



Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
van 30 november 2023¹

Zaak C-409/22

**UA
tegen
EUROBANK BULGARIA**

[verzoek van de Apelativen sad – Sofia (rechter in tweede aanleg Sofia, Bulgarije) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële procedure – Vrij verkeer van kapitaal – Betalingsdiensten in de interne markt – Richtlijn 2007/64/EG – Begrip, betaalinstrument’ – Volmacht van een gemachtigde die handelt namens de rekeninghouder – Afschrift, met apostille, van de volmacht – Bewijs van echtheid – Begrip, betalingstransactie’ – Aan het aanbieden en gebruiken van betalingsdiensten verbonden rechten en verplichtingen – Niet-toegestane betalingstransacties – Aansprakelijkheid van de betalingsdienaarnbieder”

1. Richtlijn 2007/64/EG² en richtlijn (EU) 2015/2366³, die eerstgenoemde richtlijn met ingang van 13 januari 2018 heeft vervangen, regelen de verstrekking van betalingsdiensten in de interne markt. Als gevolg van de technologische ontwikkeling maken deze diensten een zeer snelle evolutie door.⁴

2. In het geding dat aanleiding heeft geven tot deze prejudiciële verwijzing staat een Bulgaarse bank tegenover een cliënt van wiens betaalrekening overboekingen zijn verricht die hij ontkent te hebben toegestaan. De cliënt vordert van de bank dat zij de overgeboekte geldmiddelen terugbetaalt.

3. In deze context zal het Hof de in richtlijn 2007/64, die *ratione temporis* van toepassing is op de onderhavige zaak, gebruikte begrippen „betaalinstrument”⁵ en „authenticatie” moeten verduidelijken.

¹ Oorspronkelijke taal: Spaans.

² Richtlijn 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 (PB 2007, L 319, blz. 1).

³ Richtlijn 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 (PB 2015, L 337, blz. 35).

⁴ De Europese Commissie heeft reeds een aanvang gemaakt met het proces van actualisering van richtlijn 2015/2366. Zie het document *A study on the application and impact of Directive (EU) 2015/2366 on Payment Services (PSD2)*, FISMA/2021/OP/0002.

⁵ Voor de vragen die dit begrip oproept, zie EBA/Op/2022/06 van de Europese Bankautoriteit, *Opinion of the European Banking Authority on its technical advice on the review of Directive (EU) 2015/2366 on payment services in the internal market (PSD2)* van 23 juni 2022, blz. 111-112.

4. Ook zal het Hof zijn nog niet geheel uitgekristalliseerde rechtspraak inzake de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders voor door gebruikers niet toegestane betalingstransacties verder moeten ontwikkelen.

I. Toepasselijke bepalingen

A. *Unierecht - Richtlijn 2007/64*

5. In artikel 4, punten 19 en 23, worden de volgende definities gegeven:

„Voor de toepassing van deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

19) ‚authenticatie’: procedure die de betalingsdienstaanbieder in staat stelt het gebruik van het betaalinstrument te verifiëren, met inbegrip van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken;

[...]

23) ‚betaalinstrument’: gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures, overeengekomen tussen de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder, waarvan de betalingsdienstgebruiker gebruikmaakt om de betalingsdienstaanbieder in staat te stellen een betalingsopdracht te initiëren”.

6. Artikel 54 („Instemming en het intrekken van instemming”) luidt:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat een betalingstransactie pas als toegestaan wordt aangemerkt indien de betaler heeft ingestemd met de uitvoering van de betalingsopdracht. Een betalingstransactie kan voorafgaand aan de uitvoering of, indien overeengekomen door de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder, na de uitvoering door de betaler worden toegestaan.

2. De instemming om een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties te doen uitvoeren wordt verleend in de tussen de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder overeengekomen vorm.

Bij gebreke van een dergelijke instemming wordt een betalingstransactie als niet toegestaan aangemerkt.

3. De instemming kan te allen tijde, doch uiterlijk op het tijdstip van het onherroepelijk worden krachtens artikel 66, door de betaler worden ingetrokken. Hetzelfde geldt voor een instemming met de uitvoering van een reeks betalingstransacties, die kan worden ingetrokken met als gevolg dat iedere toekomstige betalingstransactie als niet-toegestaan wordt aangemerkt.

4. De procedure voor het verlenen van de instemming wordt overeengekomen tussen de betaler en de betalingsdienstaanbieder.”

7. In artikel 59 („Bewijs inzake authenticatie en uitvoering van betalingstransacties”) wordt bepaald:

„1. De lidstaten schrijven voor dat, wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan of aanvoert dat de betalingstransactie niet correct is uitgevoerd, zijn betalingsdienstaanbieder gehouden is het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthentificeerd, juist is geregistreerd, is geboekt en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.

2. Wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan, vormt het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betalingsdienstaanbieder is geregistreerd op zichzelf niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijs dat de betalingstransactie door de betaler is toegestaan of dat de betaler frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 56 niet is nagekomen.”

8. Artikel 60 („Aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder wegens niet-toegestane betalingstransacties”) schrijft voor:

„1. De lidstaten zorgen ervoor dat, onverminderd artikel 58, de betalingsdienstaanbieder van de betaler, in geval van een niet-toegestane betalingstransactie, de betaler onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetaalt en, in voorkomend geval, de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd, herstelt in de toestand zoals die geweest zou zijn mocht de niet-toegestane betalingstransactie niet hebben plaatsgevonden.

[...]”

9. In artikel 86 („Volledige harmonisatie”) staat te lezen:

„1. Onverminderd artikel 30, lid 2, artikel 33, artikel 34, lid 2, artikel 45, lid 6, artikel 47, lid 3, artikel 48, lid 3, artikel 51, lid 2, artikel 52, lid 3, artikel 53, lid 2, artikel 61, lid 3, en de artikelen 72 en 88 mogen de lidstaten, in zoverre deze richtlijn geharmoniseerde bepalingen bevat, geen andere bepalingen handhaven of vaststellen dan die welke in deze richtlijn zijn vervat.

[...]

3. De lidstaten zien erop toe dat betalingsdienstaanbieders niet ten nadele van betalingsdienstgebruikers afwijken van de bepalingen van nationaal recht die uitvoering geven aan of overeenstemmen met bepalingen van deze richtlijn, tenzij laatstgenoemde bepalingen daarin uitdrukkelijk voorzien.

Betalingsdienstaanbieders mogen evenwel besluiten betalingsdienstgebruikers gunstiger voorwaarden te bieden.”⁶

⁶ De inhoud van de weergegeven artikelen is, met een beperkt aantal wijzigingen, overgenomen in richtlijn 2015/2366 houdende intrekking van richtlijn 2007/64.

B. *Bulgaars recht*

10. Artikel 75 van de Zakon za zadalzheniata i dogovorite (wet inzake verbintenissen en overeenkomsten) bepaalt in lid 2:

„[...]”

De schuldenaar wordt van zijn verplichtingen ontslagen wanneer hij te goeder trouw een verplichting is nagekomen tegenover een persoon die op grond van ondubbelzinnige omstandigheden gerechtigd lijkt de prestatie in ontvangst te nemen. [...]”

11. In artikel 57, lid 1, van de Zakon za platezhnite uslugi i platezhnite sistemi (wet op betalingsdiensten en betalingssystemen) van 2009⁷ wordt bepaald:

„In het geval van een niet-toegestane betalingstransactie betaalt de betalingsdienstaanbieder het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie onmiddellijk aan de betaler terug en herstelt hij, in voorkomend geval, de betaalrekening van de betaler in de toestand zoals die geweest zou zijn indien de niet-toegestane betalingstransactie niet had plaatsgevonden.”

II. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

12. In plaats van de door hem bewezen geachte feiten uiteen te zetten, beschrijft de verwijzende rechter in de verwijzingsbeslissing de feiten waarop elk van de partijen in het geding zich heeft beroepen. Die feiten zijn de volgende.

A. *Feiten volgens verzoeker (UA)*

13. Op 22 november 2017 hebben UA en Eurobank EFG Bulgaria AD (hierna: „Eurobank”) in Sofia (Bulgarije) een overeenkomst betreffende een betaalrekening gesloten. Bij deze overeenkomst heeft de bank zich ertoe verbonden om een voor onbepaalde tijd aan te houden betaalrekening in euro op naam van verzoeker te openen en te beheren teneinde betalingsdiensten aan verzoeker te verstrekken. UA heeft door middel van meerdere overboekingen in totaal 999 860 EUR naar de rekening overgemaakt.

14. Op 6 februari 2018 heeft verzoeker de bank bezocht om een banktransactie uit te voeren, waarbij hem door een medewerker van Eurobank werd meegedeeld dat het saldo op zijn rekening slechts 16 000 EUR bedroeg.

15. Verzoeker zegt zich hierover te hebben verbaasd en verklaart dat de bankmedewerker hem, nadat hij om uitleg had verzocht, een bankafschrift met een overzicht van de transacties op zijn rekening vanaf de opening ervan tot en met 6 februari 2018 overlegde.

16. Uit dat bankafschrift kon UA opmaken dat een hem onbekende persoon met de naam MK door middel van zes afzonderlijke overschrijvingsopdrachten een bedrag van in totaal 982 000 EUR had overgeboekt, zonder geldige machtiging van UA, als de rekeninghouder, aangezien hij MK geen enkele volmacht had verleend.

⁷ Ingetrokken met ingang van 6 maart 2018, maar van toepassing op deze zaak.

17. De medewerker van Eurobank legde verzoeker uit dat deze eenzijdige beschikkingshandelingen waren verricht door MK, die zich aan de bank had voorgesteld als gevolmachtigde van de deposant en een volmacht de dato 1 december 2017 had overgelegd, die was gewaarmerkt door een Italiaanse notaris.

18. UA wees de bankmedewerker erop dat zijn handtekening als volmachtgever ontbrak op het document en nam de volgende maatregelen om zijn belangen te verdedigen: a) op 6 maart 2018 maakte hij bij Eurobank melding van de onrechtmatige overboekingen van zijn rekening, waarvan hij de terugbetaling eiste, b) op 8 maart 2018 zond hij een afschrift van die melding toe aan de centrale bank van de Republiek Bulgarije en diende hij een schriftelijke klacht in bij de notaris. De notaris antwoordde hem dat hij geen akte van volmacht ten gunste van MK had opgesteld of doen verlijden, dat de volmacht „een vervalsing” was en dat hij dat had meegedeeld aan zowel Eurobank, in antwoord op een verzoek van Eurobank van 20 februari 2018, als de orde van notarissen van Milaan (Italië).

B. Feiten volgens verweerster (Eurobank)

19. Eurobank beaamt dat UA op 22 november 2017 het bankkantoor heeft bezocht, samen met twee personen met de Italiaanse nationaliteit. Tijdens het gesprek begreep de medewerker van Eurobank dat UA de intentie had om gebruik te maken van een gevolmachtigde voor het verrichten van betalingstransacties op de betaalrekening die hij wilde openen. UA weigerde de onlinebankdiensten, kennisgevingen per sms en bankkaart die hem door de bank werden aangeboden.

20. Op 15 december 2017 verscheen er een persoon (MK) die zich voorstelde als gevolmachtigde van UA in het bankkantoor, waar hij de medewerker van Eurobank een door de Italiaanse notaris op 5 december 2017 gewaarmerkt afschrift van de volmacht van 1 december 2017 overlegde.

21. De authenticiteit van het afschrift was gewaarmerkt door middel van een apostille, en alle documenten waren door een beëdigd vertaler uit het Italiaans in het Bulgaars vertaald. De volmacht was specifiek (uitdrukkelijk) en verleende de gevolmachtigde de bevoegdheid om te beschikken over het saldo op de rekening van UA.

22. Voor elk van de zes betalingsopdrachten heeft MK het originele afschrift van de volmacht laten zien aan de bankmedewerker.

23. Op de datum (6 februari 2018) waarop UA kennis kreeg van de zes overboekingen vanaf zijn rekening heeft hij de medewerkers van de bank niet geïnformeerd over de vermeende onregelmatigheden, wat hij pas op 20 februari 2018 deed. Op 6 maart 2018 heeft hij bij brief aan de bank melding gemaakt van de onrechtmatige betalingsopdrachten en de terugbetaling ervan geëist.

24. Eurobank stelt dat zij op 20 februari 2018 aan de notaris heeft gevraagd of de volmacht van 1 december 2017 naar behoren was gedeponneerd en ingeschreven in zijn protocol, of het gewaarmerkte afschrift van de volmacht dezelfde rechtsgevolgen had als de volmacht zelf en of het afgeven van dergelijke afschriften in overeenstemming was met de normale praktijk, waarbij zij hem een gescande kopie van het afschrift toezond. De notaris heeft zich beperkt tot het antwoord: „Bijgevoegd document is een vervalsing. Maak er geen gebruik van.”

25. Op 27 februari 2018 heeft Eurobank zich schriftelijk gewend tot de adjunct-procureur van de Republiek Italië, die met het plaatsen van zijn handtekening het afschrift van de litigieuze volmacht had gewaarmerkt door middel van een apostille als bedoeld in het Haagse Apostillevverdrag⁸. Het openbaar ministerie van Monza (Italië) heeft te kennen gegeven dat de betreffende apostille was afgegeven op 12 december 2017 en heeft daarmee officieel bevestigd dat de „apostille op het afschrift van de volmacht geldig is”.

C. Voornaamste argumenten van partijen in het hoofdgeding

26. Volgens UA hebben de werknemers van Eurobank onzorgvuldig gehandeld en zich schuldig gemaakt aan grove nalatigheid door een persoon zonder volmacht om UA te vertegenwoordigen toe te staan over de geldmiddelen op zijn betaalrekening te beschikken. Door het ontbreken van de handtekening van de volmachtgever vertoonde de overgelegde volmacht een formele (uiterlijke) onregelmatigheid en had deze niet mogen worden aanvaard. Eurobank had de uitvoering van de zes litigieuze transacties derhalve moeten weigeren.

27. Volgens Eurobank:

- is het overgelegde document een afschrift van de volmacht en niet de volmacht zelf, wat verklaart dat deze niet door de volmachtgever is ondertekend;
- heeft de bevoegde Italiaanse autoriteit door middel van de apostille de echtheid van de handtekeningen en stempels op de documenten bevestigd, zodat de notariële waarmerking van het afschrift van de volmacht, dat wil zeggen de echtheid van het document, is bevestigd en het afschrift in Bulgarije kon worden gebruikt;
- zijn de zes betalingstransacties verricht ten gunste van een zogenoemde „putatieve crediteur”, en is de bank volgens een clausule van de algemene voorwaarden van de overeenkomst, gelezen in samenhang met artikel 75, lid 2, van de Bulgaarse wet inzake verbintenissen en overeenkomsten, „niet aansprakelijk [...] voor krachtens een volmacht uitbetaalde bedragen en verrichte beschikkingsdaden, indien de bank niet schriftelijk in kennis is gesteld van de herroeping van de volmacht en zij, voordat zij de kennisgeving heeft ontvangen, te goeder trouw een bedrag heeft uitbetaald aan een persoon die op grond van ondubbelzinnige omstandigheden gerechtigd leek het bedrag in ontvangst te nemen”.

D. Hoofdgeding en prejudiciële vragen

28. Op 4 februari 2019 heeft UA een vordering tegen Eurobank ingesteld bij de Sofiyski gradski sad (rechter in eerste aanleg Sofia, Bulgarije). Deze rechter heeft de vordering toegewezen bij vonnis van 13 mei 2021 en heeft Eurobank daarbij veroordeeld tot terugbetaling van 982 000 EUR aan UA wegens het uitvoeren van de niet-toegestane betalingstransacties.⁹

⁸ Verdrag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten (hierna: „Apostillevverdrag”). Het verdrag en de relevante documentatie zijn in het Engels beschikbaar op de website van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht (www.hcch.net) onder het kopje „Conventions and other instruments” (verdragen en andere instrumenten), gespecialiseerde rubriek „Apostille”.

⁹ Eurobank werd ook veroordeeld tot betaling van 1 182,40 EUR aan UA ter vergoeding van de door verzoeker geleden vermogensschade en van rente ten bedrage van 74 521 EUR.

29. Eurobank heeft tegen het vonnis in eerste aanleg hoger beroep ingesteld bij de Apelativen sad Sofia (rechter in tweede aanleg Sofia, Bulgarije), die het Hof de volgende prejudiciële vragen heeft voorgelegd:

- „1) Is een volmacht krachtens welke de gemachtigde door middel van een betalingsopdracht namens de betaler een beschikkingsdaad ten aanzien van vermogensbestanddelen verricht een betaalinstrument in de zin van artikel 4, punt 23, van [richtlijn 2007/64]?
- 2) Maakt een apostille die door de bevoegde buitenlandse autoriteit is aangebracht overeenkomstig het [Apostillevetdrag] deel uit van de authenticatieprocedure voor zowel het betaalinstrument als de betalingstransactie in de zin van artikel 4, punt 19, gelezen in samenhang met artikel 59, [lid] 1, van de richtlijn?
- 3) Kan de nationale rechter ervan uitgaan dat een betalingstransactie is toegestaan, dat wil zeggen dat de betaler met de verrichting ervan heeft ingestemd, wanneer het betreffende betaalinstrument (met inbegrip van een instrument waarbij een derde wordt gemachtigd om namens de betaler beschikkingsdaden te verrichten) in formeel (uiterlijk) opzicht regelmatig is?”

III. Procedure bij het Hof

30. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 21 juni 2022 ingekomen ter griffie van het Hof.

31. UA, Eurobank, de Bulgaarse, de Tsjechische en de Italiaanse regering en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend.

32. Nadat de opmerkingen waren ingediend, heeft de verwijzende rechter de verwijzingsbeslissing aangevuld met bepaalde aanvullende informatie door middel van een addendum, dat op 13 januari 2023 door het Hof is ontvangen.

33. Het Hof heeft partijen uitgenodigd om zich ter terechtzitting uit te spreken over de relevantie van de in dat addendum vervatte informatie voor de beantwoording van het verzoek om een prejudiciële beslissing.

34. Bij de mondelinge behandeling op 28 september 2023 zijn alleen de Bulgaarse regering en de Commissie verschenen.

IV. Beoordeling

A. Eerste prejudiciële vraag

35. De verwijzende rechter wenst te vernemen of „een volmacht krachtens welke de gemachtigde door middel van een betalingsopdracht namens de betaler een beschikkingsdaad ten aanzien van vermogensbestanddelen verricht” kan worden gekwalificeerd als een *betaalinstrument* in de zin van artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64.

36. In artikel 4 van richtlijn 2007/64 worden, voor de toepassing van die richtlijn, de volgende twee definities gegeven:

- „betaalinstrument”: „gepersonaliseerd(e) instrument(en) en/of geheel van procedures, overeengekomen tussen de betalingsdienstgebruiker en de betalingsdienstaanbieder, waarvan de betalingsdienstgebruiker gebruikmaakt om de betalingsdienstaanbieder in staat te stellen een betalingsopdracht te initiëren” (punt 23);
- „betalingsopdracht”: „door een betaler of begunstigde aan zijn betalingsdienstaanbieder gegeven instructie om een betalingstransactie uit te voeren” (punt 16).

37. Deswege zijn zowel fysieke apparaten (kaarten en mobiele telefoons) als een *geheel van procedures* (pincodes, TAN-codes, DigiPass, Tikkie, gebruikersnaam/wachtwoord enz.) die door de gebruiker van de betalingsdienst¹⁰ en de betalingsdienstaanbieder zijn overeengekomen voor het initiëren van een betalingsopdracht, betaalinstrumenten in de zin van richtlijn 2007/64.

38. Specifiek kan de gebruiker met een betalingsdienstaanbieder afspreken dat hij gebruik zal maken van een geheel van tussen beide partijen overeengekomen procedures om zijn betalingsdienstaanbieder opdracht tot het uitvoeren van een betalingstransactie (geldmiddelen deponeren, overmaken of opnemen) te geven.

39. In artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 wordt een zeer ruime definitie van het begrip „betaalinstrument” gegeven, zodat het soort technologie, de wijze waarop de betalingsopdracht wordt gegeven en de controle van de veiligheidskenmerken niet bepalend zijn, ook niet als de veiligheidskenmerken in het bezit van de gebruiker zijn.¹¹

40. Volgens de rechtspraak van het Hof¹² kunnen betaalinstrumenten worden onderverdeeld in:

- gepersonaliseerde instrumenten, die de betalingsdienstaanbieder in staat stellen om te verifiëren dat de betalingsopdracht is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker;
- niet-gepersonaliseerde instrumenten, waarbij betalingsdienstaanbieders „in de in artikel 59 van [richtlijn 2007/64] bedoelde situatie, niet zijn gehouden het bewijs te leveren dat de betalingstransactie is geauthentificeerd”.

41. In het arrest T-Mobile Austria heeft het Hof verduidelijkt hoe artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 moet worden uitgelegd in het licht van het uiteenlopende gebruik in de verschillende taalversies van het adjectief „gepersonaliseerd” in verband met de termen „instrument(en)” en „geheel van procedures”. De overweging van het Hof was dat een betaalinstrument, om als „gepersonaliseerd” te kunnen worden aangemerkt, de betalingsdienstaanbieder in staat moet stellen om te verifiëren dat de betalingsopdracht is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker.¹³

¹⁰ Voor de begrippen „betalingsdiensten” en „betalingsdienstgebruiker”, zie arrest van 11 april 2019, Mediterranean Shipping Company (Portugal) – Agentes de Navegação (C-295/18, EU:C:2019:320, punten 37-48 en 54).

¹¹ Deze zienswijze is in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof volgens welke „artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 aldus moet worden uitgelegd 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 in de zin van deze bepaling zijn” [arrest van 9 april 2014, T-Mobile Austria (C-616/11, EU:C:2014:242; hierna: „arrest T-Mobile Austria”, punten 29-44)].

¹² Arrest T-Mobile Austria, punten 33 en 34, en arrest van 11 november 2020, DenizBank (C-287/19, EU:C:2020:897, punten 69-72).

¹³ Arrest T-Mobile Austria, punten 31 en 33.

42. Het in artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 gedefinieerde begrip kan derhalve een tussen de betalingsdienstaanbieder en de gebruiker overeengekomen *geheel van procedures* omvatten, waarvan de gebruiker gebruikmaakt om een betalingsopdracht te initiëren.¹⁴

43. In casu was het aan Eurobank overgelegde document een afschrift van de beweerdelijk door een Italiaanse notaris afgegeven bijzondere (uitdrukkelijke) volmacht waarmee UA de gevolmachtigde machtigde om over het saldo van de betaalrekening te beschikken. Het afschrift was gewaarmerkt door middel van een apostille en was in het Bulgaars vertaald door een beëdigd vertaler.

44. Onder voorbehoud van wat ik hierna onmiddellijk zal toevoegen, is een bijzondere en uitdrukkelijke volmacht van de houder van de betaalrekening¹⁵ ten gunste van een gevolmachtigde, waarbij deze wordt gemachtigd om transacties ten laste van een bankrekening te verrichten, in beginsel geen betaalinstrument. Als zodanig stelt die volmacht de betalingsdienstaanbieder niet in staat om te verifiëren of de betalingsopdracht is geïnitieerd door een daartoe gemachtigde gebruiker en is zij geen instrument dat door de betalingsdienstaanbieder ter beschikking van de houder van een betaalrekening is gesteld.

45. Zoals ik reeds heb opgemerkt, kunnen betaalinstrumenten volgens artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 echter bestaan uit een *geheel van* tussen de betalingsdienstaanbieder en de gebruiker „overeengekomen” *procedures*. Niets staat eraan in de weg dat de volmacht wordt opgenomen in dat geheel van procedures, waarvoor het bestaan van een voorafgaande overeenkomst tussen de houder van de betaalrekening en de betalingsdienstaanbieder een noodzakelijke voorwaarde is.

46. In overeenstemming met dit vereiste bepaalt artikel 54, leden 1 en 2, van richtlijn 2007/64 dat betalingstransacties pas als toegestaan worden aangemerkt wanneer de betaler heeft ingestemd met de uitvoering van de betalingsopdracht en die instemming is verleend in de tussen de betaler en zijn betalingsdienstaanbieder overeengekomen vorm. Bij gebreke van een dergelijke instemming moet een betalingstransactie worden aangemerkt als niet toegestaan.

47. De sleutel voor de beantwoording van de prejudiciële vraag is derhalve gelegen in het al dan niet bestaan van een dergelijke overeenkomst tussen de gebruiker en de betalingsdienstaanbieder. Om de onzekerheden op dit punt weg te nemen, heeft de Apelativen sad Sofia een addendum aan de verwijzingsbeslissing toegevoegd, waaruit kan worden opgemaakt dat het raamcontract¹⁶ tussen Eurobank en UA onderworpen is aan de op 22 november 2017 onderschreven algemene voorwaarden en de volgende clausules bevat:

- clausule V.22, volgens welke de rekeninghouder persoonlijk over de geldmiddelen kan beschikken dan wel via een persoon die is gemachtigd bij notarieel gewaarmerkte volmacht, die een uitdrukkelijke wilsverklaring inzake het verrichten van beschikkingshandelingen ten aanzien van de geldmiddelen op de betaalrekening moet bevatten. Om over de geldmiddelen

¹⁴ Zo heeft het Hof de NFC-functie (*Near Field Communication*) van gepersonaliseerde multifunctionele betaalkaarten – gewoonlijk aangeduid als „contactloos betalen” – gekwalificeerd als een niet-gepersonaliseerd betaalinstrument, terwijl de andere functies van die kaarten gepersonaliseerde betaalinstrumenten zijn. Zie arrest van 11 november 2020, DenizBank (C-287/19, EU:C:2020:897, punt 79), en mijn conclusie van 30 april 2020, DenizBank (C-287/19, EU:C:2020:322, punten 29-51).

¹⁵ Voor het begrip „betaalrekening” zoals gedefinieerd in artikel 4, punt 14, van richtlijn 2007/64, zie arrest van 4 oktober 2018, ING-DiBa Direktbank Austria (C-191/17, EU:C:2018:809).

¹⁶ Volgens artikel 4, punt 12, van richtlijn 2007/64 wordt onder „raamcontract” verstaan „een betalingsdienstencontract dat de toekomstige uitvoering beheerst van afzonderlijke en opeenvolgende betalingstransacties en dat de verplichtingen en voorwaarden voor de opening van een betaalrekening kan omvatten”.

te beschikken via een gevolmachtigde, moet die gevolmachtigde de *originale volmacht* en een geldig identiteitsbewijs overleggen;

- clausule V.25, volgens welke de bank de aan haar voorgelegde volmachten en de handtekeningen daarop formeel moet verifiëren.

48. Het heeft er dus alle schijn van dat er tussen UA (als de houder van de betaalrekening) en Eurobank (als de betalingsdienstaanbieder) een *overeenkomst* bestond die voorzag in de mogelijkheid om een notariële volmacht te gebruiken om over de geldmiddelen op de rekening te beschikken. Het tussen de twee partijen ondertekende contract bevatte daartoe een geheel van formaliteiten (een procedure) die voor de betalingsdienstaanbieder noodzakelijk waren om de aan de gebruiker toegeschreven betalingsopdracht uit te voeren.

49. Vanuit dit oogpunt kan worden aanvaard dat de houder van de betaalrekening de betalingsdienstaanbieder op indirecte wijze, door middel van de notariële volmacht, kennisgeeft van zijn voornemen om betalingstransacties met de geldmiddelen op de betaalrekening uit te voeren. Dit type volmacht is derhalve het *eerste* element van het geheel van procedures dat door de betalingsdienstaanbieder en de gebruiker is „overeengekomen” voor de uitvoering van een betalingsopdracht.

50. Langs diezelfde lijn redenerend, zou de volmacht kunnen worden gekwalificeerd als een niet-gepersonaliseerd (indirect¹⁷ zou men kunnen zeggen) betaalinstrument omdat de gevolmachtigde handelingen op de betaalrekening kan verrichten door de notariële volmacht of een naar behoren gewaarmerkt afschrift daarvan over te leggen, zonder de noodzaak om een handmatig door de rekeninghouder ondertekende overschrijvingsopdracht te verstrekken. Indien er een dergelijke handmatig ondertekende opdracht van de rekeninghouder zou worden verlangd, zou de notariële volmacht voor het beheren van de betaalrekening haar zin verliezen, aangezien het in dat geval altijd noodzakelijk zou zijn dat de rekeninghouder de transacties verricht en met zijn handtekening bekrachtigt.

51. Het is juist dat de volmacht niet wordt verleend door de betalingsdienstaanbieder, maar door de rekeninghouder, ten gunste van een derde om namens hem opdrachten tot het uitvoeren van betalingstransacties te geven. Deze omstandigheid sluit echter niet uit dat de volmacht kan worden beschouwd als een onderdeel van het door de twee partijen overeengekomen geheel van procedures, dat het betaalinstrument vormt. Analooq daaraan is ook een overboeking waartoe persoonlijk bij het bankkantoor opdracht wordt gegeven, door middel van een handmatig ondertekende opdracht van de rekeninghouder, een betaalinstrument, ook al heeft de betalingsdienstaanbieder die overboeking niet zelf beschikbaar gesteld.

52. Het fiat van de betalingsdienstaanbieder, dat is gegeven in het raamcontract waarin wordt ingestemd met het gebruik van de notariële volmacht, is op zichzelf een blijk van de indirecte zeggenschap van de betalingsdienstaanbieder over dit type betaalinstrument, daar hij de mogelijkheid heeft om het gebruik ervan door de rekeninghouder al dan niet toe te staan.

¹⁷ In het arrest T-Mobile Austria, punt 39, wordt een voorbeeld gegeven van een van de meest gebruikelijke gepersonaliseerde betaalinstrumenten: „[V]oor het opstellen van een dergelijke acceptgiro [is] in de regel [...] vereist dat de betaler een specimen van zijn handtekening bij de kredietinstelling indient wanneer hij de betaalrekening opent, dat hij specifieke overschrijvingsformulieren gebruikt en dat hij die formulieren persoonlijk ondertekent. Deze instelling kan dan overgaan tot de authenticatie van de betalingsopdracht in de zin van artikel 4, punt 19, van [richtlijn 2007/64], door de op het overschrijvingsformulier aangebrachte handtekening te vergelijken met het eerder door de betaler ingediende specimen van zijn handtekening.”

53. Dit vastgesteld hebbende, merk ik op dat het debat zich heeft toegespitst op de vraag of de clausules V.22 en V.25 van het raamcontract tussen de kredietinstelling en haar cliënt dwingend voorschreven dat de *oorspronkelijke volmacht* moest worden overgelegd, zonder welke Eurobank de beschikking over de geldmiddelen niet zou kunnen toestaan. Het staat aan de verwijzende rechter om de voorwaarden van dat raamcontract uit te leggen in het licht van de feiten die naar zijn oordeel vaststaan.

54. Onder voorbehoud van het oordeel van de verwijzende rechter over de inhoud van dat contract ben ik de opvatting toegedaan dat, als antwoord op de eerste vraag, artikel 4, punt 23, van richtlijn 2007/64 aldus moet worden uitgelegd dat een bijzondere en uitdrukkelijke volmacht van de houder van de betaalrekening ten gunste van een gevolmachtigde om over de geldmiddelen te beschikken, in beginsel geen betaalinstrument is, tenzij de houder van de bankrekening en de betalingsdienstaanbieder anders zijn overeengekomen in de clausules van het raamcontract dat hen bindt.

55. In het laatste geval zou de notariële volmacht deel uitmaken van een geheel van procedures die door de betalingsdienstaanbieder en de betalingsdienstgebruiker zijn overeengekomen voor het initiëren van een betalingsopdracht. Aangezien niet kan worden uitgesloten dat dit in casu is gebeurd, staat de deur open voor het onderzoeken van de volgende prejudiciële vragen.

B. Tweede prejudiciële vraag

56. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de apostille die door de bevoegde buitenlandse autoriteit overeenkomstig het Apostilleverdrag is aangebracht „deel [uitmaakt] van de authenticatieprocedure voor zowel het betaalinstrument als de betalingstransactie in de zin van artikel 4, punt 19, gelezen in samenhang met artikel 59, [lid] 1, van [richtlijn 2007/64]”.

57. Ik zal de problemen die deze vraag opwerpt, wat de authenticatie en het Apostilleverdrag betreft, afzonderlijk analyseren.

1. Authenticatie

58. In richtlijn 2007/64 wordt naar dit begrip verwezen in twee contexten:

- In artikel 4, punt 19, wordt authenticatie gedefinieerd als de „procedure die de betalingsdienstaanbieder in staat stelt het gebruik van het betaalinstrument te verifiëren, met inbegrip van de gepersonaliseerde veiligheidskenmerken”.¹⁸
- Daar wordt in artikel 59, lid 1, aan toegevoegd dat wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie¹⁹ heeft toegestaan,

¹⁸ Richtlijn 2015/2366 heeft deze definitie aangevuld door in artikel 4, punt 29, van die richtlijn te bepalen dat authenticatie de betalingsdienstaanbieder in staat stelt om, naast het betaalinstrument, ook „de identiteit van een betalingsdienstgebruiker [te] verifiëren”. In artikel 4, punt 30, van richtlijn 2015/2366 is het nieuwe element van een „sterke cliëntauthenticatie” ingevoerd, gedefinieerd als „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 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”.

¹⁹ In artikel 4, punt 5, van richtlijn 2007/64 wordt „betalingstransactie” gedefinieerd als „een door de betaler of de begunstigde geïnitieerde handeling waarbij geldmiddelen worden gedeponereerd, overgemaakt of opgenomen, ongeacht of er onderliggende verplichtingen tussen de betaler en de begunstigde zijn”.

betalingsdienstaanbieders moeten bewijzen dat de betalingstransactie is *geauthentificeerd*, juist is geregistreerd en geboekt, en niet door een technische storing of enig ander falen is beïnvloed.

59. De betalingsdienstaanbieder moet de authenticatie gebruiken om te verifiëren dat de rekeninghouder heeft ingestemd met een of meer betalingstransacties. Authenticatie (van het betaalinstrument en van de transactie zelf) verleent de transacties waartoe de gevolmachtigde opdracht kan geven betrouwbaarheid en is van cruciaal belang voor de betalingsdienstaanbieder om de betalingsopdrachten correct uit te voeren en zichzelf te bevrijden van aansprakelijkheid.

60. Indien de gebruiker ontkent de betalingstransactie te hebben toegestaan, komt de bewijslast derhalve bij de betalingsdienstaanbieder te liggen. De omkering van de bewijslast is bijzonder voordelig voor de gebruiker: de betalingsdienstaanbieder moet aantonen welke omstandigheden hem op grond van richtlijn 2007/64 zouden ontslaan van zijn verplichting tot terugbetaling in het geval van betalingstransacties die de rekeninghouder verklaart niet te hebben toegestaan.

61. Het in die situatie opleggen van de bewijslast aan de betalingsdienstaanbieder is in overeenstemming met artikel 54, lid 1, van richtlijn 2007/64: betalingstransacties kunnen alleen worden geacht te zijn toegestaan indien de betaler vóór de uitvoering ervan dan wel erna, indien hij zulks is overeengekomen met de betalingsdienstaanbieder, heeft ingestemd met die uitvoering. Bij gebreke van een dergelijke instemming moet een betalingstransactie als niet toegestaan worden aangemerkt.

62. Volgens artikel 54, lid 2, van richtlijn 2007/64 moet de instemming met de uitvoering van een betalingstransactie of een reeks betalingstransacties worden verleend in de tussen de betaler en de betalingsdienstaanbieder overeengekomen vorm. Zoals in casu het geval is en zoals ik reeds heb opgemerkt, kunnen de gebruiker en de betalingsdienstaanbieder overeenkomen dat er gebruik kan worden gemaakt van een uitdrukkelijke volmacht om de instemming te verlenen en de gevolmachtigde de beschikking over de geldmiddelen op de betaalrekening te geven.

63. De volmacht is derhalve een van de instrumenten waarmee de betalingsdienstgebruiker uiting kan geven aan zijn instemming voor het uitvoeren van betalingstransacties vanaf zijn rekening, geëffectueerd door de gevolmachtigde.

64. Aangezien in deze context de bewijslast voor het bestaan van de instemming van de betaalrekeninghouder berust bij de betalingsdienstaanbieder, moet deze, om geen aansprakelijkheid op te lopen, de authenticatieprocedure voor de volmacht met de grootst mogelijke zorgvuldigheid uitvoeren.

65. De tussenkomst van een notaris is een element dat in beginsel de waarheidsgetrouwheid en betrouwbaarheid van de volmacht waarborgt. Die notariële tussenkomst wordt echter niet door richtlijn 2007/64 geregeld en moet plaatsvinden overeenkomstig de regels van nationaal recht.²⁰

66. Wanneer de gebruiker en de betalingsdienstaanbieder zijn overeengekomen dat de volmacht deel uitmaakt van het geheel van overeengekomen procedures voor het initiëren van een betalingsopdracht, is de authenticatie van de volmacht kortom een dwingend vereiste, zodat de betalingsdienstaanbieder kan verifiëren dat de rekeninghouder de gevolmachtigde heeft gemachtigd tot het uitvoeren van betalingstransacties.

²⁰ Volgens de Bulgaarse regering vereisen die regels een notariële waarmerking van de handtekening op de volmacht om over de geldmiddelen op een betaalrekening te kunnen beschikken.

67. Onderzocht dient nu nog te worden hoe de apostille als bedoeld in het betreffende Haagse Verdrag van invloed is op de authenticatieprocedure voor de volmacht.

2. Apostillevrdrag

68. Volgens de door de verwijzende rechter en partijen verstrekte informatie is er een moeilijkheid gerezen met betrekking tot de echtheid van het door MK aan Eurobank overgelegde document.

69. Zoals het ernaar uitziet, heeft MK een door de notaris in Milaan (Italië) gewaarmerkt afschrift van de oorspronkelijke volmacht overgelegd, met daarop een apostille van de Italiaanse autoriteit die bevoegd is om de desbetreffende formele handeling uit te voeren.

70. De notaris heeft op de vragen van Eurobank geantwoord met de waarschuwing dat de volmacht vals was. Blijkens de door de verwijzende rechter gelaste rogatoire commissie heeft de Italiaanse autoriteit de waarheidsgetrouwheid van de apostille op het afschrift van de volmacht bevestigd.²¹

71. Deze discrepantie moet door de verwijzende rechter worden opgelost om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een frauduleuze handeling. Het staat ook aan de verwijzende rechter om het raamcontract tussen UA en Eurobank uit te leggen in het licht van het nationale recht teneinde te beslissen of, volgens de clausules van dat contract, het afschrift van de notariële volmacht niet volstond²², maar de – naar behoren door de opdrachtgever ondertekende – *originele* volmacht moest worden overgelegd.

72. Het Unierecht bevat geen specifieke bepaling die van toepassing is op de waarmerking van een notariële volmacht om te beschikken over een betaalrekening. Verordening (EU) 2016/1191²³ heeft een vereenvoudigde procedure voor de waarmerking van openbare akten vastgesteld, maar die akten omsluiten niet een notariële volmacht die wordt verleend om over de geldmiddelen op een betaalrekening te beschikken.²⁴

73. De verwijzende rechter verklaart dat het Apostillevrdrag²⁵ van toepassing is op de waarmerking in Bulgarije van een volmacht om over geldmiddelen op een bankrekening te beschikken. In dat verdrag [artikel 1, tweede alinea, onder c)] worden notariële akten aangemerkt als openbare akten.

²¹ De apostille certificeert alleen de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar heeft gehandeld en, in voorkomend geval, de identiteit van het zegel of het stempel op het stuk. Zie artikel 5 van het Apostillevrdrag.

²² Eurobank betoogt dat in het Bulgaarse en in het Italiaanse recht een notarieel afschrift van een openbare akte (in casu een volmacht) dezelfde bewijskracht heeft als het origineel van dat document.

²³ Verordening van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 2016 inzake de bevordering van het vrije verkeer van burgers door vereenvoudigde overlegging van bepaalde openbare documenten in de Europese Unie en tot wijziging van verordening (EU) nr. 1024/2012 (PB 2016, L 200, blz. 1). De afschaffing van de legalisatie en soortgelijke formaliteiten is een regel die gemeenschappelijk is voor de Europese verordeningen betreffende justitiële samenwerking in burgerlijke zaken, waar het gaat om documenten die in een lidstaat zijn afgegeven in het kader van de betrokken verordening: zie bijvoorbeeld artikel 61 van verordening (EU) nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (PB 2012, L 351, blz. 1).

²⁴ Artikel 2 van die verordening beperkt de toepassing ervan tot openbare akten die overeenkomstig het nationaal recht door de autoriteiten van een lidstaat worden afgegeven en die aan de autoriteiten van een andere lidstaat moeten worden overgelegd en waarvan de belangrijkste doelstelling bestaat in het vaststellen van een of meer feiten betreffende de burgerlijke staat van de persoon die relevant zijn voor het vrije verkeer op het grondgebied van de Unie (geboorte, overlijden, naam, nationaliteit enz.).

²⁵ Italië en Bulgarije zijn partij bij het Apostillevrdrag, zoals ook alle andere lidstaten van de Unie dat zijn. De Unie zelf is dat echter niet, en dat verdrag maakt geen deel uit van het Unierecht.

74. Krachtens dit verdrag, dat betrekking heeft op openbare akten die op het grondgebied van een verdragsluitende staat worden verleden en op het grondgebied van een andere verdragsluitende staat moeten worden overgelegd:

- moet elke verdragsluitende staat de stukken waarop het verdrag van toepassing is en die op zijn grondgebied moeten worden overgelegd, vrijstellen van legalisatie;
- is de enige formaliteit die is vereist om de echtheid van de handtekening, de hoedanigheid waarin de ondertekenaar van het document heeft gehandeld en, in voorkomend geval, de identiteit van het zegel of het stempel dat op het stuk is aangebracht te bevestigen, het aanbrengen van de in artikel 4 bedoelde apostille, afgegeven door de bevoegde autoriteit van de staat waaruit het stuk afkomstig is.

75. Het verdrag vervangt dus het traditionele en omslachtige legalisatieproces door één enkele formaliteit, namelijk de afgifte van een echtheidscertificaat, apostille genoemd, door de staat van herkomst. De apostille certificeert de echtheid van de herkomst van een openbare akte zodat die in een ander land kan worden overgelegd, mits dat land partij bij het verdrag is. De apostille heeft derhalve hetzelfde rechtsgevolg als de legalisatie.²⁶

76. Hoewel het Hof niet bevoegd is om het Apostillevetrag uit te leggen (aangezien dat verdrag geen deel uitmaakt van het Unierecht), staat niets eraan in de weg dat het Hof bij het uitleggen van de bepalingen van richtlijn 2007/64 aan de verwijzende rechter te kennen geeft dat de apostille die door een buitenlandse autoriteit in het kader van dat verdrag is aangebracht, een van de middelen is die de betalingsdienstaanbieder kan toepassen bij het authenticeren van een betaalinstrument, wanneer dit in een buitenlandse openbare akte is opgenomen.

C. Derde prejudiciële vraag

77. De verwijzende rechter wenst te vernemen of hij er, wanneer er sprake is van een in formeel (uiterlijk) opzicht correct betaalinstrument, van uit kan gaan dat de rekeninghouder de betalingstransactie heeft toegestaan, dat wil zeggen dat deze heeft ingestemd met de uitvoering ervan.

78. De beantwoording van deze vraag vereist dat het Hof zich eerst buigt over de geharmoniseerde regeling inzake de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders²⁷ en van gebruikers voor betalingstransacties die niet door de gebruiker zijn toegestaan.

79. Ik zal eerst de kenmerken van die aansprakelijkheidsregeling analyseren en vervolgens enkele gedachten formuleren die voor de verwijzende rechter van nuttige toepassing zouden kunnen zijn voor de onderhavige zaak.

²⁶ Voor een uitgebreide toelichting op de toepassing van dit verdrag, zie de praktische handleiding over de werking van het Apostillevetrag van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, editie van 2023.

²⁷ Over de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders, zie Guimarães, M. R., „Los medios de pago en el derecho europeo y en los instrumentos europeos de armonización del derecho privado”, *Banca, Borsa, Titoli di Credito*, 2017, nr. 4, blz. 571-574; Janczuk-Gorywoda, A., „Enforcing smart: exploiting complementarity of public and private enforcement in the Payment Services Directive 2”, in Cherednychenko, O. en Andenas, M., *Financial Regulation and Civil Liability in European Law*, Edward Elgar, 2020, blz. 115-137, en Paglietti, C. M., „Restitution and Liability in the Multilevel Regulatory Framework of Unauthorized Digital Payment Transactions”, *European Review of Private Law*, 2022, nr. 1, blz. 165.

1. Aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders voor betalingstransacties die niet door de gebruiker zijn toegestaan

80. Volgens artikel 60 van richtlijn 2007/64, gelezen in samenhang met de artikelen 58 en 59 ervan, berust de aansprakelijkheid voor verliezen die worden geleden als gevolg van niet-toegestane betalingstransacties in beginsel bij de betalingsdienstaanbieder en niet bij de gebruiker. Die laatste kan zich echter onder bepaalde omstandigheden gedwongen zien om die verliezen te dragen.

81. De verwijzende rechter vraagt zich af of een louter formele (uiterlijke) authenticatie van het betaalinstrument de betalingsdienstaanbieder vrijstelt van aansprakelijkheid.

82. Uit de overwegingen die de verwijzende rechter uiteenzet in de verwijzingsbeslissing kan worden afgeleid dat in zijn optiek:

- de letterlijke uitlegging van de in richtlijn 2007/64 vastgestelde vrijstellingsgronden zou inhouden dat een betalingsdienstaanbieder, „hoewel hij te goeder trouw heeft gehandeld (met inachtneming van de zorgvuldigheid van een oplettend koopman), volledig voor een verrichte niet-toegestane betalingstransactie aansprakelijk is. [Om] van aansprakelijkheid te worden vrijgesteld, [moet de betalingsdienstaanbieder] een gekwalificeerde vorm van schuld van de zijde van de betaler bewijzen, die opzettelijk (waaronder met frauduleuze bedoelingen) of met grove nalatigheid moet hebben gehandeld”;
- een dergelijke uitlegging de betalingsdienstaanbieder zou blootstellen aan aanzienlijke vermogensverliezen, ook al heeft hij te goeder trouw gehandeld, in de zin dat hij alle benodigde maatregelen heeft genomen die in overeenstemming zijn met de wettelijke vereisten en goede handelspraktijken. Dat zou afbreuk doen aan het goede verloop van de uitvoering van betalingsdiensten, hetgeen niet strookt met het doel van richtlijn 2007/64, te weten bevordering van het vrije verkeer van diensten en kapitaal;
- volgens een teleologische, logische en systematische uitlegging van de in richtlijn 2007/64 neergelegde gronden waarop de betalingsdienstaanbieder kan worden vrijgesteld van aansprakelijkheid, echter een andere oplossing mogelijk zou zijn.

83. Bij de uitlegging van bepalingen van Unierecht dient niet alleen rekening te worden gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context ervan en met de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaken.²⁸

84. Ten aanzien van de toepasselijke bepalingen van richtlijn 2007/64 heeft het Hof reeds het volgende bevestigd:

- De letterlijke uitlegging van de artikelen 58 en 60 van richtlijn 2007/64 stelt de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder in geval van een niet-toegestane betaling afhankelijk van de kennisgeving van die betaling door de gebruiker. Indien die gebruiker de betalingsdienstaanbieder niet binnen dertien maanden na de niet-toegestane debitering kennis heeft gegeven van een niet-toegestane transactie, kan hij die aanbieder niet aansprakelijk

²⁸ Arresten van 24 maart 2021, MCP (C-603/20 PPU, EU:C:2021:231, punt 37), en 2 september 2021, CRCAM (C-337/20, EU:C:2021:671; hierna: „arrest CRCAM”, punt 31).

stellen, ook niet op basis van het gemene recht, en kan hij bijgevolg geen terugbetaling van die niet-toegestane transactie verkrijgen.²⁹

- Een letterlijke en contextuele uitlegging van artikel 60, lid 1, van richtlijn 2007/64 bevestigt deze redenering, die wordt toegepast op zowel niet-toegestane transacties als gebrekkig uitgevoerde transacties.³⁰ Voornoemde bepaling is opgesteld in stringente bewoordingen: de betalingsdienstaanbieder moet de betaler onmiddellijk het bedrag van de niet-toegestane betalingstransactie terugbetalen en, in voorkomend geval, de betaalrekening die met dat bedrag was gedebiteerd herstellen in de toestand zoals die geweest zou zijn indien de niet-toegestane betalingstransactie niet had plaatsgevonden.
- De teleologische uitlegging van artikel 58 en artikel 60, lid 1, van richtlijn 2007/64 bevestigt de letterlijke en de contextuele uitlegging van die bepalingen.³¹
- De ontstaansgeschiedenis van richtlijn 2007/64³² ondersteunt het voorgaande, alsook dat er in het nationale recht geen andere aansprakelijkheidsregeling kan worden ingevoerd.³³

85. Zodra de noodzakelijke kennisgeving (van een niet-toegestane transactie) binnen de voorgeschreven termijn is gedaan, is de betalingsdienstaanbieder dus gehouden tot onmiddellijke terugbetaling.

86. Tot deze aansprakelijkheidsregeling behoort het mechanisme voor de verdeling van de bewijslast, dat, zoals ik reeds heb opgemerkt, bijzonder voordelig is voor de gebruiker: het is de betalingsdienstaanbieder, en niet de gebruiker, die bewijs moet leveren voor de omstandigheden die hem zouden vrijstellen van de terugbetalingsplicht, dat wil zeggen dat hij moet aantonen dat de betalingstransactie geauthentificeerd, juist geregistreerd en geboekt is.³⁴

87. Zoals advocaat-generaal Saugmandsgaard Øe heeft samengevat in zijn conclusie in de zaak CRCAM „[heeft de] Uniewetgever [...] een aansprakelijkheidsregeling vastgesteld die berust op drie essentiële en onderling samenhangende elementen, te weten een [...] kennisgevingsverplichting voor de betalingsdienstgebruiker, de [...] toewijzing van de bewijslast aan de betalingsdienstaanbieder, en ten slotte, indien deze het bewijs niet levert, de aansprakelijkheid van die aanbieder op grond van de artikelen 60 en 75 van die richtlijn, naargelang de transactie niet is toegestaan, niet is uitgevoerd of gebrekkig is uitgevoerd”.³⁵

88. In artikel 86 van richtlijn 2007/64, met als opschrift „Volledige harmonisatie”, wordt bepaald dat „[o]nverminderd [meerdere aldaar genoemde bepalingen van die richtlijn] [...] de lidstaten, in zoverre deze richtlijn geharmoniseerde bepalingen bevat, geen andere bepalingen [mogen] handhaven of vaststellen dan die welke in deze richtlijn zijn vervat”.

²⁹ Arrest CRCAM, punten 34 en 36.

³⁰ Arrest CRCAM, punten 37-42.

³¹ Arrest CRCAM, punten 43-46.

³² Arrest CRCAM, punten 47-51.

³³ In de punten 41 en 42 van het arrest CRCAM heeft het Hof bevestigd dat de aansprakelijkheidsregeling voor betalingsdienstaanbieders in richtlijn 2007/64 „volledig is geharmoniseerd, zodat de lidstaten geen parallelle aansprakelijkheidsregeling voor hetzelfde feit in stand kunnen houden”.

³⁴ In de praktijk verplicht de bewijsregeling van artikel 59 van richtlijn 2007/64 de betalingsdienstaanbieder tot onmiddellijke terugbetaling zodra de in artikel 58 van die richtlijn bepaalde kennisgeving binnen de hiervoor voorgeschreven termijn heeft plaatsgevonden. Arrest CRCAM, punt 40.

³⁵ Conclusie in zaak C-337/20, EU:C:2021:564, punt 53.

89. Aangezien de artikelen 58, 59 en 60 van richtlijn 2007/64 niet behoren tot de bepalingen waarvoor artikel 86 de lidstaten bij de tenuitvoerlegging ervan speelruimte laat, heeft het Hof afgeleid dat de in die artikelen neergelegde aansprakelijkheidsregeling voor betalingsdienstaanbieders volledig is geharmoniseerd, zodat de lidstaten geen parallelle aansprakelijkheidsregeling voor hetzelfde feit in stand kunnen houden.³⁶

90. Diezelfde lijn wordt gevolgd in de overwegingen 1 en 4 van richtlijn 2007/64: de in die richtlijn neergelegde geharmoniseerde aansprakelijkheidsregeling kan niet bestaan naast een andere nationale aansprakelijkheidsregeling die op dezelfde feiten en gronden is gebaseerd en die afbreuk doet aan de doelstellingen en het nuttig effect van de richtlijn.³⁷

2. Invloed van de aansprakelijkheidsregeling voor betalingsdienstaanbieders op het hoofdgeding

91. Niet ter discussie staat dat UA, als houder van de betaalrekening, Eurobank binnen de in artikel 58 van richtlijn 2007/64 vastgestelde termijn kennis heeft gegeven van het bestaan van de niet-toegestane, door zijn vermeende gemachtigde MK uitgevoerde betalingstransacties.

92. Eurobank voert het afschrift met apostille van de door UA voor een Italiaanse notaris verleende volmacht aan MK aan als authenticatie-element dat bewijs voor de instemming door de gebruiker zou vormen. De Italiaanse notaris stelt echter dat de volmacht en het afschrift vervalsingen waren. Op het afschrift dat MK aan de bank heeft overgelegd om opdracht tot de overboekingen te geven, ontbrak kennelijk de handtekening van de volmachtgever en houder van de rekening, waardoor de bank niet kon overgaan tot een vergelijking van de handtekeningen. Ook staat het niet vast dat Eurobank andere, alternatieve middelen heeft gebruikt (zoals opgenomen telefoongesprekken) om zich ervan te vergewissen dat UA had ingestemd met de door MK gegeven overboekingsopdrachten.

93. Volgens artikel 59, lid 2, van richtlijn 2007/64 vormt, wanneer een betalingsdienstgebruiker ontkent dat hij een uitgevoerde betalingstransactie heeft toegestaan (zoals in casu het geval is), het feit dat het gebruik van een betaalinstrument door de betalingsdienstaanbieder is geregistreerd „op zichzelf niet noodzakelijkerwijze afdoende bewijs dat de betalingstransactie door de betaler is toegestaan of dat de betaler frauduleus heeft gehandeld of opzettelijk of met grove nalatigheid een of meer van zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 56 niet is nagekomen”.

94. Uit die regel volgt dat het gebruik van het aan Eurobank voorgelegde betaalinstrument in de vorm van een – gewaarmerkt en van een apostille voorzien – afschrift van de (valse) volmacht mogelijk niet volstaat als bewijs voor de instemming van de betaler.

95. Indien de omstandigheden aanleiding gaven tot gegronde twijfels over het betaalinstrument, had de betalingsdienstaanbieder meer zorgvuldigheid moeten betrachten bij het verifiëren van de waarheidsgetrouwheid ervan, teneinde die twijfels weg te nemen en volledige zekerheid te verkrijgen dat de houder van de betaalrekening had ingestemd met de betrokken transacties. Alleen zo wordt voldaan aan het in richtlijn 2007/64 opgenomen doel van bescherming van gebruikers van betalingsdiensten, met name wanneer zij consumenten zijn.³⁸

³⁶ Arrest CRCAM, punten 41 en 42.

³⁷ Arrest CRCAM, punten 44 en 45. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Szpunar van 7 juli 2022, Beobank (C-351/21, EU:C:2022:541, punten 42, 43 en 50).

³⁸ Arresten van 25 januari 2017, BAWAG (C-375/15, EU:C:2017:38, punt 45), en 2 april 2020, PrivatBank (C-480/18, EU:C:2020:274, punt 66).

96. Mijns inziens kon de betalingsdienstaanbieder zich, gezien de bijzondere omstandigheden van het geval, niet beperken tot een louter formele (uiterlijke) authenticatie van het notariële afschrift van een volmacht, dat door de bevoegde autoriteit van een ander land was voorzien van een apostille.

97. Richtlijn 2007/64 en de opvolger daarvan, richtlijn 2015/2366, hebben het beginsel „eerst betalen, daarna pas argumenteren” ingevoerd met betrekking tot de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders, met als doel om de bescherming van de gebruikers van betalingsdiensten te versterken.³⁹

98. Zoals ik reeds heb uiteengezet, is het aan de betalingsdienstaanbieders om het bewijs te leveren dat de gebruiker heeft ingestemd met een betalingstransactie of dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan fraude of grove nalatigheid. De bewijslast die op de betalingsdienstaanbieders rust, is, het zij nogmaals gezegd, zwaar.

99. De geharmoniseerde regeling inzake de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders voor niet-toegestane betalingstransacties kan niet worden versoepeld door gebruik te maken van nationale regels⁴⁰ die voorzien in een beperktere aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders (in verhouding tot de strengere aansprakelijkheid die voortvloeit uit richtlijn 2007/64). De nationale rechter moet voorrang geven aan richtlijn 2007/64, met toepassing van artikel 86 juncto de artikelen 58, 59 en 60 ervan.

100. Het door de verwijzende rechter ingebrachte argument (namelijk dat een strikte aansprakelijkheidsregeling ter bescherming van de gebruikers een negatief effect zou hebben op de activiteiten van betalingsdienstaanbieders) volstaat niet om de voorgaande overwegingen hun geldigheid te ontnemen. De Europese wetgever heeft de voors en tegens van de verschillende opties tegen elkaar afgewogen en gekozen voor de optie die in zijn opvatting het gemeenschappelijk belang het best dient.

101. De formele en materiële authenticatie van betaalinstrumenten is, in het kader van de optie die in richtlijn 2007/64 is opgenomen, van essentieel belang om rechtszekerheid te bieden aan de partijen die betrokken zijn bij betalingstransacties. Daarenboven is die authenticatie noodzakelijk voor de goede werking van het betalingsverkeer in de Unie, hetgeen inhoudt dat het vrije verkeer van kapitaal wordt bevorderd.

102. Al met al moeten de artikelen 58, 59 en 60 van richtlijn 2007/64, gelezen in samenhang met artikel 86 ervan, naar mijn oordeel aldus worden uitgelegd dat in omstandigheden die aanleiding geven tot twijfel over de geldigheid van het betaalinstrument:

- een louter formele (uiterlijke) authenticatie van dat betaalinstrument betalingsdienstaanbieders niet vrijstelt van aansprakelijkheid voor de uitvoering van betalingstransacties die door de betaler niet zijn toegestaan, en

³⁹ Zie Guimarães, M. R., en Steennot, R., „Allocation of Liability in Case of Payment Fraud: Who Bears the Risk of Innovation? A Comparison of Belgian and Portuguese Law in the Context of PSD2”, *European Review of Private Law*, 2022, nr. 1, blz. 47-48.

⁴⁰ In casu is in dit verband artikel 75, lid 2, van de Bulgaarse wet inzake verbintenissen en overeenkomsten aangevoerd. Op grond van die bepaling wordt de schuldenaar van zijn verplichtingen ontslagen wanneer hij te goeder trouw een verplichting is nagekomen tegenover een persoon die op grond van ondubbelzinnige omstandigheden gerechtigd lijkt de prestatie in ontvangst te nemen. Deze algemene aansprakelijkheidsregeling is derhalve niet in overeenstemming met de specifieke regeling voor betalingsdienstaanbieders die voortvloeit uit de artikelen 58, 59, 60 en 86 van richtlijn 2007/64.

- een in het nationale recht van een lidstaat ingestelde aansprakelijkheidsregeling die de aansprakelijkheid van betalingsdienstaanbieders voor niet-toegestane betalingstransacties beperkt of vrijstelt, niet strookt met voornoemde artikelen indien betalingsdienstaanbieders een louter formele (uiterlijke) authenticatie van het betaalinstrument uitvoeren.

V. Conclusie

103. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging om de Apelativen sad Sofia te antwoorden als volgt:

„Artikel 4, punten 19 en 23, en de artikelen 58, 59 en 60, gelezen in samenhang met artikel 86, van 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

moeten aldus worden uitgelegd dat

- 1) een bijzondere en uitdrukkelijke volmacht van de houder van de betaalrekening waarbij een gevolmachtigde wordt gemachtigd om te beschikken over de geldmiddelen op die rekening, in beginsel geen betaalinstrument is, tenzij anders is overeengekomen tussen de houder van de betaalrekening en de betalingsdienstaanbieder en de daartoe strekkende bepaling uitdrukkelijk is opgenomen in de clausules van het raamcontract dat hen bindt. In dat geval zou de notariële volmacht deel uitmaken van een geheel van procedures die tussen de betalingsdienstaanbieder en de gebruiker van die dienst zijn overeengekomen voor het initiëren van een betalingsopdracht;
- 2) de apostille die door de bevoegde buitenlandse autoriteit is aangebracht overeenkomstig het Verdrag van 5 oktober 1961 tot afschaffing van het vereiste van legalisatie van buitenlandse openbare akten, een van de middelen is die de betalingsdienstaanbieder kan gebruiken om een betaalinstrument te authenticeren indien dat middel is opgenomen in een buitenlandse openbare akte;
- 3) de nationale rechter een in het recht van een lidstaat ingevoerde regeling met betrekking tot de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder die niet geheel in overeenstemming is met het bepaalde in de artikelen 58, 59 en 60, gelezen in samenhang met artikel 86, van richtlijn 2007/64, buiten toepassing moet laten indien er betalingstransacties zijn uitgevoerd die door de betaler niet zijn toegestaan;
- 4) wanneer de omstandigheden aanleiding geven tot twijfel over de geldigheid van het betaalinstrument en de gebruiker ontkent dat hij heeft ingestemd met een reeds uitgevoerde betalingstransactie, een betalingsdienstaanbieder die een louter formele (uiterlijke) authenticatie van dat betaalinstrument verricht, niet is vrijgesteld van aansprakelijkheid voor de uitvoering van die transactie.”