

ECLI:NL:GHAMS:2018:1003

Instantie Gerechtshof Amsterdam

Datum uitspraak 27-03-2018

Datum publicatie 08-11-2018

Zaaknummer 200.176.109/01

Rechtsgebieden Civiel recht

Bijzondere kenmerken Hoger beroep

Inhoudsindicatie

Overeenkomst tot facilitering door ABNAmro van de uitgave door DCSE van prepaid betaalkaarten aan consumenten en het gebruik daarvan. Opzegging onregelmatig? Heeft ABNAmro het voor DCSE gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat ABNAmro (en niet DCSE) had te gelden als elektronischgeldinstelling in de zin van art. 2:10d Wft juncto art. 1c Vrijstellingsregeling Wft? Schending van de vergunningsplicht. De grieven komen tevergeefs op tegen de afwijzing van de eerste rechter van de schadevergoedingsvorderingen van DCSE.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF AMSTERDAM

afdeling civiel recht en belastingrecht, team I

zaaknummer : 200.176.109/01

zaak-/rolnummer rechtbank Amsterdam : C/13/569284 / HA ZA 14-725

arrest van de meervoudige burgerlijke kamer van 27 maart 2018

inzake

DEBET CARD SERVICES EUROPE B.V.,

gevestigd te Uden,

appellante,

tevens voorwaardelijk incidenteel geïntimeerde,

advocaat: mr. J.J. Schelling te Rotterdam,

tegen

ABN AMRO BANK N.V.,
gevestigd te Amsterdam,
geïntimeerde,
tevens voorwaardelijk incidenteel appellante,
advocaat: mr. A.J. Haasjes te Amsterdam.

1 Het geding in hoger beroep

Partijen worden hierna DCSE en ABN AMRO genoemd.

DCSE is bij dagvaarding van 30 juli 2015 in hoger beroep gekomen van een vonnis van de rechtbank Amsterdam van 13 mei 2015, onder bovenvermeld zaak-/rolnummer gewezen tussen DCSE als eiseres en ABN AMRO als gedaagde.

Partijen hebben daarna de volgende stukken ingediend:

- memorie van grieven, met producties;
- memorie van antwoord, tevens memorie van grieven in voorwaardelijk incidenteel appel, met producties.

Partijen hebben de zaak ter zitting van 12 mei 2017 doen bepleiten, DCSE door mr. Schelling voornoemd en ABN AMRO door mr. Haasjes voornoemd en door mr. R.H. Baldewpersad Tewari, advocaat te Amsterdam, ieder aan de hand van pleitnotities die zijn overgelegd. DCSE heeft nog producties in het geding gebracht.

Ten slotte is arrest gevraagd.

DCSE heeft geconcludeerd dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en haar vorderingen alsnog volledig toewijst, met veroordeling van ABN AMRO in de kosten van het geding in beide instanties.

ABN AMRO heeft in het principaal appel geconcludeerd tot verwerping van het appel en in het voorwaardelijk incidenteel appel tot vernietiging van het bestreden vonnis op het punt van de kostenveroordeling en - zo begrijpt het hof - in het principaal en het voorwaardelijk incidenteel appel dat DCSE - uitvoerbaar bij voorraad - wordt veroordeeld in de werkelijke kosten, begroot op in ieder geval € 75.000, met rente vanaf 14 dagen na de datum van dit arrest.

DCSE heeft in het incidenteel appel geconcludeerd dat het ongegrond wordt verklaard.

DCSE heeft in hoger beroep bewijs aangeboden.

2 Feiten

De rechtbank heeft in het bestreden vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 de feiten vastgesteld die zij tot uitgangspunt heeft genomen. DCSE klaagt met de grieven 1 en 2, dat de vaststellingen onder 2.3 en 2.6 onvolledig zijn en met grief 3, dat de vaststelling onder 2.7, inhoudende dat zij haar onderneming in februari 2014 *on hold* heeft gezet, onjuist is. De grieven zullen voor zover van belang hierna worden besproken. Voor het overige zijn de door de rechtbank vastgestelde feiten niet in geschil en dienen zij derhalve ook het hof tot uitgangspunt.

3 Beoordeling

3.1 Samengevat en waar nodig aangevuld met andere feiten die als enerzijds gesteld en anderzijds niet of onvoldoende betwist zijn komen vast te staan, dienen de navolgende feiten het hof tot uitgangspunt.

(i) Partijen hebben op 4 januari 2011 een overeenkomst gesloten inzake het gebruik van ABN AMRO Prepaid betaalkaarten. De overeenkomst strekt ertoe dat ABN AMRO tegen betaling door DCSE de uitgifte door DCSE van betaalkaarten aan consumenten en het gebruik van die betaalkaarten faciliteert. ABN AMRO heeft zich daarbij verplicht om 5.000 gepersonaliseerde betaalkaarten aan DCSE te leveren met een door DCSE ontwikkeld design en om een systeem op te zetten en in stand te houden voor de registratie van, kort gezegd, het saldo van de geactiveerde kaarten en de met die kaarten verrichte transacties.

(ii) In de overeenkomst is verder bepaald:

"(...)

Artikel 3 Voorwaarden en regelgeving betreffende elektronisch geld en betaaldiensten

Indien naar het oordeel van ABN AMRO de Overeenkomst aanpassing of aanvulling behoeft vanwege de regelgeving rond elektronisch geld of betaaldiensten respectievelijk de interpretatie daarvan, dan zal ABN AMRO daarvan mededeling doen aan Debet Card Services Europe B.V. ABN AMRO is dan bevoegd deze overeenkomst aan te passen of aan te vullen. (...)

(...)

Artikel 12 Gebruik van de Prepaid Card

Het gebruik van de Prepaid Card door de kaarthouder geldt tegenover de bank als vertegenwoordiging van Debet Card Services Europe B.V.. Door het ter beschikking stellen van de Prepaid Card aan de kaarthouder machtigt Debet Card Services B.V. de kaarthouder hiertoe. Het gebruik van de Prepaid Card door de kaarthouder komt voor rekening en risico van Debet Card Services B.V.

(...)

Artikel 15 Beëindiging van de Overeenkomst

15.1 Ieder der Partijen heeft het recht om deze overeenkomst op te zeggen door een mededeling aan de andere Partij met inachtneming van een opzegtermijn van minimaal twee (2) maanden. (...)

15.2 Een Partij heeft het recht om (...) de Overeenkomst met onmiddellijke en zonder gerechtelijke tussenkomst door een mededeling aan de andere Partij te beëindigen indien:

(...)

6. de andere Partij de reputatie van de wederpartij schaadt en daarmee de wederpartij in diskrediet brengt;

(...)

8. een Partij zich daartoe genoodzaakt voelt vanwege de interpretatie of toepassing van de regelgeving rond elektronisch geld of betaaldiensten.

(...)

Artikel 16 Aansprakelijkheid en verantwoordelijkheden van Partijen

ABN AMRO is alleen aansprakelijk voor directe schade die door haar opzet of grove schuld is ontstaan;

(...)

ABN AMRO is niet verantwoordelijk of aansprakelijk voor enig aspect, inclusief de naleving van eventueel toepasselijke wet- en regelgeving, betreffende de verstrekking van Prepaid Cards door Debet Card Services Europe B.V. aan kaarthouders. ABN AMRO is geen partij in enige overeenkomst tussen Debet Card Services Europe B.V. en kaarthouders. (...)

(...)"

(iii) In bijlage 1 bij de overeenkomst is onder meer bepaald dat 1) het maximum saldo per kaart € 1.500 zal bedragen; en 2) een betaling maximaal € 750 kan belopen.

(iv) Op 22 juni 2011 heeft Finnius Advocaten schriftelijk advies uitgebracht aan DCSE over de voor de betaalkaarten geldende wet- en regelgeving. Bij brief aan De Nederlandse Bank (DNB) van 20 januari 2012 heeft DCSE verzocht om inschrijving in het register van DNB als vrijgestelde elektronischgeldinstelling (egi) zoals bedoeld in artikel 2:10d Wft, juncto artikel 1c van de Vrijstellingsregeling Wft. Bij brief van 27 januari 2012 heeft DNB aan DCSE bericht, kort samengevat, dat het verzoek wordt ingewilligd, in aanmerking nemende dat DCSE (onder meer) heeft verklaard, dat:

- op de kaarten een tegoed van maximaal € 150,- tegelijk kan worden opgeslagen;
- de in ruil voor de kaarten ontvangen gelden zeker worden gesteld op een derdengeldrekening.

(v) In december 2012 is DCSE begonnen met de uitgifte van de eerste betaalkaarten, waaronder kaarten met een tegoed van € 300 tot € 750 tegelijk tegen betaling achteraf binnen 21 dagen. Bij brief van 19 december 2012 heeft ABN AMRO, kort gezegd, DCSE erop gewezen dat de wet- en regelgeving doorlopend moeten worden nageleefd en verzocht om een legal opinion waaruit dat blijkt. Op 9 januari 2013 heeft DCSE daarop onder meer geantwoord dat zij ervan uitgaat dat zij heeft te gelden als een bij ABN AMRO aangesloten instelling en dat haar verzoek om inschrijving in het register van DNB als vrijgestelde elektronischgeldinstelling enkel was bedoeld als vangnet / noodscenario. Bij e-mail van 10 januari 2013 heeft ABN AMRO aan DCSE teruggeschreven: *Het is helder hoe jouw standpunt is. (...) Op 16 januari aanstaande vindt hiertoe op ons hoofdkantoor te Amsterdam een intern overleg plaats. Ik streef ernaar om op basis van de uitkomst van dit overleg, finale duiding en/of beantwoording van resterende vragen te kunnen bieden.*

(vi) Op 22 januari 2014 heeft de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland vonnis gewezen in een zaak waarin DCSE een kaart met een tegoed van € 750 tegelijk had uitgegeven tegen betaling achteraf van dat bedrag, vermeerderd met een zogenoemde lidmaatschapsbijdrage van €

187,50. In dat vonnis is overwogen en beslist dat DCSE de vrijstellingsvoorwaarde van maximaal een tegoed van € 150 tegelijk per kaart heeft geschonden, alsmede artikel 35 van de Wck door de facto een kredietvergoeding van 25% van het geleende bedrag te vragen in plaats van een vergoeding tot maximaal het toegestane percentage van 15%.

(vii) Bij brief van 10 maart 2014 heeft ABN AMRO aan DCSE bericht dat zij gerechtigd is om wegens schending door DCSE van wet- en regelgeving de overeenkomst op de voet van artikel 15 lid 2 met onmiddellijke ingang op te zeggen, maar dat zij DCSE een termijn gunt van twee weken voor een reactie. In antwoord daarop heeft DCSE bij brief van 11 maart 2014 gedreigd dat zij ABN AMRO aansprakelijk zal houden voor haar als gevolg van een beëindiging van de overeenkomst te lijden schade. Partijen hebben vervolgens over en weer schriftelijk nader op elkaars standpunten gereageerd. Zo heeft DCSE op 7 april 2014 nog aan ABN AMRO geschreven: "*Wij zouden ook nooit van start hebben kunnen gaan met de inrichting van € 150 per card immers alleen al ABN AMRO Bank NV zou dan al de volgende kosten in rekening brengen: (...) **Totaal € 44,15** Operationeel en technisch zijn systemen ingericht op een upload tot EUR 750*". Partijen zijn het uiteindelijk niet eens geworden over een beëindiging in onderling overleg en bij brief van 20 mei 2014 heeft ABN AMRO alsnog de overeenkomst met onmiddellijke ingang opgezegd.

3.2 DCSE vordert in dit geding dat ABN AMRO wordt veroordeeld tot betaling van € 3.897.183,48.

Daarvan strekt € 2.931.937,31 tot schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging van de overeenkomst en € 965.296,17 tot schadevergoeding wegens vertraging in de oplevering van het registratiesysteem (per saldo overigens € 3.897.**233,48**). De rechtbank heeft kort samengevat en in essentie geoordeeld dat:

- ANB AMRO wegens schending door DCSE van wet- en regelgeving gerechtigd was om de overeenkomst met onmiddellijke ingang, althans op een termijn van twee maanden, op te zeggen;
- bovendien het vereiste causaal verband ontbreekt tussen de opzegging van de overeenkomst en de beweerde schade omdat DCSE haar onderneming al in februari 2014 *on hold* - zou hebben gezet; en voorts
- partijen geen fatale termijn zijn overeengekomen voor de oplevering door ABN AMRO van het systeem. Beide deelvorderingen zijn afgewezen en DCSE is daartegen in het principale appel met acht grieven opgekomen. Het hof oordeelt als volgt.

3.3 Grief 4 strekt tot betoog dat ABN AMRO bij DCSE het gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat ABN AMRO als de verstrekker van het elektronisch geld zou kunnen worden gezien, althans dat zij had te gelden als een bij ABN AMRO aangesloten instelling. ABN AMRO zou dat gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, aldus DCSE, door de overeenkomst te ondertekenen en door haar naamsvermelding op de kaarten. DCSE wil aan dit betoog kennelijk de conclusie verbonden zien dat zij niet had te gelden als egi, zodat zij niet was onderworpen aan de daarvoor geldende wet- en regelgeving en die wet- en regelgeving dus niet kan hebben geschonden.

3.4 Het betoog wordt verworpen. Het bepaalde in artikel 12 van de overeenkomst wijst erop dat partijen zijn overeengekomen dat ABN AMRO het op de kaarten geladen elektronisch geld zal verstrekken aan DCSE. Daarin ligt besloten dat partijen zijn overeengekomen dat DCSE op haar beurt - en dat is waar het hier om gaat - het elektronisch geld zal verstrekken aan de kaarthouders. De enkele naamsvermelding van ABN AMRO op de kaarten doet niet af aan deze heldere bewoordingen. Door ondertekening van de overeenkomst heeft ABN AMRO dus juist geen misverstand erover laten bestaan dat DCSE heeft te gelden als de egi, althans vraagt de stelling van DCSE dat dit anders is om een nadere toelichting, die ontbreekt. Bovendien valt die stelling niet te rijmen met wat Finnius op dit punt heeft geadviseerd. DCSE heeft dus de voor egi's geldende wet- en regelgeving geschonden door zonder vergunning kaarten met een tegoed van meer dan € 150 tegelijk uit te geven en door de in ruil voor de kaarten ontvangen gelden niet zeker te stellen op een derdengeldrekening.

3.5 Daarbij komt dat DCSE met de kaarten - zo is niet in geschil - bedrijfsmatig krediet heeft verstrekt.

Gesteld en niet is weersproken dat de door DCSE aan de kaarthouders in rekening gebrachte lidmaatschapsbijdrage telkens 25% van het tegoed op de kaarten heeft bedragen. Dit kan evident niet worden aangemerkt als de onbetekenende kosten waarvoor een vrijstelling geldt van de vergunningplicht in geval van kredietverlening aan consumenten als waar het hier om gaat. DCSE heeft dus die vergunningplicht geschonden.

- 3.6 Het voorgaande wettigt geen andere conclusie dan dat DCSE op meerdere punten wet- en regelgeving heeft geschonden. Artikel 12 van de overeenkomst houdt in dat DCSE zelf verantwoordelijk is voor de naleving van wet- en regelgeving. Voor zover DCSE heeft bedoeld te betogen dat ABN AMRO geen beroep toekomt op dat beding, omdat zij bij DCSE de gerechtvaardigde verwachting heeft gewekt dat het wel goed zat met de wet- en regelgeving, strandt dat betoog reeds op het Finnius advies; gelet op dat advies wist DCSE wel beter. Veel betekend voor die wetenschap is dat - zo is gesteld en niet gemotiveerd weersproken - alhoewel ABN AMRO al bij brief van 19 december 2012 om een legal opinion had gevraagd, DCSE dat advies eerst bij brief van 11 maart 2014 aan ABN AMRO heeft gestuurd. Voor zover DCSE verder heeft bedoeld te betogen dat ABN AMRO haar rechten heeft verwerkt om zich op schending door DCSE van wet- en regelgeving te beroepen, strandt het betoog op de in rov. 3.1 aangehaalde correspondentie tussen partijen; daaruit komt genoegzaam naar voren dat ABN AMRO er nooit misverstand over heeft laten bestaan dat wat haar betreft DCSE de wet- en regelgeving diende na te leven. Dat in de bijlagen bij de overeenkomst staat dat kaarten met een maximum saldo van € 1.500 zullen worden uitgegeven, leidt niet tot een ander oordeel omdat DCSE - zoals op haar weg lag - daarvoor een vergunning had kunnen aanvragen. Dat ABN AMRO na haar e-mail aan DCSE van 10 januari 2013 tot haar brief van 10 maart 2014 kennelijk heeft stilgezeten, leidt evenmin tot een ander oordeel; enkel tijdsverloop is voor rechtsverwerking onvoldoende. Grief 4 faalt.
- 3.7 Grief 5 strekt tot betoog dat ABN AMRO op grond van artikel 3 van de overeenkomst gehouden was de overeenkomst aan te passen, althans om daarover met DCSE in overleg te treden, alvorens de overeenkomst op te zeggen. Ook deze grief faalt. Dat is ten eerste het geval omdat dat beding kennelijk voorziet in een discretionaire bevoegdheid van ABN AMRO, en dus niet op een op haar rustende verplichting. Bovendien heeft ABN AMRO de opzegging van de overeenkomst kennelijk niet erop gebaseerd, dat de overeenkomst strijdig is met wet- en regelgeving, maar dat dit geldt voor de wijze waarop DCSE aan de overeenkomst uitvoering heeft gegeven.
- 3.8 Met grief 7 komt DCSE op tegen de afwijzing van haar deelvordering tot schadevergoeding wegens te late oplevering van het systeem. De grief strekt tot betoog dat partijen weliswaar geen fatale termijn zijn overeengekomen, maar dat uit het enkele feit dat de overeenkomst in beginsel een looptijd had van een jaar volgt dat het systeem ver daarvoor gereed had moeten zijn en dat ABN AMRO in haar eigen planning uitging van een implementatieperiode van 8 weken (productie 5).
- 3.9 Ook deze grief is tevergeefs voorgesteld. Het in rov. 3.1 onder (vii) aangehaalde bericht van DCSE aan ABN AMRO van 7 april 2014 wijst erop dat DCSE van het begin af aan wet- en regelgeving heeft willen schenden door zonder vergunning kaarten uit te willen geven met een tegoed aan elektronisch geld van meer dan € 150 tegelijk. Reeds vanwege dit voorgenomen schuldeisersverzuim van DCSE heeft ABN AMRO harerzijds niet in verzuim kunnen geraken, althans is het beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Voor zover met het voorgaande buiten de rechtsstrijd van partijen wordt getreden, geldt dat DCSE ook in hoger beroep onvoldoende gemotiveerd heeft betwist dat zij steeds nieuwe wensen had - zij heeft volstaan met een kale ontkenning - terwijl gesteld noch is gebleken dat ABN AMRO zich onvoldoende heeft ingespannen om steeds die nieuwe wensen tijdig te realiseren.
- 3.10 De overige grieven in het principale appel kunnen bij gebrek aan belang onbesproken blijven. Wanneer DCSE haar onderneming *on hold* heeft gezet (grievens 2, 3 en 6) kan in het midden blijven, nu in het voorgaande ligt besloten dat de overeenkomst bij brief van 20 mei 2014

rechtmatig is opgezegd en dat oordeel de afwijzing van de eerste deelvordering van DCSE zelfstandig kan dragen.

3.11 Met het voorwaardelijk incidentele appel wil ABN AMRO dat DCSE wordt veroordeeld in de werkelijke proceskosten. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat DCSE misbruik heeft gemaakt van procesrecht door haar vordering te baseren op het onware feit dat zij haar onderneming pas na de eerste opzeggingsbrief van ABN AMRO (10 maart 2014) heeft gestaakt. Volgens ABN AMRO is dat al in februari 2014 geweest, zodat het causaal verband ontbreekt tussen de verweten opzegging van de overeenkomst door ABN AMRO en de schade waarvan DCSE met haar eerste deelvordering de vergoeding vordert. De grief faalt reeds omdat in het licht van de gemotiveerde betwisting van DCSE niet is komen vast te staan dat zij haar onderneming al in februari 2014 heeft gestaakt en ABN AMRO die stelling niet concreet te bewijzen heeft aangeboden.

3.12 De slotsom is dat het principale appel en het voorwaardelijk incidentele appel tevergeefs zijn ingesteld. Het bewijsaanbod van DCSE wordt verworpen nu zij geen voldoende concrete stellingen heeft betrokken die van belang zijn voor de uitkomst van de zaak. Het bestreden vonnis zal worden bekrachtigd en DCSE zal worden veroordeeld in de kosten van het principale appel en ABN AMRO in die van het voorwaardelijk incidentele appel.

4 Beslissing

Het hof:

rechtdoende in principaal en voorwaardelijk incidenteel appel:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep;

veroordeelt DCSE in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, tot op heden aan de zijde van ABN AMRO begroot op € 5.160 aan verschotten en € 13.740 voor salaris, te vermeerderen met de wettelijke rente, indien niet binnen veertien dagen na dit arrest aan de kostenveroordeling is voldaan;

veroordeelt ABN AMRO in de kosten van het geding in voorwaardelijk incidenteel appel aan de zijde van DCSE begroot op € 1.631 voor salaris;

verklaart de kostenveroordeling van DCSE uitvoerbaar bij voorraad;

wijst af het meer of anders gevorderde.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.S. Arnold, M. Jurgens en J.W.A. Biemans en door de rolraadsheer in

het openbaar uitgesproken op 27 maart 2018.