Mr. L.J. Silverentand
Prof. mr. W.A.K. Rank

Amsterdam, 28 augustus 2015

Betreft Advies inzake mogelijkheden wettelijk verbod surcharging[a]

Executive summary

Op dit moment is het een begunstigde op grond van Europees en Nederlands recht toegestaan een toeslag in rekening te brengen aan een betaler bij het gebruik van een specifiek betaalinstrument, zoals de creditcard. Die vergoeding is op grond van de Richtlijn consumentenrechten bij consumententransacties maximaal even hoog als de gemaakte kosten.

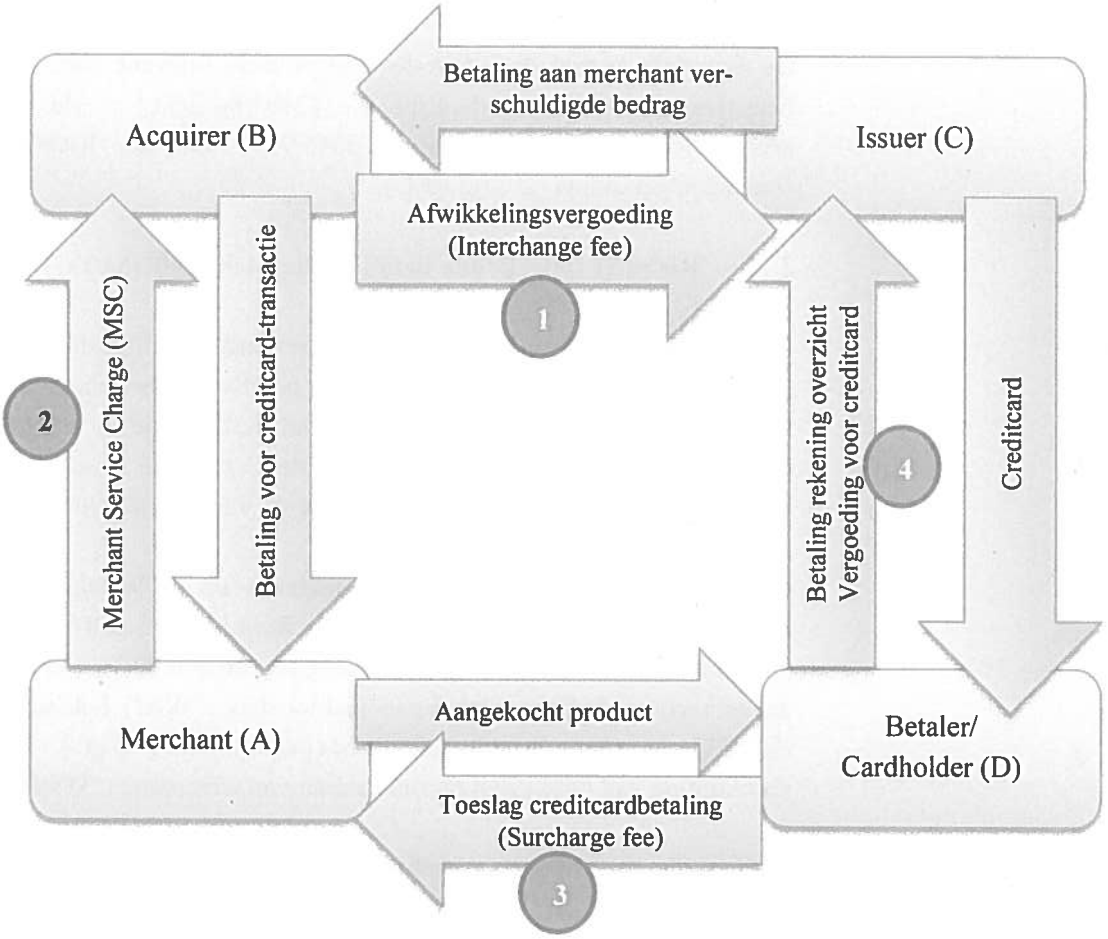
PSD1 geeft lidstaten de bevoegdheid het in rekening brengen van een vergoeding voor een specifiek betaalinstrument te verbieden. Uit een arrest van het Hof van Justitie, overweging 42 van PSD1 en andere taalversies van PSD1 dan de Nederlandse, blijkt dat die bevoegdheid ook kan worden gebruikt om het vragen van toeslagen voor het gebruik van een creditcard te verbieden. Nederland heeft (nog) geen gebruik gemaakt van die bevoegdheid. Indien gekozen zou worden voor introductie van een verbod, zouden daartoe de artikelen 6:230k, eerste lid en 7:520, derde lid BW gewijzigd kunnen worden. Daarbij kan worden gekozen voor een verbod dat beperkt is tot consumententransacties of voor een ruimer verbod.

PSD2 zal het in rekening brengen van kosten voor betalingen met consumenten creditcards verbieden. Dat verbod zal naar verwachting pas tussen oktober en december 2017 in Nederland geïmplementeerd zijn. PSD2 geeft lidstaten voorts expliciet de mogelijkheid te kiezen voor een nog ruimer verbod. In een overweging van PSD2 worden lidstaten opgeroepen dergelijke toeslagen al eerder te verbieden.

[a] Ons advies komt voort uit een verzoek van International Card Services B.V. (ICS) om de mogelijkheid van een wettelijk verbod op surcharging vanuit een principieel juridisch standpunt te analyseren. De in verband daarmee door ons gemaakte kosten worden door ICS vergoed. Het in deze reactie gestelde is echter geheel en al onze eigen mening die wij in volledige vrijheid hebben kunnen vormen en die niet noodzakelijkerwijs overeenkomt met de visie van ICS.

Dit memo is vertrouwelijk, kan zijn onderworpen aan een beroepsgeheim en mag niet worden gebruikt, geopenbaard, verveelvoudigd, gedistribueerd of behouden door een ander dan de beoogde ontvanger. Alle juridische relaties zijn onderworpen aan de voorwaarden van NautaDutilh N.V. (zie www.nautadutilh.com/terms). Deze voorwaarden bevatten een aansprakelijkheidsbeperking, zijn gedeponeerd bij de rechtbank in Rotterdam en worden op verzoek kosteloos toegezonden. Nederlands recht is van toepassing en geschillen worden onderworpen aan de exclusieve bevoegdheid van de rechtbank in Amsterdam. NautaDutilh N.V.; statutair gevestigd te Rotterdam; handelsregister nr. 24338323.

Schematisch ziet de transactie er als volgt uit:



Bij een creditcardtransactie loopt de betaling voor een aangekocht product aldus van de cardholder (D) via de issuer (C) en de acquirer (B) aan de merchant (A).

Binnen dit stelsel worden verschillende vergoedingen in rekening gebracht voor het gebruik van het creditcard-transactie-systeem, die hierboven met nummers zijn aangeduid. De acquirer betaalt voor de afwikkeling aan de issuer een afwikkelingsvergoeding ("interchange fee") (nummer 1 in het schema). De acquirer belast (onder andere) deze kosten door aan de merchant door hem een bedrag in rekening te brengen ("merchant service charge") (nummer 2 in het schema). En (mede) vanwege deze kosten berekenen bepaalde merchants in de praktijk naast de prijs voor het product ook een toeslag aan de cardholder voor het gebruik van de creditcard ("surcharge fee") (nummer 3 in het schema). Daarnaast berekent de issuer doorgaans aan de cardholder een vaste kaartbijdrage (nummer 4 in het schema).

Dit advies ziet op de vergoeding die de merchant vraagt aan de cardholder voor het gebruik van de creditcard, aangeduid als (3).

leggen dat zo'n vergoeding niet of beperkt mag worden gevraagd. In artikel 52, derde lid PSD1 lijkt deze mogelijkheid voor lidstaten echter beperkt te zijn tot betalingen met debetkaarten.[1] Er staat immers: " *De lidstaten mogen echter het recht om een vergoeding te verlangen voor met debetkaarten verrichte betalingen ontzeggen of beperken".*

Met artikel 52, derde lid PSD1 wordt uitvoering gegeven aan overweging 42 PSD1:

> *"Ten behoeve van de transparantie en de mededinging zou de betalingsdienstaanbieder niet mogen beletten dat de begunstigde van de betaler voor het gebruik van een specifiek betaalinstrument een vergoeding verlangt. Hoewel het de begunstigde vrij zou moeten staan voor het gebruik van een bepaald betaalinstrument kosten aan te rekenen, kunnen de lidstaten beslissen of zij een dergelijke praktijk aan een verbod of aan beperkingen onderwerpen, indien zulks naar hun oordeel gerechtvaardigd zou zijn wegens oneerlijke prijsstelling of een prijsstelling die het gebruik van een bepaald betaalinstrument negatief zou kunnen beïnvloeden, mede gelet op de noodzaak concurrentie en het gebruik van efficiënte betaalinstrumenten aan te moedigen."*

Tussen de overweging en het artikel bestaan enkele verschillen:

- de overweging ziet alleen op het verlangen van een vergoeding voor de kosten, het artikel ziet ook op het aanbieden van een korting;
- de bevoegdheid voor lidstaten om het aanrekenen van kosten te verbieden of te beperken is in het artikel beperkt tot debetkaarten, terwijl die beperking geen onderdeel uitmaakt van de overweging.

Voor dit advies is met name de beperking tot debetkaarten van belang. De betrokken passage (artikel 52, derde lid PSD1) luidt in andere taalversies:

> *"The payment service provider shall not prevent the payee from requesting from the payer a charge of from offering him a reduction for the use of a given payment instrument. However, Member States may forbid or limit the right to request charges taking into account the need to encourage competition and promote the use of efficient payment instruments."*
>
> *"Der Zahlungsdienstleister darf dem Zahlungsempfänger nicht*

[1] Dit artikel is blijkens de transponeringstabel van de Wijzigingswet geïmplementeerd in artikel 7:520 BW.

mits de betrokken nationale regeling - in haar geheel gezien - rekening houdt met de noodzaak om de concurrentie en het gebruik van efficiënte betaalinstrumenten aan te moedigen, waarbij het aan de verwijzende rechter staat om dit te verifiëren."

In de Nederlandse versie van dit arrest is in het citaat van artikel 52, derde lid PSD1 de zinsnede "voor met debetkaarten verrichte betalingen" overigens weggelaten (zie r.o. 5).

Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat PSD1 in beginsel het vragen van een vergoeding voor het gebruik van een specifiek betaalinstrument toestaat, maar lidstaten de bevoegdheid verleent die mogelijkheid te beperken of uit te sluiten, ongeacht het type betaalinstrument.

2.2 Richtlijn betreffende consumentenrechten (2011/83/EU)

De Richtlijn van 25 oktober 2011 betreffende consumentenrechten, Richtlijn 2011/83/EU ("**Richtlijn consumentenrechten**"), geeft regels voor transacties met consumenten. De Richtlijn Consumentenrechten is op 22 november 2011 gepubliceerd. De Richtlijn Consumentenrechten is in Nederland geïmplementeerd met de Implementatiewet richtlijn consumentenrechten, die op 13 juni 2014 in werking is getreden. Blijkens artikel 4 Richtlijn Consumentenrechten beoogt de Richtlijn volledige harmonisatie:

"De lidstaten behouden in hun nationale wetgeving geen bepalingen die afwijken van de bepalingen opgenomen in deze richtlijn, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van consumentenbescherming waarborgen, of voeren dergelijke bepalingen niet in, tenzij in deze richtlijn anders is bepaald."

In de Richtlijn Consumentenrechten wordt onder consument verstaan iedere natuurlijke persoon die bij onder de Richtlijn vallende overeenkomsten handelt voor doeleinden die buiten zijn bedrijfs- of beroepsactiviteit vallen. Artikel 19 van de Richtlijn Consumentenrechten bepaalt dat de lidstaten handelaren moeten verbieden om voor het gebruik van een bepaald betaalmiddel vergoedingen aan te rekenen die de kosten voor de handelaar als gevolg van het gebruik van dit middel overschrijden. Dit artikel is in Nederland geïmplementeerd in artikel 6:230k, eerste lid BW.

Gezien het uitgangspunt van volledige harmonisatie zou gesteld kunnen worden dat lidstaten geen striktere bepalingen mogen opnemen dan in artikel 19 Richtlijn Consumentenrechten voorzien en derhalve het in rekening brengen van kosten

begunstigde ontstaat." Een uitgever is "*een betalingsdienstaanbieder die met een betaler een overeenkomst sluit voor het verstrekken van een betaalinstrument voor het initiëren en het verwerken van diens op kaarten gebaseerde betalingstransacties.*" Het gaat aldus over de interbancaire vergoedingen die in het schema zijn aangeduid met (1).

Artikel 3 Verordening afwikkelingsvergoedingen maximeert de afwikkelingsvergoeding voor debetkaart-transacties op 0,2% van de transactiewaarde. Artikel 4 Verordening afwikkelingsvergoedingen maximeert de afwikkelingsvergoeding voor creditcardtransacties op 0,3% van de transactiewaarde. De Verordening afwikkelingsvergoedingen bepaalt expliciet dat lidstaten voor binnenlandse kaarttransacties lagere maximale afwikkelingsvergoedingen kunnen vaststellen.

2.4 Richtlijn betreffende betalingsdiensten 2

Op 24 juli 2013 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een richtlijn betreffende betalingsdiensten die PSD1 zou moeten vervangen ("**PSD2**"). Op 5 mei 2015 werd in de trialoog overeenstemming bereikt over de tekst van PSD2. Op 2 juni 2015 is het voorstel voorgelegd aan het Permanent Representatives Committee. Verwacht wordt dat PSD2 in september 2015 door het Parlement wordt aangenomen en tussen oktober en december 2015 wordt gepubliceerd. Daarna hebben de lidstaten twee jaar om PSD2 te implementeren. Implementatie in Nederland kan derhalve worden verwacht tussen oktober en december 2017.

In artikel 55, derde lid PSD2[2] blijft de mogelijkheid bestaan voor de merchant om een vergoeding voor het gebruik van een specifiek betaalinstrument te vragen aan de betaler, die niet boven de kosten mag uitstijgen. Die mogelijkheid wordt in het vierde lid echter uitgesloten ten aanzien het gebruik van een betaalinstrument waarbij de interbancaire vergoedingen - de vergoeding die betrokken banken aan elkaar betalen (zie 1) - vallen onder de Verordening afwikkelingsvergoedingen (zie hiervoor) en voor betalingen waarop Verordening (EU) No 260/2012 (Verordening betreffende de overgang naar EU-brede overboekingen en automatische overschrijvingen) van toepassing is. Zakelijke kaarten en driepartijenbetaalkaartsystemen vallen niet onder de Verordening afwikkelingsvergoedingen. Bij het gebruik van die kaarten mogen nog altijd toeslagen in rekening worden gebracht, indien en voor zover deze voldoen aan de eisen van de Richtlijn consumentenrechten en derhalve niet hoger zijn dan de werkelijke kosten. Lid 4a geeft lidstaten ten slotte de mogelijkheid om toeslagen

[2] De versie van 2 juni 2015 (interinstitutional file 2013/0264 (COD)).

In de nieuwe tekst wordt nadruk gelegd op het misbruik dat thans plaatsvindt en de reden om de toeslagen te verbieden. Lidstaten worden voorts expliciet opgeroepen het verbod op toeslagen voor betalingen waarvan de interbancaire vergoedingen zijn geregeld in Verordening (EU)2015/751 al eerder te verbieden dan bij implementatie van PSD2.

Met deze oproep wordt overigens benadrukt dat een verbod onder PSD1 reeds een mogelijkheid is voor lidstaten.

2.5 Conclusie Europese regelgeving

PSD2 zal toeslagen die de merchant bij de cardholder in rekening brengt verbieden voor zover de betrokken transactie een op kaarten gebaseerde betalingstransactie is die onder de Verordening afwikkelingsvergoedingen valt. Implementatie van PSD2 wordt echter pas verwacht tussen oktober en december 2017.

PSD1 biedt thans reeds de mogelijkheid aan lidstaten dergelijke toeslagen te verbieden. In de overwegingen bij PSD2 wordt expliciet geopperd dat lidstaten al vóór implementatie van PSD2 van die mogelijkheid gebruik maken voor toeslagen op kaarttransacties waarvan vanaf 9 december 2015 op grond van de Verordening afwikkelingsvergoedingen de afwikkelingsvergoeding is gemaximeerd op 0,2 dan wel 0,3%.

3 NEDERLANDSE WET- EN REGELGEVING

De hiervoor genoemde Verordening heeft rechtstreekse werking, de Richtlijnen moeten worden omgezet.

3.1 Artikel 52, derde lid PSD1

Artikel 52, derde lid PSD1 is geïmplementeerd in artikel 7:520, derde lid BW dat op 1 november 2009 in werking is getreden:

> "*De betaaldienstverlener belet niet dat de begunstigde van de betaler een vergoeding vraagt of een korting aanbiedt voor het gebruik van een bepaald betaalinstrument.*"

In de toelichting bij dit artikel merkte de wetgever op[3]:

[3] Tweede Kamer, vergaderjaar 2008–2009, 31 892, nr. 3, p. 34 en 35.

de afwikkelingsvergoedingen (tussen acquirer en issuer) gemaximeerd, waardoor ook de kosten die de acquirer aan de merchant kan doorberekenen beperkt zijn en daardoor de kosten die de merchant aan de cardholder kan doorberekenen.

3.3 Conclusie Nederlands recht

Op grond van het vigerende recht mag de merchant een vergoeding aan de cardholder in rekening brengen voor het gebruik van een creditcard. Die vergoeding mag bij consumententransacties niet hoger zijn dan de kosten van het gebruik van het betaalmiddel voor de merchant.

4 WETSWIJZIGING

Een wetswijziging waarbij gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid die PSD1 biedt om het in rekening brengen van toeslagen door de merchant aan de cardholder te verbieden, zal moeten zien op zowel artikel 6:230k, eerste lid BW als op artikel 7:520, derde lid BW. Daarbij is van belang er rekening mee te houden dat het Europees recht toeslagen voor het gebruik van zakelijke kaarten en driepartijenkaarttransacties zal blijven toestaan. Nederland kan (i) alle toeslagen verbieden op grond van PSD1 of (ii) alleen de toeslagen voor kaarttransacties die vallen onder de Verordening afwikkelingskosten. PSD2 zal verplichten tot een verbod als bedoeld bij (ii) en biedt in artikel 55, lid 4a PSD2 de mogelijkheid voor een verbod als bedoeld bij (i).

Wordt gekozen voor een volledig verbod dan zullen de hiervoor aangehaalde bepalingen (artikel 6:230k, eerste lid BW en artikel 7:520, derde lid BW) geheel gewijzigd moeten worden. Wordt gekozen voor een beperkt verbod dan zal artikel 6:230k, eerste lid BW gewijzigd moeten worden in een verbod op het in rekening brengen van toeslagen bij consumententransacties in het algemeen of alleen voor consumententransacties die vallen onder de Verordening afwikkelingsvergoedingen. In dat geval zal aan de regeling van artikel 6:230k, eerste lid BW behoefte blijven bestaan.

In de toelichting op de wetswijziging zal onderbouwd moeten worden dat de wetswijziging in het belang is van de noodzaak concurrentie en het gebruik van efficiënte betaalinstrumenten aan te moedigen. Die voorwaarde vloeit voort uit PSD1.

---000---