten toe te zenden uit art. 70, 1., b) PSD2/ art. VII.39, 2° WER). Onduidelijk is verder ook of bij anoniem gebruikte betaalinstrumenten voor kleine bedragen de regel uit artikel 74, 2. PSD2 (art. VII.44, § 2 WER), die inhoudt dat de betaler niet aansprakelijk kan zijn voor niet-toegestane betalingstransacties die plaatsvonden zonder sterke cliëntenauthenticatie, buitenspel gezet kan worden. Enigszins verrassend is ten slotte nog dat het Hof de ruimte biedt om de mogelijkheid die de betalingsdienstaanbieder in de raamovereenkomst voorziet om bedingen in die raamovereenkomst te wijzigen, nog te toetsen aan de regelen inzake onrechtmatige bedingen. Welke bedingen daarbij precies in strijd zijn met de algemene toetsingsnorm is een feitenkwestie. In dit artikel werd de stelling verdedigd dat bedingen op grond van de algemene toetsingsnorm problematisch zouden kunnen zijn indien ze onduidelijk zijn of als ze de betalingsdienstaanbieder ook toelaten de meest essentiële voorwaarden eenzijdig/stilzwijgend te wijzigen. In het bijzonder werd daarbij verwezen naar een verhoging van de aansprakelijkheidsrisico's voor consumenten, resulterend uit de activering van nieuwe betaalinstrumenten.