



Datum van
inontvangstneming

:

08/09/2021

Zaak C-448/21

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

21 juli 2021

Verwijzende rechter:

Tribunal Judicial da Comarca do Porto – Juízo Central Cível
[burgerlijke rechter in eerste aanleg van het gerechtelijk district
Porto (Portugal)]

Datum van de verwijzingsbeslissing:

5 februari 2021

Verzoekende partij in eerste aanleg:

Portugália – Administração de Patrimónios, SGPS, S.A. [Portugália
– Patrimoniumbeheer, SGPS, NV]

Verwerende partij in eerste aanleg:

Banco BPI, S.A. [Banco BPI NV]

**Tribunal Judicial da Comarca do Porto (burgerlijke rechter in eerste aanleg
van het gerechtelijk district Porto, Portugal)**

Porto – JC Cível (centrale burgerlijke afdeling) – Juiz 5 (rechtbank nr. 5)

[*omissis*] 5.º Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do
Porto, Portugal (burgerlijke rechter in eerste aanleg van het gerechtelijk
district Porto (Portugal), centrale burgerlijke afdeling, rechtbank nr. 5)

Verzoekende partij in eerste aanleg: Portugália – Administração de Patrimónios,
SGPS, S.A. (Portugália – Patrimoniumbeheer, SGPS, NV), met
maatschappelijke zetel in Lissabon, Portugal [*omissis*]

Verwerende partij in eerste aanleg: BANCO BPI, S.A. (Banco BPI NV), met
maatschappelijke zetel in Porto, Portugal [*omissis*]

VERZOEK OM EEN PREJUDICIELE BESLISSING

Uitlegging van de richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015

[Artikel 267, lid 1, onder b), en lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie]

De Juízo Central Cível do Porto do Tribunal Judicial da Comarca do Porto verzoekt het Hof van Justitie om een antwoord op de volgende prejudiciële vragen met betrekking tot de uitlegging van artikelen 61, 72, 73 en 74 van richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015, omdat de rechtbank dit nodig vindt voor de oplossing van het aanhangige geding.

[*omissis*]

A. *Prejudiciële vragen*

- I. Vormt de uitvoering, door tussenkomst van een medewerker van de betalingsdienaarbieder, van een op schrift gestelde, gescande en per e-mail verzonden betalingsopdracht, die vanaf een door de gebruiker gecreëerd e-mailadres naar de betalingsdienaarbieder wordt gezonden, een „betalingsopdracht” zoals bedoeld in artikel 73, lid 1, van de richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 (hierna „richtlijn”)?
- II. Moet artikel 73, lid 1 van de richtlijn in die zin worden uitgelegd dat
 - II.I. onverminderd het bepaalde in artikel 71 of een naar behoren gemeld redelijk vermoeden van fraude, de loutere kennisgeving van een niet-toegestane betalingstransactie, zonder overlegging van bewijsstukken, volstaat om de verplichting (van de betalingsdienaarbieder) tot terugbetaling (aan de betaler) te doen ontstaan?
 - II.II. Indien het antwoord op de vorige vraag bevestigend luidt, kan de regel dat de loutere mededeling door de betaler voldoende is, dan worden uitgesloten door een overeenkomst tussen partijen (betaler en betalingsdienaarbieder) over de niet-toepassing van de in artikel 72 van de richtlijn neergelegde regels inzake de bewijslast, zoals is toegestaan bij artikel 61, lid 1 van de richtlijn?
 - II.III. Indien het antwoord op de vorige vraag bevestigend luidt, is dan, in gevallen waarin de toepassing van artikel 72 van de richtlijn is uitgesloten en de wettelijke of contractuele regels de betaler verplichten het bewijs te leveren dat de transactie niet was toegestaan, de betalingsdienaarbieder alleen verplicht tot onmiddellijke terugbetaling ten gunste van de betaler indien de betaler dat bewijs levert?

III. Staat artikel 61, lid 1 van de richtlijn de betalingsdienstgebruiker (die geen consument is) en de betalingsdienstaanbieder toe om niet alleen de toepassing van bepalingen van artikel 74 van de richtlijn uit te sluiten, maar ook om in plaats van de uitgesloten bepalingen een zwaardere aansprakelijkheid van de betaler overeen te komen, waarbij met name wordt afgeweken van de bepalingen van artikel 73 van de richtlijn?

B. Korte uiteenzetting van het hoofdgeding

- 1 De verzoekende partij, Portugália, SGPS, S.A. (hierna „Portugália”) heeft een bankrekening bij de verwerende partij, Banco BPI, S.A (hierna „Banco BPI”). Portugália heeft tegen die bank een vordering ingesteld tot terugbetaling van 2 500 000 EUR, vermeerderd met rente.
- 2 Portugália stelt dat Banco BPI voormeld bedrag zonder haar toestemming van haar bankrekening heeft afgeschreven.
- 3 Het verweer van Banco BPI luidt dat deze transactie is uitgevoerd in overeenstemming met de per e-mail ontvangen instructies.

C. Korte uiteenzetting van de feiten

- 4 Portugália is een naamloze vennootschap met een bedrijfsresultaat van 9 039.882,33 EUR in het boekjaar 2018. Zij heeft een rekening-courant bij Banco BPI, een kredietinstelling die ingeschreven is in het register van de Banco de Portugal (nationale bank van Portugal).
- 5 Portugália verzocht Banco BPI haar toe te staan om deze kredietinstelling per e-mail opdrachten te kunnen toezenden voor transacties vanaf haar rekening.
- 6 In januari 2018 sloten de partijen een schriftelijke overeenkomst om de uitvoering per fax of per e-mail van instructies met betrekking tot de bankrekening van de verzoekende partij toe te staan. Deze overeenkomst luidde als volgt:
 - 6.1. „Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, S.A. [...] machtigt Banco BPI, S.A. [...] tot het uitvoeren van alle soorten transacties waartoe Portugália per fax of e-mail opdracht geeft [...] welke transacties moeten worden uitgevoerd vanaf de hieronder aangegeven bankrekeningen bij Banco BPI, S.A. [...] waarvan Portugália de houder is.”
 - 6.2. „Met het oog hierop staat Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, SA Banco BPI, S.A., a [...] b) toe om instructies die per e-mail worden gegeven uit te voeren, doch enkel indien ze vergezeld zijn van een scan van de instructie welke naar behoren is ondertekend met de geldige handtekening(en) van een persoon/personen met voldoende volmacht om rekeningtransacties te verrichten.”

- 6.3. „Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, SA erkent [...] dat de aansprakelijkheid van Banco BPI, S.A. beperkt is tot het nakijken van de eerder vastgelegde vereisten [...]. Portugália – Adm de Patrimónios, SGPS, SA aanvaardt de volledige verantwoordelijkheid voor het niet-toegestane, oneigenlijk of frauduleus gebruik [...] van e-mail, alsook alle gevolgen ervan. Zij draagt dus alle schade die het gevolg is van de uitvoering van opdrachten vanaf haar rekening(en) die op een of andere wijze vervalst of vervormd zijn, of die niet uitgaan van de rekeninghouder(s). [...] De bank aanvaardt geen aansprakelijkheid voor schade door het gebruik [...] van e-mail, met inbegrip van schade die het gevolg is van vertragingen, verliezen, aanvallen en wijzigingen van of misverstanden met betrekking tot de doorgestuurde informatie. Hetzelfde geldt voor vervalsing van handtekeningen of documenten.”
- 7 Het e-mailadres van Portugália is beveiligd met een wachtwoord dat de onderneming zelf heeft ingesteld en dat niet is geïntegreerd in de elektronische bankdienst die Banco BPI ter beschikking stelt.
- 8 Banco BPI was op geen enkele wijze betrokken bij het creëren van het e-mailadres van Portugália, stelde geen toegangsgegevens ter beschikking voor het gebruik van het e-mailadres en stelde geen ruimte ter beschikking op zijn servers voor dit e-mailadres.
- 9 Op 25 maart 2020 heeft een derde zich, op niet nader genoemde wijze, zonder toestemming toegang tot het e-mailadres van Portugália verschaft en vanaf dit adres een overschrijvingsopdracht voor een bedrag van 2.500.000 EUR naar het kantoor van Banco BPI gezonden.
- 10 De administratieve afdeling van Banco BPI heeft de door Portugália niet-toegestane overschrijvingsopdracht van 25 maart uitgevoerd, nadat zij de handtekeningen op de ontvangen opdracht had vergeleken met de handtekeningen van de vertegenwoordigers van Portugália, die geregistreerd waren in haar informaticasysteem.

D. Toepasselijke bepalingen van nationaal recht

- 11 Op deze zaak zijn artikel 100, lid 2, artikel 113, leden 1 en 3, en artikel 114, leden 1 en 2 van het Decreto-Lei n.º 91/2018 (wetsbesluit nr. 91/2018) van 12 november van toepassing (dit besluit zet de richtlijn om in nationaal recht).
- 12 In deze artikelen zijn de bepalingen van artikelen 61, 72, 73 en 74 van de richtlijn¹ zonder inhoudelijke wijzigingen overgenomen. Het wordt derhalve niet nodig geacht deze hier weer te geven.

¹ Behalve wanneer een andere bron wordt vermeld, verwijzen de hier vermelde artikels steeds naar de richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015.

[*omissis*]

13 [*omissis*]

14 [*omissis*]

15 [*omissis*]

16 [*omissis*]

F. Redenen waarom er twijfel rijst over de uitlegging van de richtlijn

F.1. Voorafgaande beschouwingen – Inpassing van het geschil in de richtlijn

- 17 De verwerende partij voert aan dat de regel die in artikel 73, lid 1, is vastgelegd niet van toepassing is op betalingstransacties die worden verricht met „betaalinstrumenten” die een handeling (het uitvoeren van het order) van de betalingsdienstaanbieder, met name de tussenkomst van zijn werknemers, vereisen [*omissis*]. Ook stelt de verwerende partij dat de partijen contractueel kunnen vastleggen dat de regel die in artikel 73, lid 1, van de richtlijn is vastgelegd, niet van toepassing is wanneer de gebruiker geen „consument” en geen „micro-onderneming” is. [*omissis*].
- 18 Het lijkt erop dat de hiervoor beschreven dienst van de betalingsdienstaanbieder – te weten de uitvoering door een werknemer van de betalingsdienstaanbieder van opdrachten die per e-mail zijn verzonden op basis van een voorafgaande overeenkomst waarbij met deze vorm van verzending van opdrachten wordt ingestemd – voor de toepassing van de richtlijn een „betalingsdienst” is die valt binnen de werkingssfeer van artikel 4, punt 3 (en van lid 3 van de bijlage), en die niet is uitgesloten op grond van artikel 3.
- 19 Gelet op de formulering van artikel 4, punt 5, kan de uitvoering van een overschrijving door een betalingsdienstverlener naar aanleiding van een opdracht van de cliënt die per e-mail is verzonden vanaf een door de klant aangemaakt e-mailadres (zonder enige tussenkomst van de aanbieder) zonder meer als een „betalingstransactie” worden beschouwd. Deze conclusie wordt bevestigd door de bewoordingen van artikel 4, punt 13, laatste zin, waarin het begrip „betalingsopdracht” wordt gedefinieerd.
- 20 Gesteld kan worden dat de door partijen gekozen procedure een „betaalinstrument” is zoals bedoeld in artikel 4, punt 14. De louter vanaf een persoonlijk e-mailadres verstuurd opdracht is weliswaar geen „fysiek instrument”, noch een bijzonder „geheel van procedures” dat specifiek is ontworpen voor het verzenden van betalingsopdrachten of om enig ander doel van de zakelijke relatie tussen gebruiker en betalingsdienstaanbieder te realiseren [*cfr.* vraag 34 van het document met als titel „Your questions on PSD”, gepubliceerd door de Europese Commissie (<https://ec.europa.eu/>)], doch wanneer de partijen

overeenkomen dat de opdracht enkel dan correct wordt gegeven indien deze op schrift is gesteld, door de vertegenwoordigers van de betaler eigenhandig is ondertekend, en vervolgens is gescand en naar de betalingsdienstaanbieder is verzonden, er sprake is van een procedure die als „betaalinstrument” kan worden beschouwd. Het is immers zo dat met betrekking tot dit begrip en in het licht van de [eerste richtlijn betalingsdiensten], het Hof van Justitie reeds heeft gesteld dat „artikel 4, punt 23 van de 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 het Hof van 9 april 2014, T-Mobile Austria, C-616/11, EU:C:2014:242, leden 29 tot 44).

- 21 Uit artikel 64, leden 1 en 2, tweede paragraaf, volgt dat een betalingstransactie „niet-toegestaan” is, wanneer ze wordt verricht door iemand die daartoe niet gerechtigd is (omdat hij niet de betaler is, of niet over de noodzakelijke machtiging beschikt). Indien de gebruiker van het e-mailadres waartoe een derde zich onrechtmatig toegang heeft verschaft, niet instemt met de opgedragen transactie, moet deze transactie als „niet-toegestane betalingstransactie” worden aangemerkt (zie arrest van het Hof van Justitie van 11 april 2019, Mediterranean Shipping Company, C-295/18, EU:C:2019:320, leden 43 en 54).
- 22 Het is duidelijk dat de betalingsdienstaanbieder moet bewijzen dat de betalingstransactie is *geauthenticeerd*, maar niet dat de transactie is *toegestaan* (instemming met de betalingsopdracht). Dit lijkt echter de regel te zijn die kan worden afgeleid uit artikel 4, punt 29, artikel 72, lid 1, en artikel 73, lid 1, evenals (*a contrario*) artikel 63, lid 1, onder b). Wanneer een gebruiker ontkent een uitgevoerde betalingsopdracht te hebben toegestaan, dan rust op de betalingsdienstaanbieder niet enkel de last om de formele authenticatie – dat wil zeggen, in gevallen als het onderhavige, de vergelijking (en de gelijkenis) van de „geldige handtekening(en)” – te bewijzen, maar ook de last om te bewijzen dat de transactie daadwerkelijk door de betaler was toegestaan (of dat er sprake was van fraude, opzet of grove nalatigheid van de zijde van de betaler).

F.2. Eerste prejudiciële vraag: toepasselijkheid van artikel 73, lid 1, van de richtlijn

- 23 In de artikelen 73 en 74 lijkt de Uniewetgever het risico van verliezen als gevolg van de uitvoering van een niet-toegestane transactie te hebben willen leggen bij degene die dat risico kan controleren. De idee van risicocontrole (door controle van de betalingsdienst) lijkt bijvoorbeeld ook zijn neerslag te vinden in de regels die vastgesteld zijn in artikel 68, lid 2, artikel 69, lid 1, onder a), en lid 2, en artikel 70, lid 1, onder a), c) en e), en lid 2.
- 24 De controle van de risicobron kan op zichzelf de (bijna) *automatische* toewijzing van de verliezen van een „niet-toegestane betalingstransactie” aan de betalingsdienstaanbieder enkel rechtvaardigen, indien de transactie wordt

uitgevoerd met gebruikmaking van een door de betalingsdienstaanbieder zelf opgezette *geautomatiseerde* „betalingsdienst”, die de toekenning van „beveiligingsgegevens” omvat. Het gaat dus om „betalingstransacties op afstand” of om transacties met een bankkaart, waarbij de gebruikers van de betalingsdienst geen enkele handeling verrichten en de verwerking van de betaling volledig geautomatiseerd verloopt (zonder menselijke tussenkomst van de betalingsdienstaanbieder).

- 25 Wat „internetbankieren” betreft (*telebanking* of *home banking*) zijn de in artikelen 73 en 74 voorgestelde oplossingen begrijpelijk. De bank controleert het risico dat inherent is aan het gebruik van het door hemzelf *opgerichte* elektronische platform – *de bank is de eigenaar, de leidinggevende belast met het beheer en de eigenaar van de server waarop het platform draait* – waarop de klanten op afstand via internet kunnen inloggen door toegangsgegevens te gebruiken die de bank *ter beschikking heeft gesteld*. Die klanten kunnen zo bijvoorbeeld *rechtstreeks* – dus zonder menselijke tussenkomst van de zijde van de bank – overschrijvingen uitvoeren. De klant heeft het risico van ongeoorloofde toegang tot zijn toegangsgegevens, waarnaar artikel 34, punt 31, verwijst, reeds grotendeels onder controle.
- 26 Deze risicoverdeling wordt bijvoorbeeld ook toegepast bij de uitvoering van transacties met bankkaarten die met gepersonaliseerde beveiligingsmiddelen zijn beveiligd.
- 27 De uitvoering door menselijke tussenkomst van medewerkers van de betalingsdienstaanbieder van een ondertekende en vervolgens gescande betalingsopdracht, die door gebruik te maken van een e-mailadres van de betaler per e-mail is verzonden, verschilt wezenlijk van het hiervoor beschreven „internetbankieren” en van het gebruik van een bankkaart. Bij een dergelijke uitvoeringswijze worden het gebruikte betaalinstrument en de beveiligingsgegevens noch verstrekt, noch gecontroleerd door de betalingsdienstaanbieder. Integendeel, het is de gebruiker die ze aanmaakt en die de controle ervan verricht, bijvoorbeeld door het aanmaken van zijn e-mailadres, het instellen van het veiligheidsniveau van het door hem gekozen wachtwoord, het bepalen van het veiligheidsniveau van de apparaten die hij gebruikt om toegang te krijgen tot zijn e-mailadres en het selecteren van de netwerken (mobiel of vast) die hij gebruikt om toegang te krijgen tot het internet.
- 28 Wanneer het gaat om een „betalingstransactie” die – volgens het tussen partijen overeengekomen „betaalinstrument” – wordt voorafgegaan door een *naar behoren geauthenticeerde* „betalingsopdracht” – en de betalingsdienstaanbieder (bij de uitvoering van de opdracht) betrokken is door menselijke tussenkomst (dat wil zeggen door tussenkomst van zijn „fysieke” werknemers), dan vindt het materiële gebrek aan toestemming noodzakelijkerwijze zijn oorsprong in de fase van de „betalingsopdracht” (die integraal door de betaler wordt gecontroleerd), en niet in de fase van uitvoering van deze opdracht door de betalingsdienstaanbieder. De

betere controle van de risicobron lijkt op zich dus niet voldoende om de toepassing van artikel 73, lid 1, op gevallen zoals deze te rechtvaardigen.

- 29 De vraag die rijst, is dan ook of artikel 73, lid 1, de aansprakelijkheid voor niet-toegestane betalingstransacties legt bij de betalingsdienstaanbieder, *zelfs wanneer laatstgenoemde niet degene is die de risicobron het best kan controleren*.
- 30 Het is ook zo dat bepaalde gebruikers van betalingsdiensten in staat zijn om op doeltreffende wijze „het frauderisico in te schatten en tegenmaatregelen te treffen” (zie overweging 73 van de richtlijn). De idee dat het de betalingsdienstaanbieder is die het meeste voordeel haalt uit het „betalingsinstrument” gaat niet op in die gevallen waarin dit instrument om opdrachten te kunnen uitvoeren de menselijke tussenkomst van zijn werknemers vereist, omdat dit onvermijdelijk duurder en trager is.
- 31 Het is echter ook mogelijk dat de Uniewetgever de betalingsdienstaanbieder welbewust een aansprakelijkheid heeft willen opleggen die niet in verhouding staat tot het risico dat deze controleert, en wel omwille van de doelstelling van het „verstrekken van beter beveiligde instrumenten” (hetgeen, zoals blijkt uit overweging 34 van richtlijn 2007/64/EC van het Europees Parlement en de Raad van 13 november, een van de doelstellingen is van deze richtlijn).
- 32 Indien wordt aangenomen dat artikel 73, lid 1, niet bedoeld is voor gevallen als het onderhavige en daarop niet van toepassing is, dan moet de aansprakelijkheid van de partijen worden beoordeeld volgens het nationale recht, met name door de aansprakelijkheid voor schade als gevolg van de transactie te leggen bij een van de partijen of bij beide partijen, afhankelijk van de beoordeling door de rechter van zijn of hun concrete gedrag.

F.3. Tweede prejudiciële vraag: reikwijdte van de onmiddellijke terugbetaling en de wijziging daarvan

- 33 Artikel 73, lid 1, eerste volzin, bevat een regel met betrekking tot de burgerlijke aansprakelijkheid voor verliezen die het gevolg zijn van de uitvoering van een niet-toegestane transactie. In dit artikel wordt echter ook bepaald, althans, net als in de voorgaande bepalingen (dat wil zeggen artikel 72), verondersteld, dat de betaler zelf (onverminderd het bepaalde in artikel 71 en onverminderd het feit dat er redelijke gronden kunnen bestaan om fraude te vermoeden) teneinde de betalingsdienstaanbieder te verplichten hem onmiddellijk terug te betalen, *een niet-toegestane betalingstransactie alleen maar hoeft te melden (dat wil zeggen enkel hoeft te stellen dat hiervan sprake is)*, maar niet hoeft te bewijzen (dat wil zeggen hiervoor geen bewijzen hoeft aan te dragen).
- 34 In het licht van dit juridisch kader rijst de vraag of, bij ongewijzigde handhaving van de regel inzake de burgerlijke aansprakelijkheid voor de verliezen die het gevolg zijn van een niet-toegestane betalingstransactie – krachtens welke de betalingsdienstaanbieder aansprakelijk is voor de verliezen van de betaler – de

(eveneens in artikel 73, lid 1, neergelegde) regel dat de terugbetalingsverplichting *onmiddellijk* ontstaat (onverminderd het latere bewijs van het bestaan van fraude, opzet of grove nalatigheid van de betaler – solve et repete) bij de enkele mededeling (stelling) van de betaler dat een betalingstransactie niet was toegestaan, uitgesloten is, aangezien partijen, zoals is toegestaan bij artikel 61, lid 1, zijn overeengekomen de in artikel 72 opgenomen regels inzake de bewijslast niet toe te passen.

- 35 Het is onduidelijk of het niet toepassen van de regels inzake de bewijslast van artikel 72, hoewel artikel 61, lid 1, geen melding maakt van artikel 73, betekent dat indien toepassing van artikel 72 is uitgesloten en de bewijslast (krachtens een andere geldige juridische of contractuele bepaling) bij de betaler ligt, de betalingsdienstaanbieder enkel verplicht is om de betaler onmiddellijk terug te betalen wanneer (onverminderd het bepaalde in artikel 71 en onverminderd het feit dat er redelijke gronden kunnen bestaan om fraude te vermoeden) deze laatste vooraf het bewijs levert dat de transactie niet authentiek was en door hem niet was toegestaan.

F.4. Derde prejudiciële vraag: contractuele beperking van de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder

- 36 De tweede vraag van de verzoekende partij met betrekking tot de afwijking van de regeling van artikel 73, lid 1, ditmaal als gevolg van de tussen partijen overeengekomen uitsluiting van de toepassing van artikel 74, omvat de stelling dat de regel van artikel 61, lid 1, niet alleen een dergelijke uitsluiting toestaat, maar ook toestaat dat de uitgesloten wettelijke bepalingen worden vervangen door contractuele bepalingen die een zwaardere aansprakelijkheid bij de betaler leggen.
- 37 Letterlijk bepaalt artikel 61, lid 1 enkel dat de betaler en de betalingsdienstaanbieder een overeenkomst kunnen sluiten waardoor artikel 74 „geheel of deels niet van toepassing [is]”. Zo bezien lijkt die regel partijen alleen de mogelijkheid te bieden om de toepassing van de (in artikel 74 samengebrachte) regels met betrekking tot de aansprakelijkheid van de betaler uit te sluiten, terwijl de rest van het stelsel van kracht blijft. Dit zou betekenen dat de partijen enkel een overeenkomst kunnen sluiten *ten gunste van de betaler* (en aldus de rechtsgrondslag van diens aansprakelijkheid geheel of gedeeltelijk kunnen wegnemen). Volgens deze uitlegging kan op grond van artikel 61, lid 1 bijvoorbeeld de toepassing worden uitgesloten van de (in artikel 74, lid 1, neergelegde) regel dat de betaler verplicht is om verliezen tot een waarde van 50 EUR zelf te dragen, maar kan een verhoging van dit bedrag tot 500 EUR niet worden overeengekomen.
- 38 Het is een feit dat de richtlijn, zoals in de eerste overwegingen ervan wordt gesteld, de gebruikers, met name de consumenten, een zeer hoog niveau van bescherming biedt. Juist daarom bevat de voormelde uitlegging van artikel 61, lid 1, een tegenstrijdigheid. Indien de partijen de toepassing van artikel 74 enkel kunnen uitsluiten *ten gunste van de betaler*, is er geen reden waarom artikel 61,

lid 1, zou bepalen dat de niet-toepassing van artikel 74 enkel kan worden toegestaan „wanneer de betalingsdienstgebruiker geen consument is”. Indien de contractuele uitsluiting alleen de consument ten goede kan komen, is er geen reden om deze te verbieden.

- 39 Volgens deze uitkomst, die ook in aanmerking wordt genomen in de overwegingen 53 en 73 van de richtlijn, kunnen de partijen, wanneer de betaler geen consument is, de aansprakelijkheid van de betaler voor niet-toegestane transacties verzwaren, en aldus de aansprakelijkheid van de betalingsdienstaanbieder uit hoofde van artikel 73, lid 1, beperken.

G. Verband tussen de bepalingen van de richtlijn en de toepasselijke bepalingen van nationaal recht

- 40 Er is een rechtstreeks verband tussen de bepalingen van de richtlijn en de toepasselijke bepalingen van nationaal recht. De bepalingen van nationaal recht zijn te vinden in het Decreto Legislativo (wetgevend decreet) 91/2018 van 12 november 2018 dat de richtlijn omzet in nationaal recht.
- 41 Voor de rechtvaardige beslechting van dit geding is het noodzakelijk om artikel 114, leden 1 en 2, van het Decreto Legislativo 91/2018 uit te leggen. Dit artikel herhaalt de inhoud van artikel 73 van de richtlijn met als doel te bepalen of de daarin opgenomen regels toepasselijk zijn op de regeling die partijen hebben getroffen. Een correcte (en uniforme) uitlegging van de richtlijn is van essentieel belang voor een juiste beslissing in het onderhavige geding.

Porto, 5 februari 2021

De rechter