

ADVIES

Aan: Commissie voor Economie, Consumentenbescherming en Digitalisering, Kamer van Volksvertegenwoordigers

Van: Simon Landuyt (KU Leuven/UGent – Alba Advisors)

Betreft: Niet-toegestane betalingstransacties en aansprakelijkheidsverdeling: wetsvoorstellen DOC 56 1592/001 en amendement DOC 56 1592/002 en DOC 56 0542/001

Datum: 11 augustus 2026

0. Kernpunten van het advies:

Aansprakelijkheid is een preventie-instrument, geen aangewezen herverdelings- of spreidingsinstrument. Het debat vermengt beide. Dat een fraudeverlies iemand kan ruïneren terwijl een bank het over al haar stakeholders kan spreiden (bv. door het in haar krediettarieven te verwerken) is waar, maar betekent niet dat de bank daarom sneller aansprakelijk moet zijn. Het aansprakelijkheidsrecht heeft immers een ander doel: het verlies leggen bij wie de schade het goedkoopst kon voorkomen. Verschuift men meer aansprakelijkheid naar de bank om spreidingsredenen, dan verzwakt de prikkel voor de rekeninghouder om fraude te vermijden, ook wanneer de rekeninghouder beter geplaatst was om de fraude te voorkomen dan de bank.

Spreiden is nuttig, maar vraagt een eigen instrument, zoals een (verplichte) verzekering. De gedachte achter een betere spreiding is op zich nochtans nastrevenswaardig; zij werkt alleen waarschijnlijk beter via een instrument dat daarvoor is gemaakt dan via de aansprakelijkheidsregel. Een verzekering is zo'n instrument: zij kan de premie afstemmen op het risico dat de rekeninghouder zelf neemt — hogere overschrijvingslimieten, snellere betalingen — en zij is een bekend bedrag, zodat de rekeninghouder ziet wat zijn keuzes hem kosten.

Een louter vrijwillige dekking volstaat niet: wie het verlies het minst kan dragen, sluit doorgaans geen polis. De dekking hoort dus wettelijk verplicht en automatisch aan de betaalrekening gekoppeld te zijn. Drie parameters wegen daarbij het zwaarst: (i) het verzekerde bedrag wordt geplafonneerd op bijvoorbeeld 100.000 euro, omdat de moeilijkst te dragen verliezen zich in die eerste schijf situeren en een plafond het te verzekeren risico bovendien beter inschatbaar maakt; (ii) grove nalatigheid wordt gedekt, want wat men wil vermijden is dat iemand geruïneerd raakt, en dat is niet minder ernstig wanneer hij onvoorzichtig was; en (iii) bij grove nalatigheid geldt een franchise die hoger ligt dan de 50 euro van artikel VII.44 WER, zodat de prikkel tot fraudepreventie bij de rekeninghouder intact blijft.

Wie de fraude het goedkoopst kan voorkomen, verschilt van geval tot geval. Dezelfde fraudepreventie kost niet evenveel naargelang wie ze moet nemen, en dat bepaalt waar de aansprakelijkheid zou moeten liggen. Sommige maatregelen kan de bank het goedkoopst nemen, omdat zij ze eenmaal ontwikkelt en over al haar cliënten uitrolt: sterke authenticatie, transactiemonitoring, de IBAN-naamcontrole. In andere gevallen is de rekeninghouder de goedkoopste schadevermijder: geeft hij aan de telefoon zijn codes door, dan ziet de bank enkel een technisch correcte, sterk geauthenticeerde verrichting, terwijl de rekeninghouder als enige de context waarneemt. Soms is het geen van beiden. Bij een oproep waarin het nummer van de bank is vervalst, herkent de rekeninghouder een vertrouwd nummer en is de bank bij het gesprek geen partij, terwijl de telecomoperator misschien kan vaststellen dat een oproep van buiten het net een Belgisch nummer draagt en dus mogelijks frauduleus is. Dat criterium hoort dan ook te bepalen waar de grens van de grove nalatigheid ligt en welke specifieke preventieplichten aan elke partij worden opgelegd. Zo wordt elke partij geprikkeld om de fraude te voorkomen die zij het goedkoopst kan tegenhouden, en blijft de totale maatschappelijke kost verbonden aan betalingsfraude zo laag mogelijk.

Een onvoorwaardelijk recht op onmiddellijke terugbetaling (*pay first, argue later*) kan de bank tot meer fraudepreventie aanzetten, maar verhoogt onnodig de kost van ongegronde vorderingen door rekeninghouders. Naar gemeen recht moet wie schade lijdt zijn geld halen bij de vermeende veroorzaker

van die schade. Vorderen kost geld, en die kost is vaak hoger dan de verwachte opbrengst van een vordering. Tot aan die drempel worden gegronde aanspraken — *in casu* die van rekeninghouders — niet afgedwongen en is de bank de facto niet aansprakelijk, en dus minder geprikkeld om fraude te voorkomen dan de wet beoogt. Een omkering van de gemeenrechtelijke betalingsvolgorde — *pay first, argue later*, zoals voorzien in artikel VII.43 WER — is in dat licht op zich niet onlogisch: zij haalt de vorderingskost voor de rekeninghouder weg en herstelt zo de door de wet voorziene fraudepreventieprikkel voor de bank.

Maar diezelfde gemeenrechtelijke drempel vervulde ook een filterfunctie. Wie waarschijnlijk ongelijk heeft, recupereert zijn vorderingskost niet en stelt de vordering dus niet in. *Pay first* neemt die gemeenrechtelijke filter weg: de rekeninghouder wordt betaald zonder vorderingskosten te maken, en de bank eist het uitbetaalde bedrag enkel terug waar dat de moeite loont — en niet altijd waar zij gelijk heeft (bv. omdat de rekeninghouder grof nalatig is geweest of zelfs fraudeert). Die afweging valt vaker negatief uit dan de loutere vorderingskost van de bank doet vermoeden: de rekeninghouder kan na de onmiddellijke betaling door de bank onvindbaar of insolvelabel blijken, en op het uit te betalen bedrag door de bank staat geen plafond. Waar terugvorderen niet oplevert, draagt de bank dus een verlies dat volgens de wet bij de rekeninghouder moest blijven. Die onterechte uitbetaling prikkelt de bank niet tot betere fraudepreventie en is dus voor de samenleving een zuivere kost, die de bank bv. via haar tarieven doorrekent aan al haar cliënten.

Alternatieve instrumenten bewegen de bank tot betere fraudepreventie zonder die onnodige kost van ongegronde vorderingen: bv. publieke handhaving van de preventieverplichtingen voor de bank, een ombudsdienst die laagdrempelig en goedkoop geschillen tot een bepaald bedrag definitief beslecht, of een motiveringsplicht waarbij de bank bij elke afwijzing verantwoordt hoe haar fraudedetectie in dat dossier heeft gewerkt.

Ook de verplichte verzekering uit het tweede punt hierboven werkt zo. Waar de individuele rekeninghouder zijn aanspraak laat liggen omdat de drempel om te vorderen te hoog is, ligt die drempel lager voor de verzekeraar: die is gespecialiseerd en behandelt dossiers in reeks, veelal via afspraken met de banken die goedkoper werken dan een gerechtelijke procedure. Zo wordt de wettelijke aansprakelijkheidsregel beter afgedwongen door de verzekeraar dan door de individuele rekeninghouder.

1. Voorwerp en methode van het advies

Dit advies betreft het wetsvoorstel DOC 56 1592/001 (Soete), het daarbij ingediende amendement DOC 56 1592/002, en het wetsvoorstel DOC 56 0542/001 (Van Quickenborne). Beide wetsvoorstellen reageren in essentie op dezelfde problematiek: de verdeling van de schade bij niet-toegestane betalingstransacties tussen betalingsdienstaanbieder en -gebruiker, in het bijzonder na betalingsfraude via phishing en verwante technieken. Omdat het in de praktijk veelal gaat om een bank en haar rekeninghouder, spreek ik hierna van de bank en de rekeninghouder, ook al gelden de regels voor elke betalingsdienstaanbieder en -gebruiker.

Het advies ligt in het verlengde van enkele rechtseconomische beschouwingen die ik eerder over dit thema schreef,¹ en blijft ook hier tot die invalshoek beperkt. De juridisch-technische vragen die de voorstellen daarnaast oproepen — zoals de grenzen die de komende PSR ("Payment Services Regulation") aan het initiatief van de nationale wetgever stelt, of de wetgevingstechnische inpassing in het WER — komen niet aan bod in het advies. De analyse vertrekt in de eerste plaats van de vraag welke regeling economisch verantwoord is, veeleer dan van wat op korte termijn haalbaar of politiek realistisch is.

Het advies is opgebouwd rond drie vraagstukken die aan de problematiek zelf ten grondslag liggen en die bij elke regeling ervan terugkeren: (i) de herverdelingsgedachte die het debat draagt, (ii) de ex ante schadebeperkende werking en de optimale kalibratie van aansprakelijkheidsregels, en (iii) de gepastheid van een onvoorwaardelijk recht op onmiddellijke terugbetaling door de bank zolang de discussie over de aansprakelijkheid loopt (*pay-first-argue-later*).

¹ S. Landuyt, "Bankiersaansprakelijkheid voor phishing en andere niet-toegestane transacties – enkele conceptuele beschouwingen bij het debat", *Corporate Finance Lab*, 22 oktober 2024, <https://corporatefinancelab.org/2024/10/22/bankiersaansprakelijkheid-voor-phishing-en-andere-niet-toegestane-transacties-enkele-conceptuele-beschouwingen-bij-het-debat/>.

De rechtseconomische benadering gaat *in casu* na welke regel de totale schade het meest doet dalen en tegen welke prijs, en hoe een verlies dat toch optreedt het efficiëntst kan worden gespreid. Zo ontstaat inzicht in de gevolgen van elke keuze, en in de gegevens die nodig zijn om ze te maken.

Twee tekortkomingen van de rechtseconomische methode — en dus ook van dit advies — verdienen vooraf vermelding. Zij rekent met kosten en baten, en overwegingen als rechtvaardigheid, bescherming van de zwakkere partij of vertrouwen in de financiële sector laten zich daar niet in uitdrukken en blijven hier dus mogelijks onderbelicht. En de empirische gegevens die de rechtseconomische methode vergt voor de nodige afwegingen, ontbreken meestal. Zo is bijvoorbeeld niet gekend welk aandeel van de frauduleuze transacties de bank tegen redelijke kost had kunnen tegenhouden, noch welk aandeel de rekeninghouder bij redelijke voorzichtigheid had kunnen vermijden. Die verhouding bepaalt nochtans hoe de aansprakelijkheid tussen bank en rekeninghouder moet worden gekalibreerd. De keuze van een regel door de wetgever blijft langs deze weg (zoals voor de meeste andere methodes eveneens geldt) dus deels beredeneerd giswerk.

2. Aansprakelijkheid spreidt onnauwkeurig; verzekering spreidt gericht

Een bank is geen levend wezen maar een (vennootschapsrechtelijke) juridische fictie. Wie de aansprakelijkheid van de bank voor niet-toegestane transacties verzwaart, verschuift de schade weg bij het slachtoffer, maar niet naar "de bank". De schade komt terecht bij de natuurlijke personen achter de bank — (uiteindelijke) bankaandeelhouders, werknemers, en cliënten (inclusief rekeninghouders en kredietnemers). Het netto-effect is dat de schade uit phishing en andere betalingsfraude niet langer bij de (kleinere) groep slachtoffers ligt, maar wordt gedragen door die brede groep bankstakeholders. Zij betalen daardoor, zonder het zo te noemen, een premie voor de fraude die anderen treft.

Dat maakt herverdeling via aansprakelijkheidsregels onnauwkeurig: *ex ante* weet de wetgever niet exact genoeg wie de schade betaalt en wie ontvangt. Aan de betalende kant staat niet noodzakelijk een "rijke" bankaandeelhouder.² Het kan even goed het personeelslid met het laagste loon zijn dat wordt ontslagen, het jonge gezin voor wie de woonlening duurder wordt en dat daardoor geen of een minder goede woning kan verwerven, of de gepensioneerde die op zijn spaarcenten minder interest krijgt. Aan de ontvangende kant staat niet alleen wie door de fraude in ernstige financiële moeilijkheden komt, maar ook de miljonair voor wie het verlies vervelend maar draaglijk is. Daarom wordt herverdeling bij voorkeur via de fiscaliteit (i.p.v. via bv. aansprakelijkheidsregels) georganiseerd: daar kan men zich rechtstreeks baseren op inkomen, vermogen en persoonlijke omstandigheden.³

Daarmee is het verdelingsargument niet weg. Het verlies bij phishingfraude valt geconcentreerd en vaak bij mensen die het moeilijk kunnen opvangen — het volstaat de dossiers te lezen die in de toelichting bij DOC 56 1592/001 worden aangehaald. Verschuift men die schade naar de bank, dan komt zij terecht bij een groep die haar wel kan spreiden: over honderdduizenden bankstakeholders bedraagt zij per persoon in veel gevallen niet meer dan enkele euro's per jaar. Een euro weegt in beide situaties niet even zwaar.

Een aansprakelijkheidsregel verdeelt echter niet alleen een verlies dat er toch al is; zij bepaalt vooral ook hoeveel schade er in de toekomst zal zijn. Want wie de schade betaalt, heeft er belang bij ze te vermijden (zie sectie 3). Wie meer aansprakelijkheid naar de bank schuift om de schade te spreiden, gebruikt de aansprakelijkheidsregel dus voor twee doelstellingen tegelijk: verdeling van de schade, en het geven van een juiste prikkel aan wie ze kan voorkomen. Beide tegelijk efficiënt bedienen met enkel een aansprakelijkheidsregel is moeilijk. Verschuift men een groter deel van het verlies naar de bank, dan wordt het gespreid over de brede groep bankstakeholders in plaats van bij de getroffen rekeninghouder alleen te blijven liggen, maar heeft die rekeninghouder vooraf minder reden om voorzichtig te zijn, precies omdat

² De kosten van phishing en andere niet-toegestane transacties bepalen uiteraard niet alleen het risico-rendementsprofiel van een bank. Zij vormen één kostenpost tussen vele. Op de marge spelen die kosten wel een rol, en de klassieke economische analyse geeft aan wie dat marginale effect in principe draagt. In liquide financiële markten kan de aandeelhouder van de bank zijn belang van de hand doen zodra het financieel profiel van de bank verslechtert. De kost komt dan terecht bij wie minder mobiel is: de bankwerknemer, en vooral de cliënt via de tarieven en rentevoeten die de bank hanteert.

³ Bijkomend voordeel is dat de fiscaliteit het zorgvuldigheidsgedrag ongemoeid laat. Elke herverdeling verstoort keuzes — een belasting beïnvloedt de beslissing om een productieve activiteit te ondernemen — maar wie via het aansprakelijkheidsrecht herverdeelt, verstoort daarbovenop de zorg die bank en rekeninghouder besteden aan het voorkomen van fraude (zie sectie 3).

hij weet dat hij het verlies niet (volledig) zelf zal dragen. Hoeveel vermijdbare schade dat aanricht, hangt af van de mate waarin de rekeninghouder het best geplaatst was om de betalingsfraude te voorkomen.

Om de spreiding afzonderlijk te kunnen sturen, is naast de aansprakelijkheidsregel een tweede instrument nodig. Een verzekering ligt daarbij het meest voor de hand: zij neemt de spreiding voor haar rekening, zodat de aansprakelijkheidsregel enkel nog moet uitmaken wie voor de schade verantwoordelijk is. Kosteloos is dat niet – een verzekeraar rekent naast de verwachte schade ook zijn administratie-, distributie- en schaderegelingskosten en een winstmarge door,⁴ terwijl een bank een verlies zonder die tussenkomst o.a. in haar tarieven verwerkt. Daartegenover staat dat de spreiding niet langer afhangt van de wettelijke aansprakelijkheidsverdeling tussen bank en rekeninghouder. Een verzekering wijzigt die verdeling immers niet, maar komt erbovenop: zij vangt de fraudeschade op die volgens de wet bij de rekeninghouder terechtkomt, zodat een geconcentreerd verlies niet in zijn geheel bij deze rekeninghouder blijft liggen. De wetgever kan de aansprakelijkheid dan verdelen volgens de preventielogica – het voorwerp van sectie 3 – zonder daarbij nog de spreiding te moeten meewegen.

Dat betekent niet dat verzekeren neutraal is voor het gedrag. Wie gedekt is, weet dat hij het verlies niet zelf zal dragen en zal daardoor minder waakzaam zijn – dezelfde spanning tussen spreiding en voorzichtigheid als hierboven. Het verschil is dat een verzekeraar daar anders mee kan omgaan. Een aansprakelijkheidsregel kan de rekeninghouder immers maar langs één weg tot voorzichtigheid aanzetten, namelijk door een deel van het verlies bij hem te laten liggen. Wie ruimer wil spreiden, moet dat deel verkleinen en verzwakt daarmee de prikkel voor de rekeninghouder om fraudeschade te vermijden. Wat de rekeninghouder voor die spreiding betaalt, is bovendien onzichtbaar: het zit o.a. verwerkt in de tarieven en rentevoeten die de bank aan al haar cliënten aanrekent, en is voor iedereen gelijk – wie zijn overschrijvingslimiet laag houdt en elke beveiliging aanvaardt, betaalt evenveel als wie dat niet doet.

Bij een verzekering staat de premie los van de uitkering: zij kan worden afgestemd op het risico dat de rekeninghouder neemt en worden verhoogd na een schadegeval, zonder dat aan zijn dekking wordt geraakt. Zij is bovendien een bekend bedrag, zodat de rekeninghouder ziet wat zijn keuzes hem kosten. Het verlies wordt op die manier volledig gespreid, terwijl de voorzichtige rekeninghouder niet langer meebetaalt voor het risico dat anderen nemen. Premie en voorwaarden staan daarbij in een overeenkomst en niet in een wet, wat toelaat ze flexibel bij te sturen wanneer de omstandigheden wijzigen.

Een louter vrijwillige dekking volstaat waarschijnlijk niet. Wie een verlies het minst kan dragen, sluit in praktijk vaak het minst snel een polis af. De “zwakkere” rekeninghouder voor wie de spreiding is bedoeld, blijft dan juist onbeschermd. Een wettelijk verplichte dekking, automatisch gekoppeld aan de betaalrekening, kan dat opvangen. Zij gaat ten koste van een deel van de contractuele soepelheid, al blijft die kost beperkt wanneer de wetgever zich toelegt op een minimum – een verzekerd bedrag, een begrensde franchise, een limitatieve lijst van toegelaten uitsluitingen – en de invulling daarboven en daarnaast aan de partijen laat.

Vanuit een spreidingslogica is het zinvol om grove nalatigheid niet als uitsluitingsgrond toe te laten. Is het beleidsdoel immers te vermijden dat een fraudeverlies iemand ruïneert, dan is dat doel op zich niet minder aanwezig wanneer de rekeninghouder grof nalatig is geweest. Bijkomend boet de discussie over de juridische invulling van het begrip grove nalatigheid dan aan belang in. Dat de dekking ook grove nalatigheid omvat, ontslaat de rekeninghouder echter niet van elke prikkel tot preventie. Een franchise die specifiek bij grove nalatigheid geldt, laat een deel van het verlies bij de rekeninghouder liggen zonder de dekking zelf aan te tasten, en houdt zo de preventieprikkel uit sectie 3 in stand. Het begrip grove nalatigheid blijft daarvoor wel nodig, zij het met een aanzienlijk lagere inzet: niet langer het volledige verlies, maar het franchisebedrag. De franchise van 50 euro uit artikel VII.44, § 1 WER is als ijkpunt in dat verband wellicht te laag. Bij zulke bedragen valt er weinig te spreiden — het is een verlies dat de meeste mensen kunnen opvangen — en ook als gedragsprikkel weegt een blootstelling van 50 euro waarschijnlijk niet zwaar.

Wat het verzekerde bedrag betreft, lijkt een plafond – zeker wanneer ook grove nalatigheid wordt gedekt – aangewezen. Een maximum van bijvoorbeeld 100.000 euro, gelijklopend met de depositobescherming,

⁴ Hoe zwaar die kosten wegen, valt moeilijk te zeggen. Een verzekeringsconstructie kan wanneer die kosten te hoog zijn zelfs ultiem per saldo duurder uitvallen dan de spreiding via het aansprakelijkheidsrecht, die eenvoudiger is (maar ook ruwer).

concentreert de dekking op de euro's die het zwaarst wegens: de eerste tienduizenden euro's staan vaak tussen iemand en het niet meer kunnen betalen van zijn meest noodzakelijke rekeningen. Het houdt bovendien het verzekerde risico afbakenbaar: zonder plafond zou de verzekeraar ook uitzonderlijk grote verliezen moeten inprijzen in de premie.

Wat betekent een verzekering dan voor de aansprakelijkheidsregel zelf? Zij verliest haar belang niet. Zij blijft beslissen wie in fraudepreventie moet investeren en wie de fraudeschade uiteindelijk draagt, en zij bepaalt mee wat een verzekeringsdekking kost. Wat de aansprakelijkheidsregel niet langer hoeft te zijn, is het solidariteitsmechanisme voor wie zwaar wordt getroffen; dat neemt de verplichte verzekering over. Zij wordt via de verzekering wellicht zelfs beter afgedwongen, wat de preventie door de bank dichter bij het wettelijk voorziene optimum brengt (zie sectie 4).

3. Aansprakelijkheid moet liggen bij wie de fraude het goedkoopst kan voorkomen

Waar sectie 2 nagaat hoe een verlies dat zich eenmaal heeft voorgedaan het best wordt gespreid, gaat het hier om de vraag die daaraan voorafgaat: bij wie het verlies ex ante hoort te liggen opdat er zo weinig mogelijk van zou zijn. Het antwoord dat de rechtseconomie daarop geeft is genuanceerder dan hier kan worden weergegeven, maar de hoofdlijn is dat de last hoort bij de partij die de schade het goedkoopst kan voorkomen – de zogenaamde *cheapest cost avoider*. Elke preventiemaatregel heeft immers een prijs, en die prijs verschilt sterk naargelang van wie ze moet nemen. Legt men de last bij de partij voor wie ze het laagst is, dan wordt dezelfde schade vermeden met de minste middelen, en blijft de totale maatschappelijke kost – de fraudeschade zelf en alles wat wordt uitgegeven om ze te voorkomen – zo laag mogelijk.

Wie die partij is, verschilt van geval tot geval. Bij betalingsfraude is dat soms de bank. Zij kan een preventiemaatregel eenmaal nemen voor al haar cliënten samen, waar de rekeninghouder ze telkens opnieuw zou moeten nemen: de bank beheerst bv. de systemen waarlangs de transactie verloopt, kan daar beveiligingsmaatregelen in inbouwen (bv. de IBAN-naamcontrole bij het uitvoeren van transacties) en verdachte verrichtingen tegenhouden. Sommige bestaande regels volgen die logica vrij direct. Krachtens artikel VII.44 WER draagt de betaler bijvoorbeeld in beginsel geen enkel verlies wanneer de bank geen sterke cliëntauthenticatie heeft verlangd, en dat is de redenering hierboven: de bank kan zo'n authenticatie eenmaal ontwikkelen en over al haar cliënten uitrollen, wat waarschijnlijk goedkoper is dan wanneer iedere rekeninghouder zich afzonderlijk zou moeten beveiligen. Maakt de bank sterke cliëntauthenticatie niet mogelijk en standaard, dan draagt zij ook de gevolgen. De komende PSR voegt daar bepalingen aan toe die dezelfde richting uitgaan: bijvoorbeeld het opsporen van verdachte patronen wordt er een uitdrukkelijke verplichting, met aansprakelijkheid van de bank wanneer zij nalaat te monitoren.

In andere gevallen is de rekeninghouder beter geplaatst, en misschien zelfs vaker dan het debat laat uitschijnen: dat het verlies de rekeninghouder ruïneert, zegt immers niets over de vraag of hij het had kunnen voorkomen, en beide worden in de publieke discussie soms door elkaar gehaald. Geeft een rekeninghouder aan de telefoon zijn pincode of authenticatiegegevens door, dan ziet de bank enkel een technisch correcte, sterk geauthenticeerde verrichting. De rekeninghouder is op dat ogenblik de enige die de context waarneemt – wie belt, wat gevraagd wordt en waarom – en is dan, *all else equal*, het best geplaatst om de fraude te voorkomen. Ook daarmee houdt de wetgeving rekening: de rekeninghouder moet redelijke maatregelen nemen om zijn beveiligingsgegevens veilig te houden en onrechtmatig gebruik onverwijld melden, en schiet hij daarin ernstig tekort, dan kan grove nalatigheid worden weerhouden en draagt hij het verlies volledig zelf.

Soms ligt de goedkoopste preventie bij geen van beiden. Doet een fraudeur zich telefonisch voor als de bank en laat hij daarbij het echte oproepnummer van die bank verschijnen, dan is de telecomoperator misschien het best geplaatst om dat op te merken: hij ziet dat een oproep die van buiten het net binnenkomt een Belgisch nummer draagt. De rekeninghouder ziet enkel een vertrouwd nummer, en de bank is bij het gesprek geen partij. Waar dat zo is, is de telecomoperator mogelijk de goedkoopste schadevermijder en pleit veel ervoor de aansprakelijkheid in de eerste plaats daar te leggen.

Rechtseconomisch maakt het daarom ook wellicht minder uit of een transactie juridisch als toegestaan dan wel als niet-toegestaan geldt. Die kwalificatie hangt vooral af van de werkwijze van de fraudeur: ontfutselt hij de codes en voert hij de betaling zelf uit, dan gaat het om een niet-toegestane transactie; misleidt hij het slachtoffer om zelf te betalen, dan om een toegestane. Juridisch is dat verschil in de huidige

stand van het recht beslissend. Bij een niet-toegestane transactie moet de bank in beginsel terugbetalen, behoudens grove nalatigheid van de betaler; bij een toegestane transactie draagt de betaler het verlies volledig, ook wanneer hij door misleiding zelf de transactie heeft uitgevoerd. Over de vraag wie de fraude het goedkoopst kon voorkomen, zegt het onderscheid toegestaan/niet-toegestaan op zich niet zoveel. Toch schuilt er wellicht (ruwe) economische logica in dit door de wetgever gemaakte onderscheid: wie de betaling zelf heeft uitgevoerd, was waarschijnlijk gemiddeld gezien beter geplaatst om ze tegen te houden – zeker sinds banken een real-time controle tussen IBAN en naam moeten organiseren, waardoor de betaler voor hij de transactie bevestigt ziet of de rekening wel toebehoort aan wie hij denkt te betalen. Als benadering is dat verdedigbaar, al gaat dat uiteraard niet altijd op. Wordt het slachtoffer bijvoorbeeld tot betalen bewogen door een oproep waarin het nummer van de bank is vervalst, dan zou de telecomoperator misschien nog beter geplaatst zijn geweest om die fraude te voorkomen, ook al heeft het slachtoffer de betaling zelf uitgevoerd.

Voor de twee partijen die de betalingswetgeving tegenover elkaar plaatst – de bank en de rekeninghouder – is grove nalatigheid het algemene juridische surrogaat waarmee die grens wordt getrokken. Tot aan grove nalatigheid geldt de bank als goedkoopste schadevermijder en draagt zij het verlies; daarboven is dat de rekeninghouder. Daarnaast werkt de wet, zoals gezegd, soms met specifiekere aanknopingspunten die elk een concrete preventiemaatregel leggen bij de partij die ze duidelijk het goedkoopst kan nemen, zoals de sterke authenticatie en, onder de PSR, de transactiemonitoring.

Waar de grens van de grove nalatigheid precies moet liggen, is moeilijk te bepalen. Wat wel vaststaat, is wat er misloopt wanneer zij verkeerd wordt gelegd. Wordt zij ingevuld onder het sociale optimum, zodat grove nalatigheid snel wordt aangenomen, dan zullen banken niet optimaal hun best doen om schade te voorkomen in de gevallen waarin zij daarvoor wel het best geplaatst zijn. Wordt zij eng ingevuld, zodat zij vrijwel nooit wordt weerhouden, dan zijn rekeninghouders mogelijk te weinig geprikkeld in de gevallen waarin zij de fraude zelf hadden kunnen vermijden. In beide gevallen ligt de totale maatschappelijke schade hoger.

Beslissend is dan ook dat zowel die grens als de specifieke preventieplichten worden bepaald door de vraag wie de fraude het goedkoopst kon voorkomen, en niet door de vraag wie het verlies het best kan dragen. Wie de grens verlegt om het verlies ruimer te spreiden, koopt die spreiding zoals gezegd met een minder optimale wettelijke fraudepreventieprikkel, terwijl spreiding ook aan een lagere prijs te bereiken is, bijvoorbeeld langs de verzekeringsweg die in sectie 2 aan bod kwam.

4. *Pay first, argue later* koopt fraudepreventie duurder dan nodig

Bij een niet-toegestane betalingstransactie moet de bank het bedrag in beginsel onmiddellijk terugbetalen (art. VII.43 WER). Naar gemeen recht rust het initiatief tot restitutie nochtans bij wie schade lijdt: hij spreekt de aansprakelijke aan en stapt zo nodig naar de rechter.

Wie uiteindelijk aansprakelijk is, verandert daardoor niet. Ook de *pay-first-argue-later*-regel beslist enkel waar het geld ligt zolang de discussie duurt — bij de rekeninghouder — en dus wie ultiem naar de rechter moet om zijn recht af te dwingen – de bank. Kan dat afdwingen kosteloos en onmiddellijk, dan maakt de regel geen verschil. In de echte wereld kost het invorderen van een aanspraak tijd en geld en is de uitkomst onzeker. Een partij vordert pas wanneer wat zij redelijkerwijs kan terugkrijgen opweegt tegen die kost. Onder die drempel wordt door een economisch rationele actor niet (terug)gevorderd.

De eenvoudigste reden waarom naar gemeen recht de schadelijder zijn geld moet halen en niet omgekeerd, ligt dan voor de hand. Wie moet vorderen, draagt de kost daarvan vooraf en krijgt ze enkel terug wanneer zijn aanspraak slaagt. Hoe zwakker die aanspraak, hoe kleiner de kans op resultaat en dus hoe minder het loont die kost te maken. Met andere woorden, wie weet dat hij (waarschijnlijk) ongelijk heeft, dient de vordering niet in. De gemeenrechtelijke sequentie van betaling bij vermeende aansprakelijkheid werkt dan als een filter, waardoor vorderingen die worden ingesteld gemiddeld gezien gegrond zijn.

Bij niet-toegestane betalingstransacties speelt dat als volgt. Is de regel dat de bank onmiddellijk terugbetaalt, dan kan de rekeninghouder — ook wanneer er sprake is van grove nalatigheid of van fraude door de rekeninghouder die de bank niet goedkoop kan aantonen — erop speculeren dat de bank het daarbij laat omdat het sop de kool niet waard is. De rekeninghouder verdient dan aan een aanspraak die hij bij de gewone volgorde nooit zou hebben ingesteld. Daar komt *in casu* nog een factor bovenop. Betaalt

de bank eerst en blijkt achteraf dat de rekeninghouder een ongegronde vordering had, dan loopt de bank het risico dat de rekeninghouder intussen verdwenen of insolvent is, wat de maatschappelijke kost van de omkering van de betaalvolgorde verder verhoogt. Dit risico is *in casu* bijzonder pertinent aangezien er geen *cap* is op het bedrag dat de bank onmiddellijk dient terug te betalen.

De belangrijkste reden die dan nog overblijft om de gemeenrechtelijke volgorde toch om te keren, is de prikkelwerking uit sectie 3. Waar de gemeenrechtelijke regel als filter werkt tegen ongegronde vorderingen, werkt deze aan de andere kant als een rem op gegronde. Onder het bedrag waarbij de te verwachten opbrengst tegen de vorderingskost opweegt, stelt de rekeninghouder zijn aanspraak niet in, en tot aan die drempel — voor sommige rekeninghouders vrij hoog — is de bank dus de facto niet aansprakelijk. De fraudepreventieprikkel die van de aansprakelijkheidsregeling voor niet-toegestane transacties uitgaat, is voor de bank daardoor zwakker dan de wettekst doet vermoeden. Ligt de preventie van de bank dan lager dan wanneer de (per hypothese perfect gekalibreerde – zie sectie 3) aansprakelijkheidsregel wel volledig zou worden afgedwongen, en weegt dat zwaarder dan de redenen die voor de gemeenrechtelijke volgorde pleiten, dan kan een omkering maatschappelijk zinvol zijn.

De vraag is evenwel niet of de *pay-first-argue-later* regel de bank tot meer preventie aanzet — voor zover men aanneemt dat banken onder het sociaal optimum aan fraudepreventie doen — maar of zij dat efficiënt doet. Waar de aanspraak gegrond is en de rekeninghouder ze zonder omkering niet had ingesteld, kan de omkering de bank tot sociaal optimale preventie bewegen. Waar de aanspraak van de rekeninghouder ongegrond is, valt er niets tegen te houden: die uitbetalingen — tot aan de drempel waaronder de bank rationeel niet terugvordert — komen er ook bij een feilloos preventiesysteem opgezet door de bank. Voor dat deel is de *pay-first-argue-later*-regel geen efficiënte prikkel, maar een kost die de bank aan haar stakeholders doorrekent, zoals gezegd bijvoorbeeld in haar tarieven aan haar klanten.

Wat beter is, is dus een instrument dat de bank evengoed tot hetzelfde niveau van fraudepreventie beweegt, zonder lichtzinnige vorderingen door de rekeninghouder uit te lokken. Geen enkel alternatief systeem is perfect, maar een eerste mogelijkheid is bijvoorbeeld publieke handhaving van de preventieverplichtingen: zij sanctioneert de bank voor de kwaliteit van haar fraudepreventiesysteem, ongeacht of een rekeninghouder vordert. Een tweede voorbeeld is de drempel om te vorderen voor de rekeninghouder te verlagen in plaats van hem te verplaatsen, bijvoorbeeld door een toegankelijke ombudsdienst geschillen tot een bepaald bedrag definitief te laten beslechten: gegronde aanspraken worden dan vaker en sneller afgedwongen, terwijl de filter van de gemeenrechtelijke betalingsvolgorde blijft bestaan voor ongegronde. Een derde voorbeeld is de bank te verplichten in haar afwijzing te verantwoorden hoe haar preventiesysteem in het concrete dossier heeft gewerkt. Dat verlaagt de kost om een gegronde aanspraak af te dwingen zonder een ongegronde te bevoordelen, en maakt de kwaliteit van de preventie zichtbaar.

De verplichte verzekering uit sectie 2 werkt in dezelfde drempelverlagende richting, zonder de lichtzinnige aanspraken uit te lokken die de omkering wel meebrengt. Zij vervangt de partij die moet vorderen: de verzekeraar is gespecialiseerd en behandelt zulke dossiers in reeks, waardoor vorderen voor hem goedkoper is en de drempel dus lager ligt dan voor de rekeninghouder in wiens rechten hij treedt. De per hypothese optimaal gekalibreerde wettelijke aansprakelijkheidsregel wordt daardoor beter afgedwongen.

* * *

Simon Landuyt