

Simon Lelieveldt
Regulatory consultant
Amsterdam
lelieveldt@simonl.org

15 december 2016

Ministerie van Financiën
Den Haag

Betreft: Reactie– Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten

In reactie op de consultatie rond bovengenoemd wetsontwerp wil ik u op een aantal fundamentele en tegelijk ook meer praktische zaken wijzen, welke bij de verdere vormgeving van de wet en onderliggende regelgeving mogelijk bruikbaar kunnen zijn.

1. Definities en interpretatie: acquiring

Ik heb in de Memorie van Toelichting geen bespiegeling kunnen ontdekken over de brede reikwijdte van het nieuw ingevoegde begrip acquiring, in het Nederlands vertaald als: acceptatie van betaaltransacties:

„acceptatie van betalingstransacties”: een door een betalingsdienstaanbieder verleende betalingsdienst waarbij met een begunstigde een overeenkomst wordt gesloten voor de acceptatie en de verwerking van betalingstransacties, waardoor een geldovermaking naar de begunstigde ontstaat;

Overweging (10) in de richtlijn licht toe dat er een neutrale definitie is gekozen voor dit begrip om ook bedrijfsmodellen te omvatten waarbij meer dan een accepteerder betrokken is. Tegelijk wordt een beperkende nuance aangebracht dat niet altijd sprake is van een betaaltransactie en dan ook niet van acceptatie van betalingstransacties.

Juist waar een nieuwe definitie met mogelijk grote reikwijdte ingevoerd wordt, lijkt het mij nuttig dat in de wets c.q. memorie van toelichting wordt geschetst hoe hiermee omgegaan wordt. Praktisch is met name van belang dat de wetgever en toezichthouder erkennen en expliciteren dat het niet de bedoeling is om in situaties van schuldsubsstitutie of ketenverkoop van het feitelijk juridische construct te abstraheren om te betogen dat toch sprake zou zijn van acceptatie van betalingstransacties.

Voorbeeld. Als ik bij Amazon een mooi historisch boek koop, dat Amazon zelf inkoopt bij Centraal Boekhuis, die het op haar beurt koopt van uitgeverij Boom dan kan sprake zijn een ketenverkoop. In het verlengde van mijn koopopdracht, wisselt het boek telkens van eigenaar waarna Amazon mij het verkoopt. Ik koop in die situatie het boek van Amazon en met die betaling aan Amazon is de PSD2-kous af.

Het geeft geen pas om dan als toezichthouder/regelgever door die ketenverkoop heen te kijken met de redenering dat er eigenlijk sprake is van een betaling aan Boom, waarbij Amazon dan fungeert als payment service provider die betaaltransacties faciliteert voor zowel Centraal Boekhuis als Boom. Bij zo 'n redenering, die in verschillende marktsegmenten overigens al opgeld begint te doen bij diverse toezichthouders in Europa, zou de klant opeens niet meer aan Amazon betalen, maar aan Boom, die dan zelf weer een payment service provider wordt omdat gelden doorbetaald moeten worden aan Boekhuis en Amazon.

2. Definities – betaaltransactie– betaaldiensten als bedrijfsactiviteit

Het is helder dat in de werkgroepen besloten is dat elke betaaldienst die bedrijfsmatig wordt uitgevoerd onder de scope van de PSD2 gaat vallen. Eerder uitzonderingen waarin betaaldiensten als bij-activiteit onder uitzonderingen vallen lijken daarmee ten einde.

Genoemde keuze draagt goed bij aan een level playing field voor aanbieders van betaaldiensten en is daarmee begrijpelijk. Het vergt echter wel dat ook met meer aandacht wordt gekeken naar de definitie van een betaaltransactie en het onderscheid met een reguliere kooptransactie (bijvoorbeeld op rekening bij winkelier) in het oog wordt gehouden.

Van belang is hierbij met name dat bij een betaaltransactie door de klant een handeling wordt geïnitieerd waarvan het intrinsieke doel en kenmerk is dat geldmiddelen in beweging komen, al dan niet vanaf een bijpassende betaalrekening. Dat blijkt ook uit de relevante definities:

Een betalingstransactie is conform de PSD2 gedefinieerd als:

“een door of voor rekening van de betaler of door de begunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden gedeponeerd, overgemaakt of opgenomen, ...”

De betaler is hierbij gedefinieerd als:

“een natuurlijke persoon of rechtspersoon die houder is van een betaalrekening en een betalingstransactie vanaf die betaalrekening toestaat, hetzij, bij ontbreken van een betaalrekening, een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een betalingsopdracht geeft”

De betalingsopdracht is gedefinieerd als:

“door een betaler of begunstigde aan zijn betalingsdientaanbieder gegeven instructie om een betalingstransactie uit te voeren”

Met nadruk wijs ik erop dat een betaaltransactie iets heel anders is dan een kooptransactie. Het opstapelen van aankopen in een digitaal winkelmandje is voor het betaalproces of de toezichhouder irrelevant. Als twee partijen met elkaar afspreken om een zekere transactie aan te doen en daar een prijs voor te rekenen, dan begint de PSD(2) pas bij de uitvoering van de betaling, conform de overeengekomen betaalmethode. Ook hier is mijn suggestie dat de regelgever in de Memorie van Toelichting heel nadrukkelijk toelicht dat het niet de bedoeling is om het toezicht op reguliere basis uit te strekken tot het inhoud of inrichting van het koopproces dat zich tussen klant en bedrijf afspeelt.

De reden om deze suggestie te doen is dat in de praktijk van het toezicht het onderscheid niet altijd even sterk wordt gemaakt. Waar het voor bestellen en betalen op Internet meestal nog wel duidelijk is dat je de bestelknop niet moet verwarren met een betaalknop, geldt dat door toezichthouders hetzelfde gedaan zou moeten worden bij het verschil tussen een bestelkaart (bij de gamma, praxis, hema etc, waarmee je bestellingen doet) of een betaalkaart (bij je bank, waarmee je geldopdrachten geeft). Of het verschil tussen een bestel- en betaalapplicatie op de telefoon.

Te vaak wordt, door de verschijningsvorm van de applicatie, van de feitelijke juridische situatie (koop versus betaling) geabstraheerd en geconcludeerd dat sprake is van een betaalprodukt dat onder de PSD(2) valt. We komen dan in een onzalig kwadrant waarin door toezichthouders geconcludeerd zou worden dat de verschillende aankopen in mijn digitale boodschappenmandje eigenlijk allemaal als deelbetalingen gezien moeten worden. Dat lijkt me geen goede zaak. Juist in de steeds diverser worden digitale toekomst is het zaak om heel scherp, strak en beperkt om te gaan met de definities uit de PSD2, omdat anders ten onrechte een olievlekwerking naar het private koopdomein ontstaat.

3. Reikwijdte en scope van betaaldiensten

Onder PSD1 was het al de bedoeling, zie de Memorie van Toelichting, dat betaaldienstaanbieders gewoon betaalrekeningen kunnen aanbieden. Alleen al de definities van diensten (denk aan die van remittances, die impliceert dat betaaldiensten met of zonder rekening kunnen geschieden, zie ook de definities hierboven).

In de praktijk is sprake van een veel engere toepassing van de PSD, waardoor innovatie wordt belemmerd. De gangbare opvatting lijkt te zijn dat het niet toegestaan is aan PSPs met een reguliere vergunning voor dienst 3, om de uit te voeren transacties over een rekening van de klant te laten lopen en die klant ook een expliciete rekening aan te laten houden. Aanbieders die dat willen wordt gesuggereerd dat sprake moet zijn van een elektronisch geld produkt. En aanbieders die diensten 1) en 2) aanbieden mogen, zover ik begrijp, wel saldi en rekeningen aanhouden, maar alleen als de bestemming van het geld al bekend is. Dat lijkt me contrair aan het principe en de kern van een betaalrekening, te weten een liquide saldo aanhouden voor betalingen die in precieze hoogte en omvang nog niet bekend zijn.

In de juridische literatuur is in 2009 opgemerkt dat het mogelijk moet zijn om betaalrekening aan te bieden, waar de gelden niet kwalificeren als deposito, maar gewoon als een standaard betaalrekening kunnen worden aangehouden. Dit sluit aan bij de visie achter de PSD(2) en ik raad het Ministerie te expliciteren dat dit het regulier aanbieden van betaalrekeningen met onbestemd saldo, ook de bedoeling en mogelijkheid van de PSD(2) is, opdat daarmee ook voor de toezichthouder helder is hoe de wet geïnterpreteerd kan worden.

4. Bemiddelingsregels in Nederland van toepassing op access to the account

In Nederland zijn vrij strikte regels van toepassing voor bemiddeling. Als we die toepassen op de betaalinitiatiediensten dan ontstaat een samenloop waarover in de Memorie van Toelichting niets te vinden is. Mijn inziens zouden betaalinitiatiediensten een aparte vergunning vragen als bemiddelaar (of ontheffing) juist ook ter bescherming van de rechten van de klant. Het zou wenselijk zijn om hier verder aandacht aan te besteden.

5. Contract voor toegang tot de account

Onder de geldende toezichtregels is ondenkbaar dat een partij een vergunning kan krijgen zonder de eigen contractadministratie op orde te hebben. DNB heeft veel tijd en energie besteed aan de systematische integriteitsanalyse en het kan niet zo zijn dat een enkele bepaling in de PSD2 over het niet per sé nodig zijn van een contract voor een PISP tot gevolg heeft dat tussen financiële instellingen in het geheel geen contract nodig zou zijn. Het zou wenselijk zijn als het Ministerie dit ook expliciteert.

Met vriendelijke groet

Simon Lelieveldt
Digitaal gestuurd.