

De hoofdactiviteit van betaaldienstverleners

De Nederlandse wetgeving over betaaldiensten is gebaseerd op de EU Richtlijn Betaaldiensten, die in het Engels als Payment Services Directive door het leven gaat. In de praktijk wordt de richtlijn meestal als de PSD aangeduid.

De PSD is een aanvulling op het initiatief van de Europese bankensector voor de Single Euro Payment Area (SEPA). In het kader van SEPA hebben (een groot aantal) Europese banken standaarden opgesteld voor het grensoverschrijdende betalingsverkeer in de EU op het gebied van betalingen in Euro via overboekingen, automatische incasso, betaalpassen en credit cards. Het wettelijk kader voor SEPA wordt gevormd door de PSD.

PSD

De PSD bepaalt dat betaaldienstverleners een vergunning nodig hebben. Die vergunning kan alleen verleend worden in de EU lidstaat, waar de betaaldienstverlener statutair is gevestigd. Heeft een betaaldienstverlener eenmaal een vergunning in die EU lidstaat, dan kan de betaaldienstverlener zijn diensten ook in andere EU landen aanbieden (het zogenaamde Europees paspoort).

De vergunningplicht en de doorlopende verplichtingen voor betaaldienstverleners zijn voor Nederland opgenomen in de Wet op het Financieel Toezicht ("WFT"). In het Burgerlijk Wetboek ("BW") zijn de regels opgenomen die de privaatrechtelijke verhouding tussen de betaaldienstverlener en diens cliënten regelt.

Scope PSD

De PSD is alleen van toepassing op betaaldiensten die in de EU worden uitgevoerd. Het BW deel is echter alleen van toepassing op betalingen in Euro of in de valuta van een EU lidstaat die niet aan de Euro meedoet. Een betaling in dollars uitgevoerd binnen de EU valt dus niet onder het BW en een betaling in ponden wél. Een betaling in Euro uitgevoerd buiten de EU valt dus weer niet onder het BW.

Verder zijn de BW bepalingen alleen van toepassing als zowel de betaaldienstverlener van de betaler als die van de begunstigde binnen de EU is gevestigd.

Hoofdactiviteit

De PSD zelf stamt uit 2007 en de implementatie ervan in

de Nederlandse wetgeving heeft plaatsgevonden per 1 november 2009. Het gaat dus om relatief jonge wetgeving en bij jonge wetgeving leert de ervaring dat vaak niet alle teksten meteen ondubbelzinnig duidelijk zijn en dat het meestal geruime tijd duurt voordat er beleidslijnen door de toezichthouder zijn ontwikkeld en er voldoende richtinggevende rechtspraak is.

Het bovenstaande geldt ook voor de PSD. Zo is bijvoorbeeld de omschrijving van het begrip betaaldiensten niet erg scherp en bestaan in de praktijk nog veel vragen over de precieze reikwijdte daarvan. Uiteraard is het voor ondernemingen van groot belang om die precieze reikwijdte te kennen, omdat die reikwijdte bepalend is voor de vraag of de onderneming al dan niet een vergunning nodig heeft. Naar verwachting zal het echter nog wel enige tijd duren voordat hier duidelijkheid over is verkregen.

Een ander heet hangijzer in dit verband is het feit dat de PSD van toepassing is op ondernemingen, waarvan de "hoofdactiviteit" bestaat uit het aanbieden van betaaldiensten. De vraag is wat precies onder het begrip hoofdactiviteit moet worden verstaan.

Het is bijvoorbeeld de vraag welke maatstaf moet worden gebruikt bij het vaststellen van de hoofdactiviteit van een onderneming. Gaat het om de hoogte van de omzet of om het aantal werknemers dat zich met een bepaalde activiteit bezighoudt of zijn er nog andere criteria? Stel dat een onderneming zich niet met financiële diensten maar bijvoorbeeld met autoverkoop bezighoudt en daarnaast op beperkte schaal met betaaldiensten. Is dan nog wel sprake van één onderneming of is er sprake van een onderneming die zich bezighoudt met autoverkoop en een aparte



onderneming die zich met betaaldiensten bezighoudt, waarbij die laatste dus een PSD vergunning nodig heeft?

De PSD geeft op bovenstaande vragen geen antwoord.

Wel is in de PSD bepaald dat handelsagenten die – kort gezegd – namens hun principaal producten verkopen en vervolgens de koopprijs bij de klant innen en deze overboeken naar hun principaal op zodanige wijze dat sprake is van een betaaldienst, toch buiten de PSD vallen. De reden daarvan is dat de hoofdactiviteit van de handelsagent bestaat uit het afsluiten van orders en diens bemoeienis bij de betaaldienst daaraan ondergeschikt is.

Een andere in de PSD genoemde casus is die van – bijvoorbeeld – de aanbieder van mobiele telefonie die middelen ter beschikking stelt voor de aankoop van ringtones, muziek of digitale kranten. De inhoud van die goederen of diensten kan worden geproduceerd door een derde, waarbij de aanbieder van de mobiele telefonie daar intrinsieke waarde aan kan toevoegen in de vorm van toegang, distributie of zoekmogelijkheden. Aangezien de activiteiten van de aanbieder van de mobiele telefonie meer omvatten dan alleen een betalingstransactie valt deze buiten de PSD.

De PSD bevat geen andere categorieën van bedrijven die betaaldiensten verrichten en toch niet onder de PSD vallen, omdat die betaaldiensten niet hun hoofdactiviteit zijn. De vraag die daarbij rijst is of de PSD met de twee hiervoor genoemde uitzonderingen uitputtend heeft willen regelen wanneer de hoofdactiviteit van een onderneming niet bestaat uit betaaldiensten en dus de PSD niet van toepassing is of dat de twee bedoelde uitzonderingen slechts voorbeelden zijn en dat ook andere uitzonderingen mogelijk zijn.

Hoe zit het bijvoorbeeld met banken? Bij banken zal het zeker niet altijd zo zijn dat betaaldiensten de hoofdactiviteit vormen. Bij bijvoorbeeld spaarbanken zal de hoofdactiviteit veelal niet bestaan uit betaaldiensten, maar uit het aanbieden van spaarrekeningen. Vaak is het echter wel

mogelijk om van een tegenrekening bij de spaarbank girale betalingen te doen. Zou zo'n bank dan buiten de PSD vallen? Naar de letterlijke tekst van de PSD zou het antwoord bevestigend moeten luiden, maar de vraag is of dat niet wat te ver gaat.

Hoe zit het verder met bijvoorbeeld een leasemaatschappij, die auto's least aan bedrijven en bij wijze van nevendienst aan die bedrijven ook bepaalde betaaldiensten aanbiedt. Te denken valt aan het innen en overboeken van de (variabele) eigen bijdrage van de werknemers van die bedrijven of het verzorgen van het betalingsverkeer terzake van brandstof. Stel daarbij dat het leasen in termen van omzet, tijdsbeslag en winst vele malen belangrijker is dan het betalingsverkeer. Heeft de leasemaatschappij dan toch een PSD vergunning nodig?

Het toezicht onder de PSD berust primair bij De Nederlandsche Bank. Tot op heden heeft De Nederlandsche Bank echter nog geen specifiek beleid ter zake van deze kwestie ontwikkeld. Hopelijk gaat dit op korte termijn wel gebeuren en komt aan de hier geschetste onzekerheden een einde.



JELLE TIMMENGA

Advocaat

T +31 20 3016 422

E jelle.timmenga@cms-dsb.com