

Voorwoord

Betalen is al lang niet meer het uitsluitende domein van banken. Het huidige betaallandschap kenmerkt zich door een variëteit aan betaaldienstverleners en betaaldiensten. Met de introductie van de Europese Richtlijn betaaldiensten (PSD) is een vergunningplicht voor niet-bancaire betaaldienstverleners geïntroduceerd. Nadien zijn er nieuwe innovatieve betaaldiensten ontstaan, waaronder betaalinitiatie- en rekeninginformatiediensten. Met de herziene Richtlijn betaaldiensten (PSD2) zijn ook deze diensten onder toezicht gebracht. De ontwikkelingen in het betalingsverkeer en het toezicht daarop vormden een mooie aanleiding voor een boek.

PSD2 is met ongeveer een jaar vertraging op 19 februari 2019 in de Nederlandse wetgeving ingevoerd. Ik heb daardoor gelukkig meer schrijftijd gehad. Een boek over toezicht op innovatieve betaaldiensten is echter nooit af. De ontwikkelingen op technologisch gebied gaan razendsnel en ook de wetgever en toezichthouders zitten bepaald niet stil. Voor het uitbrengen van een boek moet er echter een streep in het zand worden getrokken en dat is 1 juni 2019 geworden. Met latere ontwikkelingen is in dit boek geen rekening gehouden.

Het boek geeft een overzicht van de belangrijkste (nieuwe) publiekrechtelijke en civielrechtelijke regels die van toepassing zijn op (aanbieders van) innovatieve betaaldiensten. Het beoogt een gids voor de praktijk te zijn, niet alleen voor betaaldienstverleners, maar ook bijvoorbeeld voor (juridische) adviseurs van ondernemingen die in het betaallandschap actief zijn of willen worden.

Voor hun aanhoudende geduld bedank ik Miranda, Sjoerd, Annemijn en Pieter. Ik bedank daarnaast mijn kantoorgenoot Jelmer Baukema, die het hoofdstuk over Bitcoin en andere virtuele valuta heeft verzorgd. Mijn dank gaat verder uit naar Tom Bosch van Rosenthal, die als student-assistent nuttig onderzoek heeft verricht.

Arno Voerman
Advocaat bij Van Doorne N.V.

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Inleiding – innovaties in het betalingsverkeer

Betalen krijgt tegenwoordig veel media-aandacht. De kranten en online media schrijven uitgebreid over allerlei ontwikkelingen in het betalingsverkeer. Betalen is daarmee zeker in deze eeuw uit de kelders van de banken gekomen en heeft het stoffige imago van zich afgeworpen. Technologische ontwikkelingen dragen daaraan bij. Door het internet, de mogelijkheid van mobiel dataverkeer, steeds meer geavanceerde smartphones, en nu ook blockchain-technologie zijn er nieuwe diensten en nieuwe spelers gekomen. Diensten die betalen makkelijker maken, bijvoorbeeld contactloos of mobiel betalen, mobiele wallets, maar ook de introductie van realtime betalen (de *instant payment*). De nieuwe spelers zijn overal te vinden. Het gaat om technische serviceproviders die diensten aan betaaldienstverleners leveren, internetbanken, telecombedrijven en natuurlijk ook FinTech- en BigTechbedrijven die betaalproducten ontwikkelen.

De nieuwe diensten en spelers brengen naast betaalgemak ook complexiteit en nieuwe risico's met zich. Nieuwe authenticatiemiddelen, zoals een vingerafdruk of gezichtsherkenning, zijn mogelijk te hacken. Nieuwe spelers leiden tot nieuwe schakels in de betaalketen met allerlei veiligheidsrisico's van dien. Voor de kernwaarden van het betalingsverkeer,⁵ veiligheid, betrouwbaarheid en efficiency, zijn dat allemaal (forse) uitdagingen.

Voor de wetgever is het een uitdaging de technologische ontwikkelingen bij te houden. Wetgevingstrajecten, en zeker Europese wetgevingstrajecten, zijn traag. Het voorstel voor de Herzene Richtlijn betaaldiensten (PSD2),⁶ de aanleiding voor dit boek, dateert bijvoorbeeld al van 2013. De richtlijn is op 25 november 2015 vastgesteld en implementatie in de nationale wetgevingen moest uiterlijk 13 januari 2018 plaatsvinden, waarbij bepaalde technische normen pas in de tweede helft van 2019 in werking treden. In Nederland is PSD2 op 19 februari 2019 (grotendeels) in werking getreden.⁷ Het hele traject van richtlijnvoorstel tot nationaal recht nam

5. Zie bijv. <https://www.dnb.nl/betalingsverkeer/>.

6. 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) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG.

7. Bepaalde onderdelen treden met ingang van 14 september 2019 in werking. Zie Besluit van 8 februari 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten en het Implementatiebesluit herziene richtlijn betaaldiensten, *Stb.* 2019, 60; Zie ook Besluit van 5 maart 2019 tot wijziging van het Besluit van 8 februari 2019 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten en het Implementatiebesluit herziene richtlijn betaaldiensten (*Stb.* 2019, 60) en tot vaststelling van

dus, althans in Nederland, ongeveer zes jaar in beslag. Vanzelfsprekend heeft de techniek in de tussentijd niet stilgestaan. Sterker, de ontwikkelingen gaan razend-snel, met daarbij een steeds grotere aandacht voor de blockchain-technologie. Dit boek gaat over innovaties in het betalingsverkeer en dat in het licht van PSD2. Er wordt onder meer stilgestaan bij de kwalificatie van nieuwe betaaldiensten en nieuwe spelers. Zo komen de betaalinitiatie- en rekeninginformatiediensten en de aanbieders daarvan uitgebreid aan bod. Ook wordt ingegaan op de nieuwe eisen voor versterkte klantauthenticatie (*strong customer authentication*). Aandacht wordt ook besteed aan elektronisch geld, mobiel betalen, bitcoin, blockchain en (in beperkte mate) aan de privacy-aspecten van betaaldienstverlening. Niet is overigens beoogd de gehele PSD2 te beschrijven. Veel uit PSD2 komt namelijk rechtstreeks uit de PSD.⁸ Voor die onderdelen wordt verwezen naar andere literatuur.⁹ De mogelijke handhavingacties van de toezichhouders worden ook niet besproken.

Hierna worden ten eerste de basiselementen van giraal betalen besproken. Giraal betalen vormt namelijk nog steeds de *back-bone* van het betalingsverkeer.

1.2 Betalen – basiselementen

In het privaatrecht ziet betalen ten eerste op het voldoen van een schuld. Het hoeft daarbij niet om de voldoening van een geldsom te gaan. Wel kent het Burgerlijk Wetboek in Boek 6 speciale artikelen voor de voldoening van verbintenissen tot betaling van een geldsom. Zo is bepaald dat het geld dat ter voldoening van de verbintenis wordt betaald, op het tijdstip van de betaling gangbaar moet zijn in het land in welks geld de betaling geschiedt.¹⁰ Er moet dus sprake zijn van gangbaar geld, wat in de laatste instantie zal worden bepaald door maatschappelijke opvattingen.¹¹ Ook is betaling met een girale betaling mogelijk (dat zijn betalingen tussen betaalrekeningen). De betaling geschiedt dan op het tijdstip waarop de rekening van de schuldeiser wordt gecrediteerd.¹²

Daarnaast kent de Wft, maar ook het BW in Boek 7, de betaaltransactie. Dit is gedefinieerd als een door de betaler of de begunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden (i) gedeponneerd, (ii) overgemaakt of (iii) opgenomen, ongeacht

-
- het tijdstip van inwerkingtreding van artikel III, onderdeel J, van de Implementatiewet herziene richtlijn betaaldiensten, *Stb.* 2019, 114.
8. Richtlijn 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 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.
 9. Zie R.E. van Esch, *Giraal betalingsverkeer/Elektronisch betalingsverkeer*, 3e druk, Deventer: Kluwer 2011 (Van Esch 2011), alsook: W.A.K. Rank, *Geld, geldschuld en betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996; G. van Empel & J.B. Huizink, *Betaling, waardepapier en documentair krediet*, Deventer: Kluwer 1997; R.E. van Esch, *Pecunia electronica non olet* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001; B. Bierens, *Revindicatoire aanspraken op geld* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2009; J.D. Mathis, ‘Het Europees “Betaalpakket” – Gevolgen voor de interne markt en het betalingsverkeer in Nederland’, *NIEr* 2015, afl. 4, p. 99-110; R.E. van Esch, *De financiële dienstverlener online*, Deventer: Kluwer 2016; F.H.J. Mijnsen, *Verbintenis tot betaling van een geldsom*, Deventer: Kluwer 2017 en L.J. Silverentand & F.W.J. van der Eerden (red.), *Hoofdilijnen Wft*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.
 10. Art. 6:112 BW.
 11. Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, p. 459.
 12. Art. 6:114 lid 2 BW.

of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de begunstigde zijn.¹³ De betaaltransactie ziet dus – samengevat – op de verschuiving van geldmiddelen, waarbij niet van belang is of die verschuiving is gericht op de voldoening van een schuld. Een betaaltransactie is dus vooral een feitelijke handeling met geldmiddelen. Daarbij zijn geldmiddelen ook in de wet gedefinieerd. Het betreft chartaal, giraal geld en elektronisch geld.¹⁴

Het overmaken van geldmiddelen (*transfer of funds*) kent twee varianten. Het betreft ten eerste het al genoemde giraal betalen (tussen betaalrekeningen). De andere variant betreft geldtransfers (*money remittance*).

Giraal betalen kent twee hoofdverschijningsvormen. De eerste is de overmaking (de *credit transfer*).¹⁵ Dit betreft het crediteren van de betaalrekening van een begunstigde met een betaaltransactie of een reeks betaaltransacties van een betaalrekening van een betaler door de betaaldienstverlener die de betaalrekening van de betaler beheert, op basis van een door de betaler gegeven instructie. Wordt de overmaking door de begunstigde geïnitieerd, dan betreft het een automatische afschrijving (een *direct debit*).¹⁶ Dit betreft een debitering van de betaalrekening van een betaler, waarbij een betaaltransactie wordt geïnitieerd door de begunstigde op basis van een door de betaler aan de begunstigde, of aan de betaaldienstverlener van de begunstigde dan wel aan de betaaldienstverlener van de betaler verleende instemming.

Geldtransfers, de tweede variant van het overmaken van geld, betreft een dienst waarbij, zonder dat een betaalrekening op naam van de betaler of de begunstigde wordt geopend, van een betaler geldmiddelen worden ontvangen met als enig doel het daarmee corresponderende bedrag over te maken aan een begunstigde of aan een andere, voor rekening van de begunstigde handelende betaaldienstverlener en/of waarbij de geldmiddelen voor rekening van de begunstigde worden ontvangen en aan de begunstigde beschikbaar worden gesteld.¹⁷

Deze korte uiteenzetting maakt duidelijk dat bij betalen meestal vier partijen betrokken zijn: de betaler, de begunstigde, de betaaldienstverlener van de betaler en de betaaldienstverlener van de begunstigde. Bij giraal betalen vinden betalingen plaats tussen betaalrekeningen die bij dezelfde of verschillende betaaldienstverlener(s) worden aangehouden. Initiatie vindt plaats ofwel op instructie van de betaler ofwel op instructie van de begunstigde, waarbij in het laatste geval er wel instemming van de betaler moet zijn. Bij geldtransfers zijn in feite ook dezelfde partijen te onderscheiden, maar de betaaldienstverlener kan ook natuurlijk één en dezelfde partij zijn. Bij girale betalingen kan dit overigens natuurlijk ook als de betaler en begunstigde bij dezelfde betaaldienstverlener hun betaalrekeningen aanhouden.

Bij de verdere lezing van dit boek is het goed, als gezegd, de basiselementen van het giraal betalen steeds in het achterhoofd te houden. Door technologische inno-

13. Art. 1:1 Wft en art. 7:514 sub k BW.

14. Art. 1:1 Wft en art. 7:514 sub n BW.

15. Art. 4 sub 24 PSD2; art. 7:514 sub aa BW.

16. Art. 7:514 sub b BW.

17. Art. 4 sub 22 PSD2.

vatie zijn er in het betalingsverkeer weliswaar steeds meer partijen bij gekomen die in de betaalketen een rol vervullen, maar in de kern vormen betalingen tussen betaalrekeningen nog steeds het fundament van ons betalingsverkeer. De *credit-card*-betaling illustreert dit. Acceptatie van een *creditcard* als betaalmiddel leidt namelijk tot drie betalingen tussen betaalrekeningen. De begunstigde ontvangt een girale betaling van zijn betaaldienstverlener. Deze betaaldienstverlener ontvangt een girale betaling (via de *card scheme*) van de uitgever van de card. Deze uitgever zal (bijvoorbeeld op maandelijkse basis) een girale betaling van de betaler ontvangen. Aan een betaling met elektronisch geld liggen in beginsel twee girale betalingen ten grondslag. De betaler ‘koopt’ elektronisch geld (hoewel dat ook natuurlijk met chartaal geld kan). De uitgever van het ‘elektronisch geld’ zal de begunstigde met een girale betaling uitbetalen. Wanneer een zogenoemde collecting PSP door een begunstigde wordt ingeschakeld voor e-commerce transacties, vormen girale betalingen in de regel ook weer de basis. Er vindt ten eerste een girale betaling plaats naar de rekening van de collecting PSP (of een door deze aangewezen derde), waarna – met bulkbetalingen – de begunstigde wordt betaald. Ook bij mobiel betalen gaat het op de achtergrond meestal om girale betalingen. De mobiele telefoon wordt in die gevallen als instrument gebruikt om betalingen te initiëren, waarmee overigens niet gezegd is dat de mobiele telefoon ook meteen een betaalinstrument in de zin van de Wft is (zie daarover verder hoofdstuk 6).

De genoemde basiselementen zijn ook van belang om de (achtergrond van de) Richtlijn Betaaldiensten (de PSD),¹⁸ de Herzene Richtlijn betaaldiensten (PSD2) en daarop gebaseerde nationale wetgeving beter te kunnen begrijpen. De PSD is namelijk gebaseerd op de toen (in 2007) bestaande concepten als het storten en opnemen van contant geld en het overmaken van geld (zowel giraal als middels geldtransfers). PSD2 laat deze structuur intact. Weliswaar introduceert PSD2 nieuwe betaaldienstverleners, maar voor de dienstverlening van deze partijen vormen betaalrekeningen en girale betalingen nog steeds het fundament. Van belang hierbij is dat PSD2 overigens geen rekening houdt met nieuwe vormen van betalen en nieuwe betaalinfrastructuren (zoals bitcoin respectievelijk de blockchain-technologie) waarover meer in hoofdstuk 7 van dit boek.

18. Richtlijn 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 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG.

Hoofdstuk 2

Wettelijk kader en het toezicht op PSPs

2.1 PSD – algemeen

De PSD is in 2007 vastgesteld. De richtlijn voorziet, kort gezegd, in de harmonisering van de interne Europese markt voor betaaldiensten. Harmonisering geschiedde op twee onderdelen. Ten eerste is de markttoegang voor betaaldienstverleners geregeld door middel van de introductie van een vergunningplicht voor betaaldienstverleners. Ten tweede voorziet de PSD in regels die betrekking hebben op de relatie tussen de betaaldienstverlener en de betaaldienstgebruiker.

In Nederland is de PSD in 2009 in de Wft (en daarop gebaseerde lagere regelgeving, zoals het Bpr Wft en Bgfo Wft) en het BW geïmplementeerd.¹⁹ Het verlenen van betaaldiensten is toen een gereguleerde activiteit geworden. Een nieuwe categorie vergunninghouders werd geïntroduceerd, namelijk de betaalinstellingen. Volgens het register van DNB waren er medio maart 2019 zevenendertig Nederlandse betaalinstellingen. Daarnaast waren er op dat moment achtenveertig Nederlandse betaaldienstverleners op basis van een vrijstelling actief.

De betaaldiensten zijn beschreven in de bijlage bij de PSD. Het gaat daarbij onder meer om het aanbieden van betaalrekeningen, het uitvoeren van betaalopdrachten en geldtransfers. Wanneer in de uitoefening van een beroep of bedrijf betaaldiensten worden verleend, is in beginsel een vergunning als betaalinstanting vereist. Er zijn echter uitzonderingen. Zo hebben banken geen aparte vergunning als betaalinstanting nodig. Ook bepaalde vormen van dienstverlening zijn uitgezonderd. Het gaat dan bijvoorbeeld om ondernemingen die technische diensten aan banken en/of betaalinstellingen verlenen. Voorwaarde is dan wel dat zij op geen enkel moment in het bezit komen van of controle hebben over cliëntgelden.

De PSD voorziet verder in eisen voor de informatie die betaaldienstverleners aan hun cliënten moeten verschaffen. Ook bevat het regels met betrekking tot de rechten en plichten van gebruikers van betaaldiensten.

2.2 PSD2

Sinds de totstandkoming van de PSD is er op technologisch vlak veel gebeurd. Denk bijvoorbeeld aan de opkomst van mobiel betalen en betaalapps. FinTech-ondernemingen

19. Wijziging van de Wet op het financieel toezicht, het Burgerlijk Wetboek en de Wet inzake geldtransactiekantoren en intrekking van de Wet op het grensoverschrijdend betalingsverkeer ter implementatie van Richtlijn nr. 2007/64/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende betalingsdiensten in de interne markt en tot wijziging van de Richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van Richtlijn 97/5/EG (*PbEU* 2009, L 319), kamerstuk: 31 892.

mingen introduceerden diensten zoals ‘payment initiation’ en ‘account information’. Onder de PSD waren beide diensten echter niet gereguleerd. Onder meer om ervoor te zorgen dat bestaande en nieuwe spelers onder gelijke voorwaarden hun activiteiten kunnen verrichten, achtte de Europese Commissie modernisering van de PSD noodzakelijk. In de snelle toename van elektronisch en mobiel betalen zag de Europese Commissie verder aanleiding zwaardere veiligheidseisen voor het betalingsverkeer te introduceren.²⁰

In de overwegingen van PSD2 wordt erop gewezen dat zich in de markt van de retailbetalingen significante technische innovaties hebben voorgedaan, met een snelle toename van het aantal elektronische en mobiele betalingen en de opkomst van nieuwe soorten betaaldiensten op de markt, waardoor het huidige kader onder druk is komen te staan. Deze ontwikkelingen stellen de wet- en regelgeving voor significante uitdagingen, aldus overweging 4 PSD2. Ook wordt genoemd dat talrijke innoverende betaalproducten of -diensten, volledig of grotendeels, buiten het toepassingsgebied van de PSD vallen. Daarnaast is in een aantal gevallen ook gebleken dat het toepassingsgebied van de PSD en met name de uitsluiting daarvan van een aantal elementen, zoals bepaalde betalingsgerelateerde activiteiten, te vaag, te algemeen of, gelet op de evolutie van de markt, achterhaald was.

Volgens overweging 4 PSD2 heeft een en ander geleid tot rechtsonzekerheid, potentiële veiligheidsrisico's in de betaalketen en een gebrek aan consumentenbescherming op sommige gebieden. Daarnaast wordt genoemd dat is gebleken dat het moeilijk is voor betaaldienstverleners innoverende, veilige en gebruiksvriendelijke digitale betaaldiensten ingang te doen vinden en in de Europese Unie doeltreffende, handige en veilige betaalmethoden aan consumenten en detailhandelaren aan te bieden.

Met PSD2 zijn daarom nieuwe voorschriften vastgesteld om de leemten in de regelgeving te dichten en tegelijkertijd de juridische duidelijkheid te vergroten en overall in de EU een consistente toepassing van het wetgevingsraamwerk te garanderen. Het doel hiervan is dat bestaande en nieuwe spelers op de markt de garantie hebben dat zij onder gelijke voorwaarden hun activiteiten kunnen ontplooiën, zodat nieuwe betaalmiddelen makkelijker een grotere markt bereiken en er in de hele EU bij het gebruik van deze betaaldiensten een hoog niveau van consumentenbescherming wordt gegarandeerd. Dit moet leiden tot efficiëntieverbeteringen in het betalingssysteem in zijn geheel en tot een ruimere keuze en meer transparantie op het gebied van betaaldiensten, en moet tegelijk het vertrouwen van consumenten in een geharmoniseerde betaalmarkt versterken.²¹

In de overwegingen wordt ook geconstateerd dat de afgelopen jaren de veiligheidsrisico's verbonden aan elektronische betalingen zijn toegenomen als gevolg van de groeiende technische complexiteit van elektronische betalingen, de wereldwijd steeds grotere volumes aan elektronische betalingen en de nieuwe soorten betaaldiensten. Veilige en zekere betaaldiensten zijn een absolute voorwaarde voor een

20. Zie onder meer overwegingen 3 t/m 7 PSD2.

21. Overweging 6 PSD2.

goed functionerende markt voor betaaldiensten. Om te zorgen dat de gebruikers van die diensten voldoende tegen deze risico's beschermd worden, introduceert PSD2 ook nieuwe eisen ten aanzien van veiligheid.²²

PSD2 brengt verder meer betaaldienstverlening onder toezicht. De reikwijdte van de PSD wordt ten eerste uitgebreid door de bepalingen over (i) de transparantie- en informatievereisten en (ii) de rechten en verplichtingen van betaaldienstgebruikers – enkele uitzonderingen daargelaten – ook te laten gelden voor transacties waarbij een van de betaaldienstverleners zich buiten de EER bevindt (de 'one-leg transactions'). Ook zijn de desbetreffende bepalingen gaan gelden voor transacties in alle officiële valuta's, wederom enkele uitzonderingen daargelaten, wanneer de betrokken betaaldienstverleners zich in de EER bevinden. De reikwijdte van de PSD wordt ten tweede vergroot door bepaalde uitzonderingen aan te scherpen. De aanscherpingen komen in hoofdstuk 4 aan bod.

Implementatie van PSD2 heeft in Nederland plaatsgevonden door aanpassingen in de Wft (en daarop gebaseerde lagere regelgeving), het BW en een aantal andere wetten.

2.3 Level 2-wetgeving – uitvoeringsvoorschriften

2.3.1 Inleiding

De PSD2 kent aan de EBA de bevoegdheid toe uitvoeringsvoorschriften op te stellen dan wel voor te bereiden. Dit wordt Level 2-wetgeving genoemd. De PSD2 zelf betreft Level 1-wetgeving. Onder de uitvoeringsvoorschriften vallen *Regulatory Technical Standards* (RTS), *Implementing Technical Standards* (ITS) en richtsnoeren (guidelines). Het gaat om het volgende (zie ook bijlage 1 voor de volledige referenties):²³

RTS:

- RTS on the EBA register under PSD2;
- RTS on home-host coordination under PSD2;
- RTS on Central Contact Points under PSD2;
- RTS on Passport Notifications under PSD2;
- RTS on Strong Customer Authentication and Secure Communication under PSD2 (in dit boek gedefinieerd als GV RTS SCA), van kracht per 14 september 2019.

RTS en ITS:

- RTS & ITS on the EBA register under PSD2.

Richtsnoeren:

- Guidelines on Professional Indemnity Insurance under PSD2;
- Guidelines on Authorisation of Payment Institutions under PSD2;

22. Overweging 7 PSD2.

23. Te vinden via de websites van de EBA (<https://eba.europa.eu/regulation-and-policy/payment-services-and-electronic-money>) en DNB (<http://www.toezicht.dnb.nl/2/50-236929.jsp>).

- Guidelines on Operational & Security Measures under PSD2;
- Guidelines on Incident Reporting under PSD2;
- Guidelines on Complaints Procedures by Competent Authorities under PSD2;
- Guidelines on Fraud Reporting under PSD2.

2.3.2 RTS en ITS

De reguleringsnormen (RTS) vormen een inhoudelijke uitwerking van de PSD2-tekst en zorgen voor consistente harmonisatie van de nieuwe wetgeving tussen de verschillende landen. De uitvoeringsnormen (ITS) worden opgesteld om invulling te geven aan de wijze waarop de wetgeving moet worden uitgevoerd en zo te zorgen dat alle betrokken partijen in de lidstaten uiteindelijk op uniforme wijze voldoen aan de regelgeving en een level-playing field optimaal wordt nagestreefd. Zowel de RTS als de ITS mag geen beleid- of strategische keuzes bevatten.²⁴ De RTS en de ITS zijn verordeningen en hebben daarmee rechtstreekse werking. Implementatie in de nationale rechtstelsels is niet nodig.

2.3.3 Richtsnoeren en aanbevelingen

Met het oog op het invoeren van consistente, efficiënte en effectieve toezichtpraktijken binnen het Europees Systeem voor financieel toezicht (ESFS) en het verzekeren van de gemeenschappelijke, uniforme en consistente toepassing van het Unierecht heeft de EBA ook de bevoegdheid richtsnoeren en aanbevelingen tot bevoegde autoriteiten of financiële instellingen uit te vaardigen.²⁵ Bevoegde autoriteiten zijn (kort gezegd) de nationale toezichthouders. Financiële instellingen zijn kredietinstellingen, beleggingsondernemingen en financiële conglomeraten.

Richtsnoeren en aanbevelingen van de EBA moeten worden nageleefd. Bevoegde autoriteiten en financiële instellingen moeten zich tot het uiterste inspannen om aan de richtsnoeren en aanbevelingen te voldoen.²⁶ Voor richtsnoeren geldt dat zij geen rechtstreekse werking hebben, maar in beginsel bindend zijn voor de nationale bevoegde autoriteit, waarbij een ‘comply-or-explain’-principe geldt.²⁷ Voor een bevoegde autoriteit geldt dat zij binnen twee maanden aan de EBA moet laten weten of zij aan de richtsnoer of de aanbeveling voldoet of voornemens is die op te volgen. Indien dat niet zo is, moet de bevoegde autoriteit dat onder opgaaf van redenen aan de EBA melden. De EBA maakt dit dan bekend. De EBA kan eveneens per geval besluiten de redenen van de bevoegde autoriteit, na voorafgaande kennisgeving, bekend te maken.²⁸

24. Art. 10 lid 1 van Verordening (EU) 1093/2010 van het Europees Parlement en de Raad van 24 november 2010 tot oprichting van een Europese toezichthoudende autoriteit (Europese Bankautoriteit), tot wijziging van Besluit 716/2009/EG en tot intrekking van Besluit 2009/78/EG van de Commissie ('EBA-verordening').

25. Art. 16 lid 1 van de EBA-verordening.

26. Art. 16 lid 3 van de EBA-verordening.

27. MvT PSD2, p. 10.

28. Zie ook art. 16 lid 3 van de EBA-verordening.

Voor financiële instellingen kan de EBA in de richtsnoer of aanbeveling ook voorschrijven dat de financiële instelling op duidelijke en gedetailleerde wijze moet melden of zij zich aan dat richtsnoer of die aanbeveling zal houden.

De EBA-verordening geeft de EBA geen sanctiemogelijkheden voor niet-naleving van de richtsnoeren of aanbevelingen. Zo bevat de EBA-verordening geen sanctieregels voor de situatie dat een bevoegde autoriteit bekend heeft gemaakt een richtsnoer of aanbeveling niet te volgen. Art. 16 lid 4 van de EBA-verordening bepaalt alleen dat de EBA in haar jaarlijks verslag aan het Europees Parlement, de Europese Raad en de Europese Commissie melding maakt van de uitgevaardigde richtsnoeren en aanbevelingen en vermeldt welke bevoegde nationale autoriteiten deze niet hebben opgevolgd, en hoe zij ervoor denkt te zorgen dat ieder van deze bevoegde autoriteiten in de toekomst haar aanbevelingen en richtsnoeren wel zal opvolgen. Ook voor de situatie dat een bevoegde autoriteit, ondanks dat zij heeft laten weten dit na te leven, in de praktijk een richtsnoer of aanbeveling niet toepast, geeft de EBA-verordening de EBA geen sanctiemogelijkheden. Met betrekking tot financiële instellingen geldt hetzelfde. Handhaving ten opzichte van financiële instellingen zal alleen kunnen plaatsvinden door een nationale toezichthouder die de betreffende richtsnoer of aanbeveling in zijn toezichtpraktijk toepast.

Met richtsnoeren laat de EBA weten welke toezichtpraktijken binnen het ESFS naar haar mening passend zijn, of hoe het EU-recht op een specifiek gebied moet worden toegepast. De EBA verwacht dan ook van alle bevoegde autoriteiten en financiële instellingen tot wie de richtsnoeren zijn gericht, dat zij hieraan voldoen door ze op passende wijze in hun toezichtpraktijk te integreren (bijvoorbeeld door hun wettelijk kader of toezichtprocessen aan te passen), ook wanneer de richtsnoeren in de eerste plaats tot financiële instellingen zijn gericht.

Vanzelfsprekend moet er voor de nationale toezichthouders in hun eigen nationale recht wel voldoende grondslag bestaan de richtsnoeren toe te passen. Richtsnoeren laten ook onverlet dat een nationale toezichthouder risico-gebaseerd toezicht uitoefent en vooral, vanuit een risico-perspectief, zal beoordelen hoe een financiële onderneming met de richtsnoeren omgaat en bepaalde afwegingen heeft gemaakt.

2.4 Overige wet- en regelgeving

Vanzelfsprekend is op betaaldienstverlening meer wet- en regelgeving van toepassing. Het gaat onder meer om de Wet ter voorkoming van witwassen en financieren van terrorisme (de Wwft) en de Sanctiewet 1977. Deze wetten komen in hoofdstuk 14 aan bod.

Ook de richtlijn betaalrekeningen (de Payment Accounts Directive ofwel PAD)²⁹ moet worden genoemd. Deze richtlijn heeft als belangrijkste doel voor consumenten de kosten voor het gebruik van betaalrekeningen transparanter te maken, overstap-

29. Richtlijn 2014/92/EU van het Europees Parlement en de Raad van 23 juli 2014 betreffende de vergelijkbaarheid van de in verband met betaalrekeningen aangerekende vergoedingen, het overstappen naar een andere betaalrekening en de toegang tot betaalrekeningen met basisfuncties.

pen naar een andere betaalrekeningaanbieder gemakkelijker te maken en de toegang tot een basisbetaalrekening te waarborgen.

Verder is er nog een aantal Europese verordeningen dat zich richt op betaaldiensten en de betaalmarkt. Het gaat onder meer om de Verordening (EU) 260/2012 tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro ofwel de SEPA-verordening.³⁰ Het doel van de SEPA-verordening is bij te dragen tot de goede werking van de Europese interne markt voor niet-contante betalingen door de oprichting van Uniebrede betaaldiensten (de SEPA *credit transfer* ofwel SCT en de SEPA *direct debit* ofwel SDD). Een andere verordening betreft de Verordening (EU) 2015/847 betreffende bij geldovermaking te voegen informatie (ofwel Wire Transfer Regulation 2). Deze verordening heeft als doel de traceerbaarheid van informatie bij geldovermakingen te verbeteren, ter ondersteuning van de voorkoming van, de opsporing van en het onderzoek naar het witwassen van geld en terrorismefinanciering. Ook Verordening (EU) 924/2009 is van belang. Deze verordening ziet op kosten van grensoverschrijdende betalingen in de Unie en valutawisselkosten.³¹ Inmiddels ligt overigens een voorstel van de Europese Commissie voor tot wijziging van deze verordening. Ten slotte noem ik Verordening (EU) 2015/751 ofwel de MIF-Verordening. Deze verordening ziet op (maximering van) afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betaaltransacties. Zie over de MIF-Verordening hoofdstuk 11.

2.5 De Nederlandse toezichthouders

Bij betaaldienstverlening is, evenals bij eigenlijk alle andere vormen van financiële dienstverlening, sprake van een lappendeken van toezicht. Er zijn vier Nederlandse toezichthouders bevoegd. Vooral bij de toezichtbevoegdheden van de AFM en de ACM was er overlap, maar de PSD2 Implementatiewet maakt hier een einde aan door de bevoegdheid toezicht te houden op betaaldienstverleners ten aanzien van gedragsvereisten in de Wet handhaving consumentenbescherming (Whc) volledig aan de AFM toe te delen. Wat betreft het toezicht op persoonsgegevens ontstond er verder een competentiestrijd tussen DNB en de AP. Zie daarover hoofdstuk 15.

2.5.1 DNB

DNB houdt toezicht op de betaalketen. Dat toezicht valt uiteen in twee onderdelen.³² Ten eerste houdt DNB toezicht op individuele instellingen vanuit de invalshoek van de betaalketen als geheel, het zogenaamde ‘oversight’. Het door DNB uitgeoefende oversight vloeit voort uit haar centrale banktaak om de goede werking van het betalingsverkeer te bevorderen en daarmee bij te dragen aan de stabiliteit van de financiële sector als geheel. Het oversight ziet op de hoofdschakels uit de betaalketen (banken, betaalinstanties en clearing- en settlementorganisaties). DNB heeft ten tweede tot taak het uitoefenen van prudentieel toezicht op financiële ondernemingen, waaronder betaaldienstverleners. In art. 1:24 lid 1 Wft is bepaald

30. R.E. van Esch, ‘De SEPA-verordening’, *FR* 2012, afl. 9, p. 304-312.

31. Zie <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=COM%3A2018%3A163%3AFIN>.

32. Zie nader: *Kamerstukken II* 2013/14, 27863, 52, p. 2 e.v.

dat prudentieel toezicht is gericht op de soliditeit van financiële ondernemingen en het bijdragen aan de stabiliteit van de financiële sector. Op grond van art. 1:24 lid 2 Wft heeft DNB tot taak het prudentieel toezicht op financiële ondernemingen uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot de financiële markten. Zo is DNB de bevoegde toezichthouder voor het verlenen van vergunningen aan elektronischgeldinstellingen en betaaldienstverleners.

Voor het toezicht op de naleving van de bepalingen ter implementatie van PSD(2) betekent dit dat DNB toezicht houdt op de naleving van die bepalingen van PSD(2) die zijn geïmplementeerd in Deel 3 van de Wft en op bepalingen in het Bpr Wft die hun grondslag vinden in bepalingen in Deel 3. Dit betekent concreet dat DNB, naast het verlenen van vergunningen, toezicht houdt op de naleving van bepalingen betreffende deelneming in een betaalinstelling, aanvangskapitaal, eigen vermogen, beschermingsvoorschriften, naleving van een aantal vergunningvereisten, dienstverleningen via agenten, de toegang tot betaalrekeningen en de regels met betrekking tot operationele risico's, beveiligingsrisico's en authenticatie.³³

2.5.2 AFM

De AFM is belast met gedragstoezicht. In art. 1:25 lid 1 Wft is bepaald dat gedragstoezicht is gericht op ordelijke en transparante financiëlemarktprocessen, zuivere verhoudingen tussen marktpartijen en zorgvuldige behandeling van cliënten. De AFM heeft op grond van art. 1:25 lid 2 Wft tot taak het gedragstoezicht op financiële markten uit te oefenen en te beslissen omtrent de toelating van financiële ondernemingen tot die markten. Wat betreft de PSD(2) betekent dit dat de AFM toezicht houdt op de naleving van die bepalingen van de PSD(2) die zijn geïmplementeerd in Deel 4 van de Wft en op bepalingen in het Bgfo Wft die hun grondslag vinden in bepalingen in Deel 4 van de Wft. Het gaat daarbij vooral om transparantie- en informatieverplichtingen voor betaaldienstverleners.

Van belang voor het AFM-toezicht is dat art. 4:25d Wft voorschrijft dat een betaaldienstverlener bij het uitoefenen van zijn bedrijf Titel 7B van Boek 7 BW in acht moet nemen. Deze titel ziet op de betaaltransactie en regelt de privaatrechtelijke verhoudingen tussen betaaldienstverlener en betaaldienstgebruiker. Vanwege het toezicht op de naleving van art. 4:25d Wft houdt de AFM daarmee ook toezicht op de naleving door betaaldienstverleners van Titel 7B van Boek 7 BW. Deze bevoegdheidsverdeling brengt mee dat de AFM de bevoegde toezichthouder is ten aanzien van het recht van betaaldienstgebruikers om gebruik te maken van de diensten van een PISP of een AISP. Dit recht is namelijk als een civielrechtelijk recht aangeduid en daarom in Titel 7B van Boek 7 BW opgenomen. In hoofdstuk 5 wordt hier nader op ingegaan. Titel 7B bevat overigens ook bepalingen die niet gericht zijn tot onder toezicht van de AFM staande instellingen, maar die bijvoorbeeld gericht zijn tot consumenten en handelaren.³⁴

33. MvT PSD2, p. 20.

34. MvT PSD2, p. 21.

In de NvW PSD2 wordt opgemerkt dat op betaaldienstverleners zowel gedragsnormen uit de Wft, het BW en de Whc van toepassing zijn.³⁵ Wat betreft de generieke consumentenbeschermingsregels van Boek 6 van het BW die ook van toepassing zijn op betaaldienstverleners gaat het om het verbod op oneerlijke handelspraktijken (Boek 6, afdeling 3, Titel 3A) en de bepalingen voor overeenkomsten tussen handelaren en consumenten (Boek 6, afdeling 5, Titel 2B). Bovendien zijn betaaldienstverleners gehouden in hun algemene voorwaarden geen bedingen te hanteren die onverenigbaar zijn met Boek 6, afdeling 5, Titel 3 BW. De bevoegde toezichthouder op deze consumentenbeschermingsregels is aangewezen in de Whc. In beginsel is de ACM de aangewezen toezichthouder, tenzij het een in de Whc gedefinieerde financiële dienst of activiteit betreft. In dat geval is de AFM de aangewezen toezichthouder.

De NvW PSD2 stelt vervolgens vast dat in de Whc betaaldiensten niet onder de definitie van financiële dienst of activiteit vallen, nu zij in de Wft niet als financiële dienst gedefinieerd zijn, met uitzondering van het aanbieden van een betaalrekening. Betaaldiensten zijn nu ook niet specifiek aangewezen in de Whc-definitie, behoudens geldtransfers. De nieuw in PSD2 gereguleerde betaaldiensten, te weten betaalinitiatiediensten en rekeninginformatiediensten, worden in de Wft ook niet als financiële dienst aangemerkt. Voor wat betreft de genoemde consumentenbeschermingsregels zouden deze betaaldiensten op basis van de thans geldende wetgeving onder de toezichtbevoegdheid van de ACM vallen.

Om versnippering van het toezicht zo veel mogelijk tegen te gaan, is bij de NvW PSD2 voorgesteld om voor alle betaaldiensten het toezicht op genoemde consumentenbeschermingsregels toe te delen aan de AFM. De AFM wordt als de meest geschikte toezichthouder aangemerkt, aangezien de AFM het gedragstoezicht op basis van de Wft reeds uitoefent ten aanzien van alle betaaldiensten en ook het toezicht op de consumentenbeschermingsregels al uitoefent ten aanzien van geldtransfers en het aanbieden van betaalrekeningen.³⁶ Met artikel IV van de PSD2 Implementatiewet wordt de betaaldienst uitdrukkelijk als financiële dienst in de Whc opgenomen.

2.5.3 ACM

De ACM heeft, zoals hiervoor toegelicht, beperkte toezichtbevoegdheden waar het betaaldiensten betreft. De NvW PSD2 merkt echter wel op dat de AFM enkel de bevoegde toezichthouder wordt op betaaldienstverleners voor zover het de financiële dienst of activiteit betreft. Zo geldt bijvoorbeeld ten aanzien van rekeninginformatiediensten dat eventuele diensten die aangeboden worden als vervolg op de rekeninginformatiedienst als aparte dienst moeten worden gezien. Indien deze aanvullende dienst zelf geen financiële dienst of activiteit is, dan is de ACM ten aanzien van die dienst de bevoegde Whc-toezichthouder. Te denken valt hierbij aan de situatie waarin de consument binnen zijn rekeninginformatie-applicatie een aanbod krijgt om niet-financiële producten (met korting) aan te schaffen, of een aanbod om over te stappen naar een andere telecomaandier. Dit is in lijn met de bestaan-

35. NvW PSD2, p. 11.

36. NvW PSD2, p. 11-12.

de toezichtbevoegdheidsverdeling bij financiële ondernemingen wanneer deze ook niet-financiële diensten of activiteiten aanbieden.³⁷

De ACM heeft daarnaast op grond van art. 1:25a Wft tot taak het toezicht op de naleving van de artikelen 5:88 Wft (toegang tot betalingssystemen) en 5:88a Wft (toegang tot betaalrekeningdiensten) uit te oefenen. Ook is de ACM belast met het toezicht op de naleving van art. 7:520 leden 3 en 4 BW. Deze bepalingen zien op vergoedingen voor het gebruik van betaalinstrumenten.

2.5.4 AP

De AP is de onafhankelijke toezichthouder in Nederland die de bescherming van persoonsgegevens bevordert en bewaakt. PSD2 bevat in art. 94 lid 2 het vereiste dat een betaaldienstverlener voor het verkrijgen van toegang tot persoonsgegevens die nodig zijn voor het verlenen van betaaldiensten uitdrukkelijke toestemming nodig heeft van de betaaldienstgebruiker. Met name de vraag wie toezicht op dit artikel zou mogen uitoefenen, DNB of de AP, heeft tot vertraging bij de implementatie van PSD2 in Nederland geleid.³⁸ Uiteindelijk trok de AP aan het langste eind. Zie verder paragraaf 15.4.

2.5.5 Informatieuitwisseling

Art. 26 PSD2 schrijft onder meer voor dat de bevoegde autoriteiten van de lidstaten onderling moeten samenwerken en in voorkomend geval ook met andere relevante bevoegde autoriteiten. Daartoe stelt PSD2 dat lidstaten toestaan dat informatie wordt uitgewisseld tussen hun bevoegde autoriteiten en een aantal andere instanties.³⁹

Art. 1:93 Wft bood al een basis voor informatieuitwisseling door DNB of de AFM. De reikwijdte van deze bepaling is nu uitgebreid. Informatieuitwisseling naar de ACM of de AP is voortaan ook mogelijk. Overigens legt art. 1:93 Wft ook verplichtingen op de toezichthouder. In art. 1:1 Wft is zowel DNB als de AFM als toezichthouder gedefinieerd. Voor de toepassing van afdeling 1.5.1 Wft wordt echter onder toezichthouder ook de ACM verstaan voor zover het gaat om het toezicht op de artikelen 5:88 en 5:88a Wft.⁴⁰ Ook de AP wordt als toezichthouder aangemerkt.

Voor de verstrekking van informatie door DNB of de AFM aan de ACM wordt in art. 1:93 Wft wel uitdrukkelijk bepaald dat de verstrekking dienstig moet zijn voor de uitoefening van de op grond van art. 1:25a Wft aan de ACM opgedragen taak tot het houden van toezicht op de naleving van de artikelen 5:88 en 5:88a Wft dan wel voor de uitoefening van haar taken ingevolge de Mededingingswet, voor zover deze betrekking hebben op de mededinging bij het verlenen van betaaldiensten, en de toezichthouder de gegevens of inlichtingen heeft verkregen bij de uitoefening van het toezicht op het verlenen van betaaldiensten. Volgens de wetgever is het

37. NvW PSD2, p. 12.

38. *Kamerstukken II 2017/18, 34813, 8.*

39. Art. 26 lid 2 PSD2.

40. Art. 1:25a lid 3 Wft.

bijvoorbeeld goed voorstelbaar dat eerste signalen die kunnen duiden op anticompetitief gedrag door betaaldienstverleners (zoals kartelvorming of misbruik van een economische machtspositie) eerder bij DNB of de AFM bekend zijn of terechtkomen dan bij de ACM. DNB en de AFM moeten dan in staat zijn deze signalen te delen met de ACM die vervolgens nader onderzoek kan instellen.⁴¹ Als voorbeeld noemt de wetgever ook verstrekking door de AFM en DNB aan de ACM van gegevens die de AFM en DNB ingevolge art. 7:523 BW⁴² hebben verkregen en die de ACM nodig heeft voor het mededingingstoezicht voor zover dat ziet op het door ASPSPs verlenen van toegang tot betaalrekeningen aan PISPs en AISPs.⁴³

Voor de verstrekking van informatie door de AFM, DNB en de ACM aan de AP geldt ook dat de verstrekking dienstig moet zijn voor de uitoefening van het toezicht van de AP op betaaldienstverleners.⁴⁴ De voorwaarde dat de verstrekking dienstig moet zijn voor de uitoefening van het toezicht op betaaldienstverleners brengt mee dat de ACM en de AP de ontvangen gegevens niet kunnen gebruiken voor andere toezichttaken.⁴⁵ Verder moet het gaan om gegevens en inlichtingen die de AFM en DNB ook in het kader van hun toezicht op de naleving van PSD2 hebben verkregen.⁴⁶ Art. 1:93 lid 2 Wft bepaalt verder dat in voldoende mate gewaarborgd moet zijn dat de gegevens geheim worden gehouden. Het derde lid van art. 1:93 Wft schrijft verder nog voor dat gegevens afkomstig van andere toezichthouders alleen met hun toestemming verstrekt kunnen worden.

In art. 21a lid 2 Uitvoeringswet AVG is ten slotte nog bepaald dat met betrekking tot het toezicht van de AP op (de naleving van) art. 94 lid 2 PSD de samenwerking en uitwisseling van informatie met DNB en andere relevante toezichthouders plaatsvinden overeenkomstig art. 26 PSD2. De AP en DNB hebben tegen deze achtergrond in een samenwerkingsprotocol afspraken gemaakt over de wijze van behandeling van aangelegenheden die elkaars toezicht raken en de uitwisseling van informatie ten behoeve daarvan met betrekking tot betaaldiensten.⁴⁷

2.5.6 Samenwerking DNB en AFM in het kader van FinTech

De toezichthouders zoeken overigens actief de samenwerking op. Zo hebben DNB en de AFM onderkend dat FinTech een van de belangrijkste krachten is die de financiële sector in de komende jaren zal beïnvloeden.⁴⁸ De toezichthouders hebben

41. MvT PSD2, p. 22.

42. In art. 7:523 BW is opgenomen dat een ASPSP, een AISP of een PISP de toegang tot een betaalrekening ontzeggen om objectieve en op voldoende aanwijzingen gebaseerde redenen in verband met niet-toegestane of frauduleuze toegang tot de betaalrekening door die rekeninginformatiedienstverlener of die betaalinitiatiedienstverlener, waaronder de niet-toegestane of frauduleuze initiëring van een betalingstransactie. Zie verder paragraaf 8.14.

43. MvT PSD2, p. 28.

44. Art. 1:93 Wft.

45. MvT PSD2, p. 28.

46. Art. 1:93 lid 1, onderdelen i en j, Wft.

47. Samenwerkingsprotocol tussen de Autoriteit Persoonsgegevens en de Nederlandsche Bank N.V., *Stcrt.* 2019, 10431. Zie verder hoofdstuk 15.

48. Zie bijv. p. 8 van het DNB-*position paper* 'Technologische innovatie en de Nederlandse financiële sector', dat in januari 2016 is gepubliceerd. Dit rapport kan worden geraadpleegd via de website van DNB (www.dnb.nl).

daarom al in 2016 concrete stappen gezet naar een verruiming van de mogelijkheden voor innovatieve initiatieven op de financiële markt.⁴⁹

Voor nieuwe betaaldienstverleners is van belang dat DNB en de AFM zijn gestart met de zogenaamde 'InnovationHub'. Dit is een (digitaal) loket waarmee nieuwe en bestaande innovatieve marktpartijen in de financiële sector met de toezichthouders in contact kunnen komen over vraagstukken van financiële innovatie en regulering. Via de InnovationHub willen de AFM en DNB ruimte geven aan de positieve bijdrage van innovatie aan de concurrentie en efficiëntie van de financiële sector. Tegelijkertijd willen de toezichthouders de mogelijke risico's van innovatieve initiatieven bewaken vanuit hun mandaten als toezichthouder. De AFM richt zich hierbij op eerlijke en transparante financiële markten en DNB op solide en integere financiële instellingen.

In het verlengde van de InnovationHub is door de toezichthouders ook een 'Regulatory Sandbox' in het leven geroepen. Via dit initiatief, door de toezichthouders ook wel aangeduid als 'maatwerk in innovatie', beogen zij maatwerk te bieden teneinde ervoor te zorgen dat marktpartijen hun innovatieve financiële producten, diensten of bedrijfsmodellen zonder onnodige belemmeringen kunnen testen en in de markt kunnen zetten. Kern hiervan is, in het kort, dat de toezichthouders bij het beoordelen van innovatieve concepten nadrukkelijk kijken naar het achterliggende doel van beleid, wet- of regelgeving. Als hieraan wordt voldaan, zal de toezichthouder de wettelijke ruimte benutten die hij heeft om maatwerk te bieden. De toezichthouders beoordelen in dit kader of een onderneming in *redelijkheid* niet aan bepaald beleid, wet- of regelgeving kan voldoen. Dit wordt per casus bekeken. Als voorbeelden van maatwerk in het toezicht worden door DNB en de AFM genoemd: een alternatieve interpretatie binnen de wettelijke kaders van de Wft van een open norm of een formele ontheffing van een wettelijke eis. Langs deze lijnen zou een financiële onderneming bijvoorbeeld kunnen aantonen dat zij met behulp van *blockchain*-technologie – weliswaar anders dan op grond van de Wft wettelijk voorgeschreven, maar op een efficiënte en betere manier – voldoet aan het achterliggende doel van de Wft-eis van een integere en beheerste bedrijfsvoering.⁵⁰

De Regulatory Sandbox vervult ook een rol bij innovatieve bedrijfsactiviteiten die (nog) niet onder financieel toezicht vallen of daarvan thans zijn vrijgesteld of uitgezonderd op grond van de Wft. Ook in situaties die buiten het bestaande regelgevend (Wft-)kader vallen, achten de toezichthouders hun betrokkenheid relevant. Mochten de betreffende activiteiten in de toekomst alsnog worden gereguleerd, dan heeft het volgens hen meerwaarde indien de toezichthouder in een vroeg stadium al is betrokken.

De Regulatory Sandbox staat overigens niet alleen open voor FinTech-ondernemingen. DNB en de AFM hebben aangegeven dat de Sandbox openstaat voor elke innovatie met een positieve bijdrage aan een stabiele financiële sector, een goede werking van de financiële markten en/of een duurzaam financieel welzijn van consumenten

49. Zie www.afm.nl/nl-nl/nieuws/2016/jun/innovation-hub.

50. Zie nader art. 4:11 Wft.

en beleggers. Enige beperking hierin is dat de Nederlandse toezichthouders het geboden maatwerk alleen kunnen bieden aan financiële ondernemingen die onder hun toezicht vallen. Dit betekent dat de Regulatory Sandbox in het kader van prudentiële vraagstukken, waarbij de ECB exclusief bevoegd is, slechts mogelijk is als de gekozen interpretatie door de ECB wordt gesteund.