Jurisprudentie

CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. RICHARD DE LA TOUR
van 6 maart 2025 [1]

Zaak C-549/23

American Express Europe SA,
American Express Carte France SA,
Visa Europe Ltd,
MasterCard Europe SA,
Autoriteit Consument en Markt,
Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV,
in tegenwoordigheid van:
International Card Services BV

[verzoek van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Betalingsdiensten in de interne markt – Verordening (EU) 2015/751 – Afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties – Maximumbedrag voor deze afwikkelingsvergoedingen – Door een co-brandingpartner ontvangen vergoedingen uit een betaalkaartschema – Toepassing van dit maximumbedrag op deze vergoedingen – Aftrek van de handelarenvergoeding – Aftrek van de waarde van de door de co-brandingpartner verrichte prestaties”

I. Inleiding

1. In de tweede helft van 2023 werd in het eurogebied 56 % van de niet-contante betalingen met een bankpas verricht, waarbij het gemiddelde bedrag per transactie ongeveer 40 EUR bedroeg. [2]

2. De concurrentie op het gebied van bankpassen vindt plaats tussen twee bedrijfsmodellen. Vierpartijenbetaalkaartschema's zijn veruit in de meerderheid op de markt. [3] Bij deze opzet betaalt de kaarthouder (1) een vergoeding aan de financiële instelling (2) die de kaart uitgeeft (hierna: „uitgever”) en betaalt de handelaar (3) die via de kaart wordt betaald een

[1] Oorspronkelijke taal: Frans.

[2] Zie persbericht van de Europese Centrale Bank (ECB) van 25 juli 2024 betreffende de betalingsstatistieken van de tweede helft van 2023, beschikbaar op: https://www.ecb.europa.eu/press/stats/paysec/html/ecb.pis2023_1~10a5662f81.en.html. Zie ook de bijlage bij dit persbericht.

[3] Zie speciaal verslag 01/2025 van de Europese Rekenkamer, *Digitale betalingen in de EU – Vooruitgang bij het veiliger, sneller en goedkoper maken ervan, ondanks resterende lacunes*, dat beschikbaar is op: https://www.eca.europa.eu/nl/publications/sr-2025-01, punt 7 (blz. 9).

handelarenvergoeding aan de financiële instelling (4) die de handelaar de middelen [4] verschaft om kaartbetalingen te accepteren (hierna: „accepteerder"). Deze opzet wordt aangevuld door een betaalkaartschema zoals MasterCard of Visa, dat de verrichtingen tussen de betrokken uitgevers en accepteerders cleart en afwikkelt in ruil voor commissiebetalingen. Ter compensatie van het feit dat de uitgever meer kosten en risico's draagt (met name verzekeringen en terugbetalingen in geval van fraude of niet-betaling, en onmiddellijke betaling, zelfs indien de betaling voor de kaarthouder wordt uitgesteld) dan de accepteerder (terbeschikkingstelling van betalingsoplossingen), betaalt deze laatste de uitgever een afwikkelingsvergoeding, welke vergoeding het voorwerp is van verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties [5].

3. Daarnaast zijn er driepartijenbetaalkaartschema's, die bestaan uit de kaarthouder, de handelaar en een betaalkaartschema-accepteerder-uitgever, die beide functies verricht. Deze schema's zijn derhalve niet onderworpen aan de regels inzake afwikkelingsvergoedingen. American Express is een dergelijk driepartijenbetaalkaartschema.

4. Op basis van deze driepartijenbetaalkaartschema's zijn er bedrijfsmodellen ontstaan waarbij, naast de drie zojuist genoemde hoofdrolspelers, derde partijen betrokken zijn, zoals aanbieders van betalingsdiensten onder licentie, co-brandingpartners of agenten. Deze varianten op het driepartijenbetaalkaartschema, waartoe de aan het Hof voorgelegde contractuele situatie behoort, moeten volgens verordening 2015/751 worden beschouwd als vierpartijenbetaalkaartschema's.

5. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing zal het Hof de gelegenheid bieden om duidelijkheid te verschaffen over de wijze waarop concreet uitvoering moet worden gegeven aan deze in verordening 2015/751 vastgestelde gelijkstelling tussen vierpartijenbetaalkaartschema's enerzijds en met co-branding aangevulde driepartijenbetaalkaartschema's anderzijds, met name wat de beperking van het bedrag van de afwikkelingsvergoeding betreft.

6. Het Hof heeft reeds eerder geoordeeld dat een co-brandingpartner niet als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van verordening 2015/751 hoeft op te treden om het driepartijenbetaalkaartschema waarmee hij een overeenkomst heeft gesloten als een vierpartijenbetaalkaartschema te kunnen beschouwen. [6] De onderhavige zaak zal het mogelijk maken om te verduidelijken hoe de regels voor het begrenzen van de afwikkelingsvergoeding in een vierpartijenschema gelden voor een met co-branding aangevuld driepartijenschema.

7. Ik stel voor dat het Hof de door het College van Beroep voor het bedrijfsleven (Nederland) gestelde vragen beantwoordt in het licht van de doelstellingen van verordening 2015/751, namelijk het komen tot een consistente toepassing van de mededingingsregels op afwikkelingsvergoedingen, het verbeteren van de werking van de interne markt en het verminderen van de kosten van betaalkaarttransacties voor consumenten.

4 Een elektronische betaalterminal of een betaalkaartoplossing via het internet of de mobiele telefoon.

5 PB 2015, L 123, blz. 1.

6 Zie arrest van 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66).

II. Unierecht

8. De overwegingen 10, 28, 29, 31 en 32 van verordening 2015/751 luiden:

„(10) Afwikkelingsvergoedingen zijn vergoedingen die gewoonlijk worden toegepast tussen de kaartaccepterende en de kaartuitgevende betalingsdienstaanbieders die van een bepaald betaalkaartschema deel uitmaken. Afwikkelingsvergoedingen vormen een belangrijk deel van de vergoedingen die accepterende betalingsdienstaanbieders voor elke op een kaart gebaseerde betalingstransactie aan handelaren in rekening brengen. Handelaren verwerken deze kaartkosten, net als al hun andere kosten, op hun beurt in de algemene prijzen van goederen en diensten. De concurrentie tussen betaalkaartschema's om betalingsdienstaanbieders ervan te overtuigen kaarten van hun schema uit te geven, werkt eerder een verhoging dan een verlaging van de afwikkelingsvergoedingen in de hand, terwijl concurrentie in een markteconomie normaal gezien prijsverlagend zou moeten werken. Naast een consequente toepassing van de mededingingsregels op afwikkelingsvergoedingen, zou de regulering van die vergoedingen een betere werking van de interne markt teweegbrengen en bijdragen tot een vermindering van de transactiekosten voor consumenten.

[…]

(28) […] Tal van vierpartijenbetaalkaartschema's hanteren een expliciete, meestal multilaterale afwikkelingsvergoeding. Om het bestaan van impliciete afwikkelingsvergoedingen te erkennen en tot de verwezenlijking van gelijke concurrentievoorwaarden bij te dragen, moeten driepartijenbetaalkaartschema's die van betalingsdienstaanbieders als uitgevers of accepteerders gebruikmaken, als vierpartijenbetaalkaartschema's worden aangemerkt en horen zij dezelfde voorschriften in acht te nemen; transparantie- en andere maatregelen in verband met bedrijfsregels dienen op alle aanbieders van toepassing te zijn. […]

(29) De uitgiftedienst is gebaseerd op een contractuele relatie tussen de uitgever van het betaalinstrument en de betaler, ongeacht of de uitgever het geld houdt namens de betaler. De uitgever stelt betaalkaarten ter beschikking van de betaler, machtigt tot transacties met terminals of soortgelijke instrumenten en kan betaling aan de accepteerder garanderen voor transacties die conform de regels van het desbetreffende schema worden verricht. Daarom wordt de loutere verdeling van betaalkaarten of technische diensten, zoals het louter verwerken en bewaren van gegevens, niet aangemerkt als uitgifte.

[…]

(31) Er moet op worden toegezien dat de bepalingen betreffende de door betalingsdienstaanbieders te betalen of te ontvangen afwikkelingsvergoedingen niet worden omzeild met alternatieve vergoedingenstromen naar de uitgevers. Om dit te voorkomen dient de ‚nettocompensatie' van de vergoedingen, met inbegrip van mogelijke vergunningskosten, die de uitgever heeft betaald aan of ontvangen van een betaalkaartschema, een accepteerder of enige andere intermediair, als de afwikkelingsvergoeding te worden aangemerkt. Om na te gaan of er van omzeiling sprake is, dient bij de berekening van de afwikkelingsvergoeding rekening te worden gehouden met het totaalbedrag aan betalingen of stimulansen die een uitgever met betrekking tot de gereglementeerde transacties van een betaalkaartschema heeft ontvangen, verminderd met de vergoedingen die de uitgever aan het betaalkaartschema heeft betaald. De in aanmerking

genomen betalingen, stimulansen en vergoedingen kunnen een direct karakter (d.w.z. op basis van het volume of de specifieke transactie) of een indirect karakter (onder meer verkoopstimulansen, bonussen, kortingen voor bepaalde transactievolumes) hebben. Bij het nagaan of de bepalingen van deze verordening worden omzeild, moet met name rekening worden gehouden met de voordelen die uitgevers van kaarten halen uit speciale programma's die gezamenlijk worden uitgevoerd door uitgevers en betaalkaartschema's, en met de inkomsten uit verwerkings-, licentieverlenings- en andere vergoedingen die inkomsten opleveren voor kaartorganisaties. […]

(32) Consumenten zijn vaak niet op de hoogte van de vergoedingen die handelaren betalen voor het betaalinstrument dat zij gebruiken. Tegelijkertijd kunnen uitgevers er met een aantal stimulansen (in de vorm van onder meer reisvouchers, bonussen, kortingen, terugboekingen, gratis verzekeringen enz.) op aansturen dat consumenten gebruikmaken van betaalinstrumenten, waardoor voor uitgevers hoge vergoedingen worden gegenereerd. Om daaraan tegenwicht te bieden, mogen de maatregelen die ertoe strekken afwikkelingsvergoedingen te beperken, alleen maar betrekking hebben op betaalkaarten die massaproducten zijn geworden, en die handelaren doorgaans moeilijk kunnen weigeren omdat de uitgifte en het gebruik ervan zo wijdverspreid zijn (debet- en kredietkaarten van consumenten). Teneinde tot een doeltreffender marktwerking in de niet-gereglementeerde delen van de sector te komen en de overheveling van activiteiten van de gereglementeerde naar de niet-gereglementeerde delen van de sector te beperken, is het noodzakelijk een reeks maatregelen vast te stellen betreffende, onder meer, het scheiden van schema en infrastructuur, het door de begunstigde sturen van het gedrag van de betaler en de selectieve acceptatie van betaalinstrumenten door de begunstigde."

9. Artikel 1 („Toepassingsgebied") van verordening 2015/751, dat is opgenomen in hoofdstuk I („Algemene bepalingen") van deze verordening, bepaalt in de leden 3 en 5:

„3. Hoofdstuk II is niet van toepassing op:

[…]

c) transacties met betaalkaarten die door een driepartijenbetaalkaartschema zijn uitgegeven.

[…]

5. Een driepartijenbetaalkaartschema dat aan andere betalingsdienstaanbieders een licentie voor de uitgifte van op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten of de acceptatie van op kaarten gebaseerde betalingstransacties, of voor beide, verleent, of dat samen met een co-brandingpartner of via een agent op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uitgeeft, wordt als een vierpartijenbetaalkaartschema beschouwd. […]"

10. Artikel 2 van deze verordening luidt als volgt:

„Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

[…]

2. ‚uitgever': 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;

[…]

10. ‚afwikkelingsvergoeding': een vergoeding die voor elke transactie direct of indirect (d.w.z. via een derde) wordt betaald tussen de uitgever en de accepteerder die bij een op kaarten gebaseerde betalingstransactie betrokken zijn. De nettocompensatie of andere overeengekomen vergoeding wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding;

11. ‚nettocompensatie': het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen die een uitgever van het betaalkaartschema, de accepteerder of een andere intermediair in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten, heeft ontvangen;

12. ‚handelarenvergoeding': een door de begunstigde aan de accepteerder betaalde vergoeding in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties;

[…]

17. ‚vierpartijenbetaalkaartschema': een betaalkaartschema waarbij de op kaarten gebaseerde betalingstransacties van de betaalrekening van een betaler naar de betaalrekening van een begunstigde worden verricht door tussenkomst van het schema, een uitgever (voor de betaler) en een accepteerder (voor de begunstigde);

18. ‚driepartijenbetaalkaartschema': een betaalkaartschema waarbij het schema zelf diensten aanbiedt voor de acceptatie en de uitgifte en op kaarten gebaseerde betalingstransacties binnen het schema worden verricht van de betaalrekening van een betaler naar de betaalrekening van een begunstigde. Een driepartijenbetaalkaartschema dat aan andere betalingsdienstaanbieders een licentie verleent voor de uitgifte van op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten of de acceptatie van op kaarten gebaseerde betalingstransacties, of voor beide, of samen met een co-brandingpartner of via een agent op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uitgeeft, wordt als een vierpartijenbetaalkaartschema beschouwd;

[…]

24. ‚betalingsdienstaanbieder': een natuurlijke persoon of rechtspersoon die gemachtigd is tot het aanbieden van de in de lijst in bijlage bij richtlijn 2007/64/EG[7] genoemde betalingsdiensten of erkend is als uitgever van elektronisch geld op grond van artikel 1, lid 1, van richtlijn 2009/110/EG[8]. Een betalingsdienstaanbieder kan een uitgever, een accepteerder of beide zijn;

7 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 betreffende betalingsdiensten in de interne markt tot wijziging van de richtlijnen 97/7/EG, 2002/65/EG, 2005/60/EG en 2006/48/EG, en tot intrekking van richtlijn 97/5/EG (PB 2007, L 319, blz. 1). Richtlijn 2007/64 is ingetrokken bij richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van richtlijn 2007/64/EG (PB 2015, L 337, blz. 35).

8 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 16 september 2009 betreffende de toegang tot, de uitoefening van en het prudentieel toezicht op de werkzaamheden van instellingen voor elektronisch geld, tot wijziging van de richtlijnen 2005/60/EG en 2006/48/EG en tot intrekking van richtlijn 2000/46/EG (PB 2009 L 267, blz. 7).

[…]

30. ‚betaalmerk': elk(e) materie(ë)l(e) of digita(a)l(e) naam, term, teken, symbool of een combinatie daarvan, waaruit blijkt via welk betaalkaartschema op kaarten gebaseerde betalingstransacties worden verricht;

[…]

32. ‚co-branding': het incorporeren van ten minste één betaalmerk en ten minste één niet-betaalmerk op hetzelfde op kaarten gebaseerd betaalinstrument;

[…]"

11. Artikel 4 van verordening 2015/751, dat is opgenomen in hoofdstuk II („Afwikkelingsvergoedingen") van deze verordening, heeft betrekking op „afwikkelingsvergoedingen voor kredietkaarttransacties van consumenten" en bepaalt het volgende:

„De afwikkelingsvergoeding die betalingsdienstaanbieders voor kredietkaarttransacties bieden of verlangen, bedraagt per transactie niet meer dan 0,3 % van de transactiewaarde. […]"

12. Artikel 5 („Omzeilingsverbod") van deze verordening, dat eveneens deel uitmaakt van genoemd hoofdstuk II, bepaalt:

„Voor de toepassing van de in de artikelen 3 en 4 bedoelde maxima wordt elke overeengekomen vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, waarvan het oogmerk of het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding en die een uitgever met betrekking tot betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt van het betaalkaartschema, de accepteerder of een andere intermediair, als een deel van de afwikkelingsvergoeding beschouwd."

III. Feiten van het hoofdgeding en prejudiciële vragen

13. American Express Europe SA en American Express Carte France SA (hierna gezamenlijk of ieder afzonderlijk: „Amex") exploiteren een driepartijenbetaalkaartschema, terwijl MasterCard Europe SA (hierna: „MasterCard") en Visa Europe Ltd (hierna: „Visa") een vierpartijenbetaalkaartschema exploiteren.

14. In 2010 zijn Amex en Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV (hierna: „KLM") een co-brandingsamenwerking aangegaan voor de periode van 1 juni 2011 tot 1 juni 2019. In het kader van dit partnerschap gaf Amex co-branded kredietkaarten uit aan consumenten en ondernemingen, waarbij aankopen met deze kaarten recht gaven op door Amex ingekochte „Miles" in het loyaliteitsprogramma van KLM. Via dit loyaliteitsprogramma, in het kader waarvan ook Miles worden verworven door het boeken van KLM-vluchten of het doen van aankopen bij partners van KLM, kunnen vluchten worden geboekt of diensten worden gekocht bij KLM. Amex betaalde KLM niet alleen een tekenbonus, maar ook: a) jaarlijkse bedragen voor het gebruik van handelsmerken en voor toegang tot het loyaliteitsprogramma; b) een percentage van de vergoedingen die Amex van de kaarthouder ontving voor de kaart en de bijbehorende accessoires; c) een percentage van de bestedingen met de kaart, en d) vergoedingen voor de inkoop van Miles.

15. In 2018 heeft KLM, na een tender te hebben uitgeschreven, opnieuw Amex gekozen als partner voor het co-brandingprogramma. In de nieuwe overeenkomsten werden de door Amex betaalde vergoedingen beperkt tot de tekenbonus en de in punt 14, onder a) en d), van deze conclusie genoemde bedragen.

16. In mei 2017 heeft de Autoriteit Consument en Markt (Nederland; hierna: „ACM") een onderzoek ingesteld naar deze samenwerking. Bij besluit van 6 maart 2019 heeft zij Amex een last onder dwangsom opgelegd, om zich te houden aan de in verordening 2015/751 vastgelegde maximale afwikkelingsvergoeding van, op jaarbasis en per transactie, 0,3 % van de transactiewaarde. Om de door Amex aan KLM betaalde afwikkelingsvergoedingen te berekenen, die het maximum van 0,3 % ver overschreden, heeft de ACM, voor vier programmajaren, per jaar alle door Amex betaalde vergoedingen bij elkaar opgeteld en dit bedrag gedeeld door het volume van de met co-branded kaarten verrichte betalingen. Amex en KLM hebben bezwaar gemaakt tegen dit besluit van 6 maart 2019 en hebben de rechter verzocht om een voorlopige voorziening te treffen.

17. Bij uitspraak van 24 juli 2019 heeft de voorzieningenrechter de aan Amex opgelegde last onder dwangsom geschorst op grond dat de door de ACM gebruikte methode niet toestond om de waarde van de door Amex ingekochte Miles in mindering te brengen op het totaal aan vergoedingen dat zij aan KLM had betaald.

18. Bij besluit van 22 januari 2020 heeft de ACM de bezwaren van Amex en KLM tegen de last onder dwangsom ongegrond verklaard op grond dat, ten eerste, alle door KLM ontvangen vergoedingen als nettocompensatie moeten worden aangemerkt zonder dat hoeft te worden vastgesteld dat deze vergoedingen een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig oogmerk of effect hebben en, ten tweede, de tegenwaarde van de door Amex ingekochte Miles niet in mindering kan worden gebracht op het totaal van de aan KLM betaalde vergoedingen.

19. Bij besluit van 21 december 2020 heeft de ACM van Amex dwangsommen ingevorderd tot een bedrag van tien miljoen EUR. De ACM onderschrijft weliswaar de door Amex gehanteerde methodiek, maar betwist de door deze laatste vastgestelde waarde van de Miles op grond dat niet alle kaarthouders hun Miles verzilveren.

20. De rechtbank Rotterdam (Nederland) heeft de beroepen van Amex en KLM gegrond verklaard en de besluiten van 22 januari 2020 en 21 december 2020 vernietigd op grond dat het driepartijenbetaalkaartschema met een co-brandingpartner onderworpen is aan artikel 4 juncto artikel 5 van verordening 2015/751, en dat bijgevolg, om de aan een co-brandingpartner betaalde commissies te kunnen aanmerken als een afwikkelingsvergoeding, moet worden aangetoond dat zij een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig oogmerk of effect hebben. Deze rechter heeft tevens geoordeeld dat dit effect niet moet worden beoordeeld aan de hand van de stimulans om in de relatie tussen Amex en KLM co-branded kredietkaarten uit te geven en te gebruiken, zoals de ACM had gedaan, maar aan de hand van de interne markt en de transactiekosten voor consumenten.

21. Amex, Visa, MasterCard, KLM en de ACM zijn tegen deze beslissing in hoger beroep gegaan. International Card Services BV (hierna: „ICS"), die optreedt als uitgever voor Visa en MasterCard, is toegelaten tot interventie in het hoger beroep.

22. De verwijzende rechter heeft twijfels over het beginsel en de wijze van toepassing van de artikelen 4 en 5 van verordening 2015/751 op betalingen door een driepartijenbetaalkaartschema aan een co-brandingpartner die geen uitgever is in de zin van deze verordening. Verder vraagt hij zich af of, in het geval dat deze artikelen van toepassing zijn, de waarde van de door Amex ingekochte Miles en de door KLM betaalde handelarenvergoedingen al dan niet in mindering mogen worden gebracht op het totaal van de door KLM ontvangen bedragen.

23. In deze omstandigheden heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 2, punt 11, van [verordening 2015/751] voor de toepassing van de materiële bepalingen van die verordening aldus worden uitgelegd dat het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen die een co-brandingpartner van een driepartijenbetaalkaartschema in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten heeft ontvangen, wordt aangemerkt als nettocompensatie, ook als die co-brandingpartner zelf geen uitgever is?

2) Moet artikel 4 van [verordening 2015/751,] gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede zin, [van deze verordening,] aldus worden uitgelegd dat de nettocompensatie direct onder het bereik van [dit] artikel 4 valt?

3) Moet artikel 5 van [verordening 2015/751] aldus worden uitgelegd dat het ook betrekking heeft op vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner ontvangt van het betaalkaartschema, als de co-brandingpartner geen uitgever is?

4) a) Moet artikel 5 van [verordening 2015/751] zo worden uitgelegd dat een vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner met betrekking tot betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt, een oogmerk heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, als die vergoeding de bedoeling heeft om de activiteiten van het betaalkaartschema uit te breiden?

   b) Moet artikel 5 van [verordening 2015/751] aldus worden uitgelegd dat een vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner met betrekking tot betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt, een effect heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, als die vergoeding ertoe leidt dat de activiteiten van het betaalkaartschema uitbreiden?

   c) Als het antwoord op [de vierde vraag, onder a) en b),] ontkennend luidt, dan rijst de vraag aan de hand van welke criteria en/of factoren moet worden beoordeeld of een vergoeding, met in begrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner met betrekking tot betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt, een oogmerk of effect heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding?

5) Moet artikel 5 van [verordening 2015/751] aldus worden uitgelegd dat een vergoeding al voor de toepassing van artikel 4 van [deze verordening] beschouwd moet worden als deel van de afwikkelingsvergoeding als de vergoeding een oogmerk heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding?

6) Moet artikel 2, punt 11, van [verordening 2015/751] aldus worden uitgelegd dat een door een co-brandingpartner aan een driepartijenbetaalkaartschema betaalde handelarenvergoeding in mindering mag worden gebracht op betalingen, kortingen of stimulansen die de co-brandingpartner van het betaalkaartschema in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten heeft ontvangen?

7) a) Moet artikel 2, punt 11, van [verordening 2015/751] aldus worden uitgelegd dat niet alleen monetaire vergoedingen van de co-brandingpartner, maar ook de kosten of de economische tegenwaarde van een prestatie van een co-brandingpartner in mindering mogen worden gebracht op het totaalbedrag dat de co-brandingpartner van het betaalkaartschema ontvangt?

b) Bij bevestigende beantwoording van [de zevende vraag, onder a)], op basis van welke maatstaven moet die waarde worden vastgesteld?"

24. Amex, KLM, de ACM, MasterCard, Visa, ICS en de Europese Commissie hebben schriftelijke opmerkingen ingediend. Deze partijen hebben mondelinge opmerkingen gemaakt ter terechtzitting van 12 december 2024.

IV. Analyse

A. Eerste prejudiciële vraag

25. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of de bedragen die Amex aan KLM heeft betaald als vergoeding voor de co-brandingsamenwerkingsovereenkomst, een nettocompensatie vormen in de zin van artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751, ook al is KLM geen uitgever.

26. Zoals blijkt uit de titel van verordening 2015/751, heeft deze tot doel om de afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties te regelen. In deze verordening worden die afwikkelingsvergoedingen gedefinieerd als de vergoedingen die voor elke transactie direct of indirect (d.w.z. via een derde) worden betaald tussen de uitgever en de accepteerder die bij een op kaarten gebaseerde betalingstransactie betrokken zijn. De nettocompensatie of andere overeengekomen vergoeding wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding.[9] Het kwalificeren van vergoedingen als „nettocompensatie" betekent dus dat ze worden opgenomen in de berekening van de afwikkelingsvergoeding, die door verordening 2015/751 wordt begrensd[10]. Driepartijenbetaalkaartschema's zijn echter niet aan deze beperking onderworpen[11], tenzij het gaat om, met name, een met co-branding aangevuld driepartijenbetaalkaartschema[12].

27. Het antwoord op de vraag van de verwijzende rechter kan vrij gemakkelijk worden afgeleid uit de rechtspraak van het Hof. In het arrest van 7 februari 2018, American Express[13], heeft het Hof geoordeeld dat artikel 1, lid 5, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat het, in

[9] Zie artikel 2, punt 10, van verordening 2015/751.

[10] Zie artikel 3 (debetkaarttransacties) en artikel 4 (kredietkaarttransacties) van verordening 2015/751.

[11] Zie artikel 1, lid 3, onder c), van verordening 2015/751.

[12] Zie artikel 1, lid 5, van verordening 2015/751.

[13] C-304/16, EU:C:2018:66.

het kader van een overeenkomst tussen een co-brandingpartner of een agent enerzijds en een driepartijenbetaalkaartschema anderzijds, niet vereist is dat deze co-brandingpartner of agent handelt als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van deze verordening opdat dit schema wordt geacht samen met een co-brandingpartner of via een agent een op kaarten gebaseerd betaalinstrument uit te geven, en dus wordt aangemerkt als een vierpartijenbetaalkaartschema in de zin van artikel 1, lid 5, van genoemde verordening [14].

28. In dit arrest heeft het Hof bevestigd dat met co-branding aangevulde driepartijenbetaalkaartschema's gedeeltelijk moeten worden gelijkgesteld met vierpartijenbetaalkaartschema's, ook wanneer de co-brandingpartner geen uitgever is. Het heeft dus niet de analyse van Amex gevolgd, die zich in de zaak die tot dat arrest heeft geleid baseerde op de bewoordingen van overweging 28 van verordening 2015/751 [15], waarin slechts één van de drie in artikel 1, lid 5, van deze verordening omschreven gevallen wordt genoemd, om te betogen dat de gelijkstelling alleen in dit geval van toepassing is, namelijk wanneer de co-brandingpartner een uitgever is.

29. Bijgevolg moet artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751, dat „nettocompensatie" definieert als het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat een uitgever ontvangt van het betaalkaartschema, de accepteerder of een andere intermediair in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten, worden uitgelegd in het licht van deze gedeeltelijke gelijkstelling.

30. Om de consequenties uit genoemde gedeeltelijke gelijkstelling te kunnen trekken in het geval dat er buiten het betaalkaartschema geen uitgever is, moet bij de lezing van artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 rekening worden gehouden met zowel de letter als de context van deze bepaling alsmede met de door deze verordening nagestreefde doelstellingen.

31. In de eerste plaats kan het feit dat er in de definitie van „nettocompensatie" wordt verwezen naar door de uitgever ontvangen bedragen op het eerste gezicht de indruk wekken dat deze definitie niet van toepassing is indien een dergelijke uitgever ontbreekt, hetgeen – zoals geanalyseerd door de verwijzende rechter – het geval is in een met co-branding aangevuld driepartijenbetaalkaartschema. Als wij de logica van gedeeltelijke gelijkstelling aan een vierpartijenbetaalkaartschema volgen, is het echter duidelijk dat de co-brandingpartner de extra partij is. Bovendien wordt in de genoemde definitie aangegeven dat de in aanmerking genomen bedragen de bedragen zijn die van het betaalkaartschema worden ontvangen. In een met co-branding aangevuld driepartijenbetaalkaartschema wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een dergelijk betaalkaartschema. Het komt mij dan ook voor dat de bedragen die de co-brandingpartner ontvangt van het betaalkaartschema, overeenkomen met de nettocompensatie.

32. In de tweede plaats is het doel van verordening 2015/751 duidelijk, namelijk het teweegbrengen van een consequente toepassing van de mededingingsregels op afwikkelingsvergoedingen, het verbeteren van de werking van de interne markt en het verminderen van de transactiekosten voor de consument. [16] De gedeeltelijke gelijkstelling heeft

[14] Zie arrest van 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, punt 73 en punt 1 van het dictum).

[15] In deze overweging staat met name dat, „[o]m het bestaan van impliciete afwikkelingsvergoedingen te erkennen en tot de verwezenlijking van gelijke concurrentievoorwaarden bij te dragen, […] driepartijenbetaalkaartschema's die van betalingsdienstaanbieders als uitgevers of accepteerders gebruikmaken, als vierpartijenbetaalkaartschema's [moeten] worden aangemerkt en […] dezelfde voorschriften in acht [horen] te nemen".

[16] Zie overweging 10 van verordening 2015/751.

tot gevolg dat bepaalde driepartijenbetaalkaartschema's worden onderworpen aan de regels van hoofdstuk II van deze verordening, die met name betrekking hebben op de beperking van afwikkelingsvergoedingen, waar nettocompensaties deel van uitmaken.

33. Bij de uitlegging van de definitie van „nettocompensatie" in een context van gedeeltelijke gelijkstelling met een vierpartijenbetaalkaartschema moet dus rekening worden gehouden met deze doelstelling om de kosten van kaartbetalingen te verminderen. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als een impliciete afwikkelingsvergoeding in de zin van overweging 28 van verordening 2015/751, zonder dat de co-brandingpartner waarmee het driepartijenbetaalkaartschema een overeenkomst heeft gesloten noodzakelijkerwijs betrokken is in de uitgifteactiviteit van dit schema. [17]

34. Dit leidt tot een ruime uitlegging van het begrip „nettocompensatie" in deze context, waarin dit begrip betrekking heeft op het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat de co-brandingpartner ontvangt van met name het betaalkaartschema.

35. Zoals door de ACM wordt opgemerkt, stelt de Commissie bovendien in haar rapport over de toepassing van verordening 2015/751, waarin is voorzien in artikel 17, dat de nettocompensatie, in de context van een aangevuld driepartijenbetaalkaartschema, overeenkomt met het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat de co-brandingpartner of agent ontvangt [18].

36. Bijgevolg stel ik voor om op de eerste prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 5, van deze verordening, aldus moet worden uitgelegd dat de nettocompensatie overeenkomt met het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat een co-brandingpartner ontvangt van met name het met co-branding aangevulde driepartijenbetaalkaartschema, ook indien de co-brandingpartner geen uitgever is.

B. Tweede prejudiciële vraag

37. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of artikel 4 van verordening 2015/751, gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede volzin, daarvan, aldus moet worden uitgelegd dat de nettocompensatie rechtstreeks binnen de werkingssfeer van dit artikel 4 valt.

38. Volgens de definitie van „afwikkelingsvergoeding" in artikel 2, punt 10, van verordening 2015/751 worden de nettocompensatie en de andere overeengekomen vergoedingen beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding. Als zodanig vallen zij dus rechtstreeks onder artikel 4 van deze verordening, dat het bedrag van de afwikkelingsvergoeding voor kredietkaarttransacties beperkt tot 0,3 % van de transactiewaarde.

[17] Zie arrest van 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, punt 71).

[18] Zie rapport van 29 juni 2020 over de toepassing van verordening (EU) 2015/751 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties [SWD(2020) 118 final, blz. 13], in het Engels beschikbaar op: https://competition-policy.ec.europa.eu/system/files/2021-10/IFR_report_card_payment.pdf.

39. Enkel Amex en KLM verzetten zich tegen deze lezing, met het argument dat artikel 5 van genoemde verordening, dat een regel bevat die het omzeilen van deze beperking verbiedt en daarbij uitdrukkelijk naar de nettocompensatie verwijst, hierdoor zijn nuttig effect zou verliezen.

40. De twijfel vloeit namelijk voort uit het feit dat dit omzeilingsverbod bepaalt dat, om als een deel van de afwikkelingsvergoeding te worden beschouwd, de overeengekomen vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk moet hebben.

41. Aldus is de nettocompensatie weliswaar in de definitie van de afwikkelingsvergoeding zonder voorwaarde daarmee gelijkgesteld, maar deze gelijkstelling is niettemin in het omzeilingsverbod onderworpen aan de voorwaarde dat sprake is van een gelijkwaardig oogmerk of effect. Een puur letterlijke uitlegging lijkt derhalve niet te volstaan om de tweede vraag van de verwijzende rechter te kunnen beantwoorden.

42. In het oorspronkelijke voorstel voor een verordening van de Commissie[19] was de nettocompensatie niet opgenomen in de definitie van „interbancaire vergoeding" (in verordening 2015/751: „afwikkelingsvergoeding") en kwam zij alleen voor in het omzeilingsverbod van artikel 5, dat bepaalde dat „elke nettocompensatie […] als onderdeel van de interbancaire vergoeding [wordt] behandeld", zonder dat werd gesproken van een gelijkwaardig effect of oogmerk. In de artikelen 3 en 4, die de maximumpercentages voor de interbancaire vergoeding bepaalden, stond daarentegen te lezen dat „betalingsdienstaanbieders […] geen interbancaire vergoeding […] of enigerlei andere overeengekomen vergoeding met eenzelfde oogmerk of effect [bieden of verlangen]".

43. De nettocompensatie werd dus van meet af aan gelijkgesteld met de afwikkelingsvergoeding, niet in de definitie van deze laatste, maar in het omzeilingsverbod, en als zodanig was zij niet onderworpen aan de verplichting om een gelijkwaardig effect of oogmerk te hebben. Bovendien werden andere vergoedingen beoogd die, om in de berekening van het maximumpercentage te worden opgenomen, een effect of oogmerk moesten hebben dat gelijkwaardig was aan de afwikkelingsvergoeding. Bijgevolg werd er een duidelijk onderscheid gemaakt tussen enerzijds de afwikkelingsvergoeding, die de nettocompensatie omvatte en rechtstreeks aan het maximum onderworpen was, en anderzijds de „andere vergoedingen", die slechts beperkt werden indien zij een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig oogmerk of effect hadden.

44. De teleologische uitlegging van verordening 2015/751 wijst in dezelfde richting. Overweging 28 van deze verordening wijst op het mogelijke bestaan van impliciete afwikkelingsvergoedingen in driepartijenbetaalkaartschema's die gebruikmaken van betalingsdienstaanbieders. Hierbij wordt gepreciseerd dat, om bij te dragen tot de verwezenlijking van gelijke concurrentievoorwaarden, deze schema's aan dezelfde voorschriften moeten zijn onderworpen als vierpartijenbetaalkaartschema's. Met deze verwijzing naar impliciete afwikkelingsvergoedingen doelt die overweging op vergoedingen die als zodanig moeten worden beperkt en niet alleen indien zij een aan een rechtstreekse afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk hebben. Het Hof heeft reeds geoordeeld dat, om te waarborgen dat de doelstellingen van verordening 2015/751 worden nageleefd, deze gelijkstelling van driepartijenschema's met vierpartijenschema's ook moet gelden in het geval van met co-branding of een agent aangevulde driepartijenschema's.[20] Bijgevolg leidt overweging 28, zoals uitgelegd

[19] Voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende interbancaire vergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties, door de Commissie ingediend op 24 juli 2013 [COM(2013) 550 final].

[20] Zie arrest van 7 februari 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66, punten 71 en 73).

door het Hof, tot de conclusie dat de nettocompensatie in het geval van een aangevuld driepartijenbetaalkaartschema rechtstreeks onder de in artikel 4 van deze verordening vastgestelde beperking valt.

45. Overweging 31 van genoemde verordening bevestigt deze uitlegging. Daarin wordt namelijk met betrekking tot de nettocompensatie gesteld dat deze „als de afwikkelingsvergoeding [dient] te worden aangemerkt", zonder dat wordt vermeld dat zij een aan die vergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk moet hebben. Het feit dat in deze overweging wordt gewezen op het risico van omzeiling volstaat volgens mij niet om af te doen aan het feit dat uit de formulering ervan duidelijk blijkt dat de nettocompensatie als de afwikkelingsvergoeding moet worden aangemerkt.

46. Ik stel derhalve voor om op de tweede prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 4 van verordening 2015/751, gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede volzin, daarvan, aldus moet worden uitgelegd dat de nettocompensatie rechtstreeks binnen de werkingssfeer van dit artikel 4 valt.

C. Derde prejudiciële vraag

47. De verwijzende rechter vraagt zich in essentie af of de vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner die geen uitgever is ontvangt van een betaalkaartschema, onderworpen zijn aan het bij artikel 5 van verordening 2015/751 ingevoerde omzeilingsverbod.

48. Aangezien ik voorstel dat het Hof op de tweede prejudiciële vraag antwoordt dat dergelijke vergoedingen binnen de werkingssfeer van artikel 4 van deze verordening vallen, zal ik voorstellen om de derde vraag slechts subsidiair te beantwoorden.

49. Krachtens de gelijkstellingsclausule in artikel 1, lid 5, van verordening 2015/751 zijn met co-branding aangevulde driepartijenbetaalkaartschema's onderworpen aan dezelfde regels als die welke gelden voor vierpartijenbetaalkaartschema's. Bijgevolg geldt het omzeilingsverbod van artikel 5 van deze verordening voor deze schema's volgens dezelfde modaliteiten als die welke gelden voor artikel 4 van die verordening, wat betekent dat de door de co-brandingpartner ontvangen vergoedingen moeten worden geanalyseerd om te bepalen of zij, doordat zij een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk hebben, moeten worden beschouwd als de afwikkelingsvergoeding waarvoor de in de artikelen 3 en 4 van genoemde verordening vastgestelde maxima gelden.

50. In dat geval lijkt het omzeilingsverbod van artikel 5 van verordening 2015/751 te overlappen met de in artikel 4 van deze verordening vastgestelde rechtstreekse beperking van de afwikkelingsvergoeding. Dit betekent echter niet dat in dat geval de rechtstreekse beperking van artikel 4 niet van toepassing is op de vergoedingen die aan de co-brandingpartner worden betaald. Bovendien kan er sprake zijn van andere vergoedingen dan de nettocompensatie die een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk kunnen hebben.

51. Ik stel dan ook voor om aan de verwijzende rechter te antwoorden dat artikel 5 van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat de vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner ontvangt, binnen de werkingssfeer van dit artikel vallen, zelfs wanneer die co-brandingpartner geen uitgever is.

D. Vierde en vijfde prejudiciële vraag

52. Met zijn vierde en zijn vijfde prejudiciële vraag, die ik voorstel tezamen te behandelen, informeert de verwijzende rechter bij het Hof in essentie naar de toepassingsmodaliteiten van het in artikel 5 van verordening 2015/751 neergelegde omzeilingsverbod.

53. Net als bij de vorige vraag is het antwoord op deze vragen slechts subsidiair, aangezien de nettocompensatie naar mijn mening rechtstreeks onder de beperking van artikel 4 van deze verordening valt.

54. Volgens mij is het antwoord op deze vragen van de verwijzende rechter deels eenvoudig af te leiden uit de bewoordingen zelf van artikel 5 van verordening 2015/751. Om te worden geacht deel uit te maken van de afwikkelingsvergoeding, moeten de vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, een aan deze afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig oogmerk of effect hebben. Voorts geldt deze analyse voor zowel vierpartijenbetaalkaartschema's als aangevulde driepartijenbetaalkaartschema's, aangezien dit artikel geen onderscheid maakt tussen deze schema's.

55. Het betreft dus alternatieve criteria: om als afwikkelingsvergoeding te worden beschouwd, volstaat het dat de ontvangen vergoedingen hetzij een oogmerk hetzij een effect hebben dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding.

56. De doelstelling van verordening 2015/751 met betrekking tot het verbod op het omzeilen van de ingevoerde maxima bestaat erin om, zoals uiteengezet in overweging 31 van deze verordening, te voorkomen dat de bepalingen betreffende (met name de beperking van) afwikkelingsvergoedingen worden omzeild door gebruik te maken van andere vergoedingenstromen naar de uitgevers. Overweging 32 van genoemde verordening voegt hieraan toe dat consumenten vaak niet op de hoogte zijn van de vergoedingen die handelaren voor het gebruikte betaalinstrument betalen, en dat uitgevers er met een aantal stimulansen – zoals reisvouchers – op kunnen aansturen dat consumenten gebruikmaken van betaalinstrumenten die voor deze uitgevers hoge vergoedingen genereren.

57. Bijgevolg moet de beperking van afwikkelingsvergoedingen – hetzij rechtstreeks door toepassing van artikel 4 van verordening 2015/751 hetzij door middel van het omzeilingsverbod – de stimulansen om een bepaald betaalinstrument te gebruiken onder controle houden. Zoals de verwijzende rechter in zijn vragen aangeeft, kan de uitbreiding van de activiteiten van het betaalkaartschema overeenstemmen met het in artikel 5 van deze verordening genoemde oogmerk of effect.

58. De vrees dat alle promotieacties voor de uitgifte van betaalkaarten binnen de werkingssfeer van artikel 4 van verordening 2015/751 zouden vallen, lijkt mij ongegrond. Dit artikel 4 is immers alleen van toepassing wanneer sprake is van zowel een co-brandingsamenwerking of een agentuurovereenkomst waaraan de promotieactie is gekoppeld, als een transactie tussen de betrokken partner of agent en een driepartijenbetaalkaartschema. Bijgevolg is het criterium van de uitbreiding van de activiteiten van het betaalkaartschema een nuttig criterium om, tijdens het onderzoek per geval van de situaties die aan de nationale rechter worden voorgelegd, na te gaan of er geen sprake is van omzeiling.

59. Het criterium van het effect op de markt – zoals dat in wezen wordt voorgesteld in de opmerkingen van Visa, KLM en Amex, die verwijzen naar de noodzaak om aan te tonen dat sprake is van marktfalen dat gelijkwaardig is aan het marktfalen dat wordt veroorzaakt door de afwikkelingsvergoedingen in vierpartijenschema's – is daarentegen niet relevant. Door aangevulde driepartijenbetaalkaartschema's gelijk te stellen met vierpartijenbetaalkaartschema's wat de beperking van de afwikkelingsvergoedingen betreft, heeft de Uniewetgever in verordening 2015/751 immers duidelijk de keuze gemaakt om ervan uit te gaan dat in beide gevallen sprake is van hetzelfde marktfalen, teneinde ze te onderwerpen aan een objectieve beperking met het oog op het verhelpen van dit marktfalen.

60. Ik stel derhalve voor om op de vierde en de vijfde prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 5 van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat, ten eerste, elke overeengekomen vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, waarvan ofwel het oogmerk ofwel het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, die een co-brandingpartner in verband met betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt van een betaalkaartschema, een accepteerder of enige andere intermediair, wordt beschouwd als onderdeel van de afwikkelingsvergoeding, en, ten tweede, het criterium van de uitbreiding van de activiteiten van het betaalkaartschema relevant is voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van dit oogmerk of effect.

E. Zesde prejudiciële vraag

61. Met zijn zesde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat de handelarenvergoeding die een co-brandingpartner betaalt wanneer hij optreedt als handelaar die gebruikmaakt van de diensten van een driepartijenbetaalkaartschema, in mindering mag worden gebracht op de betalingen, kortingen of stimulansen die hij van dit schema ontvangt in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten.

62. Artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 definieert „nettocompensatie" met inachtneming van de definitie van „handelarenvergoeding" die in artikel 2, punt 12, van deze verordening wordt gegeven. Deze handelarenvergoeding wordt gedefinieerd als een door de begunstigde aan de accepteerder betaalde vergoeding in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties.

63. De moeilijkheid vloeit voort uit het feit dat in een driepartijenbetaalkaartschema de functies van accepteerder en uitgever door één entiteit worden vervuld, namelijk het schema, en dat de co-brandingpartner, die als de uitgever moet worden beschouwd om toepassing van het maximum voor afwikkelingsvergoedingen mogelijk te maken, ook een begunstigde kan zijn, namelijk een handelaar die gebruikmaakt van de diensten van het schema.

64. Zoals de Commissie, MasterCard, Visa en de ACM aangeven, dient deze vraag ontkennend te worden beantwoord. De door de co-brandingpartner betaalde handelarenvergoeding houdt immers geen verband met de samenwerking met het betaalkaartschema, aangezien deze vergoeding aan een ander betaalkaartschema zou kunnen worden betaald. Daarentegen zou het opnemen van deze vergoeding in de berekening van de nettocompensatie, om het daarbij in mindering te brengen, de stimulans voor de co-brandingpartner versterken om de activiteiten van het betaalkaartschema te ontwikkelen, hetgeen in strijd zou zijn met de doelstellingen van

verordening 2015/751.[21]

65. Derhalve stel ik voor om op deze vraag te antwoorden dat artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat de door de handelaar betaalde handelarenvergoeding niet in mindering mag worden gebracht op de betalingen, kortingen of stimulansen die hij als co-brandingpartner in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt van een met co-branding aangevuld driepartijenbetaalkaartschema.

F. Zevende prejudiciële vraag

66. De verwijzende rechter wenst te vernemen of artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat voor de berekening van de nettocompensatie niet alleen de door de co-brandingpartner betaalde monetaire vergoedingen, maar ook de kosten of de economische tegenwaarde van de prestaties van de co-brandingpartner in mindering mogen worden gebracht op het totaalbedrag dat deze co-brandingpartner van het betaalkaartschema heeft ontvangen. Zo ja, dan twijfelt deze rechter aan de hand van welke criteria deze waarde moet worden berekend.

67. Opgemerkt zij dat de verwijzende rechter allereerst zal moeten vaststellen dat de betrokken prestaties daadwerkelijk verband houden met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten.

68. In de definitie van „nettocompensatie” wordt alleen verwezen naar het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat een uitgever ontvangt van het betaalkaartschema. De begrippen „betaling”, „korting” en „stimulans” moeten dus hetzelfde zijn, ongeacht of het gaat om de bedragen die de uitgever of co-brandingpartner ontvangt dan wel de bedragen die hij aan het schema betaalt en die op deze ontvangen bedragen in mindering moeten worden gebracht.

69. Om deze begrippen zowel ruim als strikt uit te leggen, wijzen partijen en belanghebbenden op het risico op omzeiling van de beperking van de afwikkelingsvergoeding. De eersten (KLM en Amex) wijzen erop dat het niet in aanmerking nemen van prestaties bij de berekening van de nettocompensatie ertoe zou leiden dat de partijen een dergelijk stimuleringsmechanisme zouden gebruiken om deze beperking ten gunste van de uitgevers te omzeilen. De tweeden (Visa en de ACM) zijn daarentegen van mening dat alleen monetaire betalingen in aanmerking moeten worden genomen, daar zij een objectief verifieerbare waarde hebben, terwijl de waarde van prestaties kunstmatig kan worden verhoogd teneinde het bedrag van de nettocompensatie te verminderen en zo aan de begrenzing van de afwikkelingsvergoeding te ontsnappen.

70. De wens om een gemakkelijk toepasbare regel te hebben door te kiezen voor een uitlegging waarbij enkel monetaire betalingen in de nettocompensatie worden opgenomen, is begrijpelijk. Zo heeft de ACM ter terechtzitting verklaard dat het voor haar uiterst tijdrovend en moeilijk was om de naleving van het maximum te controleren in het geval van niet-monetaire prestaties. Deze uitlegging wordt versterkt door het feit dat in overweging 31, derde volzin, van verordening 2015/751 het woord „vergoedingen” wordt gebruikt om datgene aan te geven wat in mindering

[21] Bovendien heeft de Rekenkamer drie studies gevonden die erop wijzen dat andere handelarenvergoedingen dan afwikkelingsvergoedingen niet verwaarloosbaar zijn, en zelfs dat eerstgenoemde zijn toegenomen toen laatstgenoemde werden begrensd (zie speciaal verslag vermeld in voetnoot 3 van deze conclusie, bijlage II en afbeelding 9).

moet worden gebracht op het totaalbedrag aan betalingen of stimulansen dat een uitgever ontvangt van een betaalkaartschema. Deze term verwijst immers niet naar een prestatie, maar naar een monetaire betaling.

71. Een dergelijke uitlegging zou echter neerkomen op een beperking van de werkingssfeer van artikel 4 van verordening 2015/751. Naar mijn mening moet bij de berekening van zowel de betalingen door de accepteerder aan de uitgever als die in de andere richting dezelfde uitlegging van de begrippen „betalingen", „kortingen" en „stimulansen" worden toegepast. Indien bij de berekening van de nettocompensatie alleen monetaire betalingen in aanmerking worden genomen, zouden alle andere vormen van vergoeding, zoals prestaties, namelijk binnen de werkingssfeer van artikel 5 van deze verordening vallen en alleen worden beperkt indien zij een aan de afwikkelingsvergoeding gelijkwaardig effect of oogmerk hebben.

72. Ik ben echter van mening dat deze schijnbare eenvoud in strijd is met de letter van verordening 2015/751, aangezien de definitie van „nettocompensatie" op algemene wijze naar stimulansen verwijst zonder dat eruit kan worden afgeleid dat alleen wordt gedoeld op monetaire stimulansen. Dit zou bovendien in strijd zijn met de doelstelling van deze verordening om de kosten van kaartbetalingen te beperken. Indien prestaties zoals het verstrekken van Miles die kunnen worden ingewisseld tegen vliegtickets niet in de nettocompensatie worden opgenomen, zou dit immers neerkomen op het bevorderen van de ontwikkeling van dergelijke stimuleringspraktijken. Bovendien zou het ingewikkelder zijn om aan te tonen dat het oogmerk of effect ervan gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Bijgevolg zou de eenvoud van de regel ten aanzien van artikel 4 van genoemde verordening het moeilijker maken om artikel 5 van diezelfde verordening ten uitvoer te leggen, aangezien de waarde van deze prestaties en hun gelijkwaardige effect of oogmerk tegelijkertijd zouden moeten worden aangetoond.

73. In werkelijkheid heeft het verschil in beoordeling tussen partijen en belanghebbenden betrekking op de wijze waarop niet-monetaire prestaties moeten worden gewaardeerd teneinde elk risico op omzeiling van het bij verordening 2015/751 ingevoerde maximum te voorkomen. De in aanmerking genomen waarde moet de reële economische waarde zijn en niet de door partijen gehanteerde contractuele waarde. De verwijzende rechter zal deze waarde derhalve moeten berekenen op basis van de informatie in het dossier, daarbij rekening houdend met de doelstelling om de kosten van betaalkaarttransacties te beperken.

74. Bijgevolg stel ik voor om op de zevende prejudiciële vraag te antwoorden dat artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat voor de berekening van de nettocompensatie niet alleen de monetaire vergoedingen, maar ook de prestaties – die per geval moeten worden gewaardeerd, rekening houdend met de reële economische waarde ervan die de co-brandingpartner aan het driepartijenbetaalkaartschema betaalt – in mindering mogen worden gebracht op de vergoedingen die de co-brandingpartner ontvangt van dit schema.

V. Conclusie

75. Gelet op alle voorgaande overwegingen stel ik het Hof voor om de door het College van Beroep voor het bedrijfsleven gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 2, punt 11, van verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties, gelezen in samenhang met artikel 1, lid 5, van deze verordening,

moet aldus worden uitgelegd dat

de nettocompensatie overeenkomt met het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen dat de co-brandingpartner ontvangt van, met name, het met co-branding aangevulde driepartijenbetaalkaartschema, ook indien de co-brandingpartner geen uitgever is.

2) Artikel 4 van verordening 2015/751, gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede volzin daarvan,

moet aldus worden uitgelegd dat

de nettocompensatie rechtstreeks binnen de werkingssfeer van dit artikel 4 valt.

3) Artikel 5 van verordening 2015/751

moet aldus worden uitgelegd dat

– de vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een co-brandingpartner ontvangt, binnen de werkingssfeer van dit artikel vallen, zelfs indien die co-brandingpartner geen uitgever is;

– elke overeengekomen vergoeding, met inbegrip van de nettocompensatie, waarvan ofwel het oogmerk ofwel het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, die een co-brandingpartner in verband met betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt van een betaalkaartschema, een accepteerder of enige andere intermediair, wordt beschouwd als onderdeel van de afwikkelingsvergoeding, en het criterium van de uitbreiding van de activiteiten van het betaalkaartschema relevant is voor de beoordeling van de gelijkwaardigheid van dit oogmerk of effect.

4) Artikel 2, punt 11, van verordening 2015/751

moet aldus worden uitgelegd dat

– de door de handelaar betaalde handelarenvergoeding niet in mindering mag worden gebracht op de betalingen, kortingen of stimulansen die hij als co-brandingpartner in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten ontvangt van een met co-branding aangevuld driepartijenbetaalkaartschema;

– voor de berekening van de nettocompensatie niet alleen de monetaire vergoedingen, maar ook de prestaties – die per geval moeten worden gewaardeerd, rekening houdend met de reële economische waarde ervan die de co-brandingpartner aan het driepartijenbetaalkaartschema betaalt – in mindering mogen worden gebracht op de vergoedingen die de co-brandingpartner ontvangt van dit schema.”