

- vernietigt het bestreden besluit en het invorderingsbesluit;
- bepaalt dat de ACM een nieuwe beslissing op bezwaar neemt inzake de lastoplegging aan Amex;
- bepaalt dat het primaire besluit geschorst blijft tot zes weken na de dag van bekendmaking van de nieuwe beslissing op bezwaar;
- bepaalt dat de ACM de door Amex en KLM betaalde griffierechten van (...; *red.*) aan hen beide vergoedt;
- veroordeelt de ACM in de proceskosten van Amex en KLM (...; *red.*).

NOOT

Noot mr. V.H. Affourtit onder «JOR» 2024/40, tevens behorend bij «JOR» 2024/37 en «JOR» 2024/38

40

Kosten bij transacties met betaalkaarten

College van Beroep voor het bedrijfsleven
29 augustus 2023, nrs. 21/1507 t/m 21/1509,
22/11, 22/846, ECLI:NL:CBB:2023:453
(mr. Aerts, mr. Stam, mr. Venekamp)
Noot mr. V.H. Affourtit, deze noot heeft
betrekking op «JOR» 2024/37, «JOR» 2024/38,
«JOR» 2024/39 en «JOR» 2024/40

Transacties met betaalkaarten. Prejudiciële vragen aan HvJ EU over uitleg van art. 4 en art. 5 van Verordening (EU) 2015/751. Hoger beroep van Rb. Rotterdam 18 november 2021, «JOR» 2024/39, m.nt. Affourtit onder «JOR» 2024/40.

[Vo. (EU) 2015/751 art. 4, 5]

Mastercard en Visa exploiteren een vierpartijen-betaalkaartschema, terwijl Amex een driepartijen-betaalkaartschema samen met een co-brandingpartner (KLM) exploiteert.

Naar het oordeel van het College maakt het Amex-arrest (HvJ EU 7 februari 2018, nr. C-304/16, ECLI:EU:C:2018:66) duidelijk dat voor een driepartijen-betaalkaartschema met co-brandingpartner

dezelfde regels gelden als voor een vierpartijen-betaalkaartschema en dat op een driepartijen-betaalkaartschema met co-brandingpartner de verplichtingen uit art. 4 en art. 5 van Verordening (EU) 2015/751 rusten. Het hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak waarop Amex zich beroept, heeft (vanwege het ontbreken van procesbelang) niet tot een inhoudelijk oordeel van het College geleid («JOR» 2024/37). Het is niet aan het College om in de onderhavige zaak een oordeel te geven over de juistheid van de bedoelde uitspraak van de rechtbank. Voor de beoordeling van de hier aan de orde zijnde hoger beroepen heeft bedoelde rechtbankuitspraak geen betekenis. Het College zal zich dan ook niet over die uitspraak uitlaten.

Het College is het met de rechtbank in de onderhavige zaken eens dat de gevolgen van de gelijkstelling van een driepartijen-betaalkaartschema met co-brandingpartner aan een vierbetaalkaartschema voor de toepassing van art. 4 en art. 5 van de Verordening niet zonder meer duidelijk zijn. Deze bepalingen zien immers op de “afwikkelingsvergoeding” en “nettocompensatie” die uitgaan van betalingen aan de uitgever, terwijl die betalingen in een driepartijen-betaalkaartschema ontbreken. Daarbij bepaalt art. 5 van de Verordening dat het moet gaan om – kort gezegd en voor zover hier van belang – vergoedingen die een uitgever van een betaalkaartschema ontvangt.

De rechtbank heeft art. 4 en art. 5 van de Verordening zelf uitgelegd. Die uitleg wijkt af van de uitleg die de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (24 juli 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:10984) aan die bepalingen gaf en strookt niet met de opvatting van de Europese Commissie. De rechtbank heeft in het midden gelaten of de betalingen die KLM van Amex ontvangt als nettocompensatie moeten worden aangemerkt. Voor de toepassing van het omzeilingsverbod van art. 5 van de Verordening is volgens de rechtbank namelijk niet van belang of sprake is van nettocompensatie, omdat elke vergoeding waarvan het oogmerk of effect gelijk is aan de afwikkelingsvergoeding als “impliciete afwikkelingsvergoeding” mede bepaalt of het maximum van de afwikkelingsvergoeding wordt overschreden.

Voor het College zijn art. 4 en art. 5 van de Verordening niet zodanig duidelijk dat over de uitleg ervan redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is. Deze onduidelijkheid maakt dat het College gehouden is daarover het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

Het College zal zich tot het HvJ EU wenden met de volgende prejudiciële vragen:

“1. Moet 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 (de Verordening) 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 de Verordening gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede zin, aldus worden uitgelegd dat de nettocompensatie direct onder het bereik van artikel 4 valt?

3. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4a. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4b. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4c. Als het antwoord op deze vragen 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 de Verordening aldus worden uitgelegd dat een vergoeding al voor de toepassing van artikel 4 van de 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 de Verordening 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?

7a. Moet artikel 2, punt 11, van de Verordening 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?

7b. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag, op basis van welke maatstaven moet die waarde worden vastgesteld?”

1. *American Express Europe SA* te Madrid (Spanje) en *American Express Carte France SA* te Rueil Malmaison (Frankrijk), (tezamen Amex),

appellanten in de zaak 21/1507,
gemachtigden: mr. M. Hiemstra en mr. S.M.C. Nuijten,

2. *Visa Europe Ltd* (Visa) te Londen (Verenigd Koninkrijk),

appellante in de zaak 21/1508,
gemachtigden: mr. W. Knibbeler en mr. T. van Helteren,

3. *Mastercard Europe SA* (Mastercard) te Waterloo (België),

appellante in de zaak 21/1509,
gemachtigden: mr. D.P. Kuipers en mr. P.M. Waszink,

4. *Autoriteit Consument en Markt* (ACM),

appellante in de zaak 22/11

gemachtigde: mr. J. Mulder,

5. *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV* (KLM) te Amstelveen,
appellante in de zaak 22/846,

gemachtigden: mr. R.P. Raas, mr. J.R. van Angeren en mr. S. Ramsanjhal.

Als derde-partij in de zaken 21/1507, 22/11 en 22/846 neemt aan het geding deel:

International Card Services BV (ICS) te Amsterdam,

gemachtigden: mr. M.M. de Haan en mr. Q.J. Tjeenk Willink.

(...; red.)

Grondslag van het geschil

Inleiding

1.1. Op 8 juni 2015 is Verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties (de Verordening) in werking getreden. Het geschil gaat over vergoedingen die Amex aan KLM als haar co-brandingpartner betaalt bij de uitgifte van een co-branded kredietkaart. Volgens ACM overtreedt Amex daarmee artikel 4 en/of artikel 5 van de Verordening.

Regelgevend kader

1.2. De artikelen 4 en 5 van de Verordening, die behoren tot hoofdstuk II van deze verordening, luiden als volgt.

“Artikel 4

Afwikkelingsvergoedingen voor kredietkaarttransacties van consumenten

De afwikkelingsvergoeding die betalingsdienst-aanbieders voor kredietkaarttransacties bieden of verlangen, bedraagt per transactie niet meer dan 0,3 % van de transactiewaarde. (...).

Artikel 5

Omzeilingsverbod

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.”

De feiten

1.3.1. Amex exploiteert een driepartijenbetaalkaartschema in de zin van artikel 2, punt 18, van de Verordening. Mastercard en Visa exploiteren een vierpartijenbetaalkaartschema in de zin van artikel 2, punt 17, van de Verordening. ICS treedt op als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van de Verordening voor zowel Visa als Mastercard.

1.3.2. Amex is in 2010 een samenwerking aangegaan met KLM als co-brandingpartner voor het tijdvak van 1 juni 2011 tot 1 juni 2019. Zij hebben deze samenwerking voor consumer co-branded kredietkaarten vastgelegd in twee overeenkomsten: een overkoepelende overeenkomst (Framework agreement) en een co-brandingovereenkomst (Consumer Co-Branded Card Agreement) (de overeenkomsten 2010). Amex geeft de co-branded kredietkaarten uit aan consumenten. Eén van de onderdelen van de samenwerking betreft de toegang tot het loyaliteitsprogramma van KLM, genaamd Flying Blue, waarbij klanten “Miles” verdienen wanneer zij reizen met KLM of winkelen bij partners van KLM. Klanten kunnen de Miles inwisselen voor vluchten of andere diensten van KLM. KLM en Amex zijn een “Rewards program” overeengekomen, waarmee kaarthouders van Amex direct Miles sparen in het Flying Blue-programma. Amex koopt daartoe Miles van KLM en kent deze toe aan haar kaarthouders op basis van het gebruik van de kredietkaart. Amex en KLM werken daarnaast samen bij de uitgifte van co-branded “Corporate Cards”. Voor de samenwerking betaalde Amex aan KLM naast een “signing bonus” een aantal andere vergoedingen, te onderscheiden in:

- (a) jaarlijkse bedragen voor het gebruik van handelsmerken en de toegang tot Flying Blue,
- (b) percentages van de vergoedingen die Amex van de kaarthouder ontvangt voor de kaart c.a.,
- (c) een percentage van de bestedingen met de kaart en
- (d) vergoedingen voor (de inkoop van) Miles.

1.3.3. In 2018 heeft KLM een tender uitgeschreven voor een nieuwe co-brandingsamenwerking. Nadat meerdere betaalkaartschema's (waaronder Amex, Mastercard en Visa) hadden ingeschreven op de tender, heeft KLM Amex als partner voor het co-brandingsprogramma geselecteerd. Amex en KLM hebben hiertoe nieuwe overeenkomsten gesloten. In het kader van die overeenkomsten, heeft Amex aan KLM in 2018 een “signing bonus”

betaald en dient Amex aan KLM vergoedingen als hiervoor omschreven onder (a) en (d) te betalen.

1.3.4. ACM heeft in mei 2017 een onderzoek ingesteld naar de samenwerking van Amex en KLM. Op basis van dat onderzoek heeft ACM op 6 maart 2019 aan Amex een last onder dwangsom opgelegd wegens overtreding van artikel 4 in samenhang met artikel 5 van de Verordening, omdat Amex volgens ACM afwikkelingsvergoedingen aan KLM betaalt die hoger zijn dan 0,3% van de transactiewaarde. ACM heeft dit vastgesteld door voor vier programmajaren per programma-jaar (dat loopt van juni tot juni) alle vergoedingen die Amex aan KLM heeft betaald op te tellen en deze vervolgens te delen door het met de kredietkaarten verrichtte volume van de betalingen. Het aldus berekende percentage overstijgt het maximale toegestane percentage van 0,3% in aanzienlijke mate. De last onder dwangsom strekt ertoe dat Amex aan KLM een vergoeding betaalt die op jaarbasis per transactie niet meer bedraagt dan 0,3% van de transactiewaarde. De begunstigings-termijn die daarbij is gesteld loopt tot 1 juni 2019. Vanaf die datum verbeurt Amex bij niet naleving van de last per dag of gedeelte daarvan een dwangsom van € 500.000,- tot een maximum van € 10 miljoen.

1.3.5. Amex en KLM hebben bezwaar gemaakt tegen het besluit van 6 maart 2019. Daarnaast hebben zij de rechtbank verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

1.3.6. Bij uitspraak van 24 juli 2019 heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank, voor zover van belang, de last onder dwangsom geschorst voor zover deze Amex niet toestaat de waarde van de ingekochte Miles in mindering te brengen op het totaal aan vergoedingen dat zij betaalt aan KLM.

1.3.7. Met het besluit van 22 januari 2020 (het bestreden besluit), waartegen het beroep bij de rechtbank was gericht, heeft ACM de bezwaren van Amex en KLM tegen de last onder dwangsom ongegrond verklaard. Volgens ACM valt iedere betaling die verband houdt met op de co-branded kaart gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten onder de nettocompensatie. De definitie van het begrip nettocompensatie in artikel 2, punt 11, van de Verordening stelt niet de voorwaarde dat het moet gaan om vergoedingen waarvan het oogmerk of effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Als een betaalde vergoeding is aan te merken als

nettocompensatie, dan maakt deze dus deel uit van de afwikkelingsvergoeding. ACM heeft voor de afzonderlijke vergoedingen die Amex aan KLM betaalt, uiteengezet dat en waarom deze zijn aan te merken als nettocompensatie en aldus deel uitmaken van de afwikkelingsvergoeding. De afwikkelingsvergoeding die Amex in de periode van 9 december 2015 tot en met mei 2018 aan KLM betaalde oversteeft de 0,3%-norm van artikel 4 van de Verordening. ACM staat Amex in dat verband niet toe om de tegenwaarde van de door haar ingekochte Miles op de aan KLM betaalde vergoedingen in mindering te brengen ("te netteren").

1.3.8. Daarnaast vallen volgens ACM de afzonderlijke vergoedingen ook onder artikel 5 (het omzeilingsverbod) van de Verordening, omdat zij een oogmerk of effect hebben dat gelijkwaardig is aan een (expliciete) afwikkelingsvergoeding.

1.3.9. Naar aanleiding van de uitspraak van de voorzieningenrechter rekent Amex de signing bonus per maand toe. Zij bepaalt de resterende betaalruimte volgens de norm van 0,3%, waarbij Amex de waarde van de door haar ingekochte Miles in mindering brengt op de door haar betaalde vergoedingen. Deze waarde is in overeenstemming met de door KLM aan Amex opgegeven kosten.

1.3.10. Met het besluit van 21 december 2020 (het invorderingsbesluit) heeft ACM van Amex dwangsommen ingevorderd tot een bedrag van € 10 miljoen. Volgens ACM heeft Amex niet voldaan aan de opgelegde last. ACM onderschrijft weliswaar de door Amex gehanteerde methodiek, maar meent dat Amex de waarde van de Miles verkeerd (te hoog) heeft vastgesteld. Amex houdt bij die waardebepaling namelijk geen rekening met de omstandigheid dat niet alle kaarthouders hun Miles verzilveren. Bovendien zijn niet alle door Amex uitgegeven Corporate Cards commerciële kaarten in de zin van artikel 2, punt 6, van de Verordening en vallen ook die kredietkaarten onder de werkingssfeer van de artikelen 4 en 5 van de Verordening. Daardoor betaalde Amex hogere vergoedingen aan KLM dan het dwangsombesluit toestaat.

1.3.11. Amex en KLM hebben het invorderingsbesluit betwist.

Uitspraak van de rechtbank

2.1. De rechtbank heeft de beroepen van Amex en KLM gegrond verklaard, het bestreden besluit en

het invorderingsbesluit vernietigd en ACM opgedragen een nieuwe beslissing op het bezwaar tegen de last onder dwangsom te nemen. Zij heeft verder de last onder dwangsom geschorst tot zes weken na de dag van bekendmaking van de nieuwe beslissing op bezwaar.

2.2. De rechtbank is van oordeel dat het belang van Mastercard, Visa en ICS rechtstreeks bij de last onder dwangsom is betrokken en dat zij om die reden belanghebbenden zijn als bedoeld in artikel 1:2, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Verder is de rechtbank van oordeel dat ACM bevoegd is tot handhaving van de Verordening.

2.3.1. Bij haar beoordeling heeft de rechtbank het arrest van 7 februari 2018 van het Hof (zaak C-304/16, ECLI:EU:C:2018:66, het Amex-arrest) tot uitgangspunt genomen.

2.3.2. Uit de overwegingen 59, 60 en 67 t/m 73 van het Amex-arrest leidt de rechtbank af dat een driepartijenbetaalkaartschema dat een co-brandingovereenkomst sluit, als een vierpartijenbetaalkaartschema moet worden aangemerkt, ook als de co-brandingpartner niet handelt als uitgever. Om die reden is volgens de rechtbank het driepartijenbetaalkaartschema van Amex met co-brandingpartner KLM gelijk aan een vierpartijenbetaalkaartschema en zijn de artikelen 4 en 5 van de Verordening hier van toepassing. Het betoog van Amex dat haar driepartijenbetaalkaartschema vanwege haar beperkte marktpositie is vrijgesteld van de Verordening volgt de rechtbank niet.

2.3.3. Volgens de rechtbank kan voor de samenwerking van een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner die niet handelt als uitgever, artikel 4 van de Verordening niet zelfstandig, maar alleen in samenhang met artikel 5 van de Verordening toepassing vinden. Zij overweegt daartoe:

“14.6 De definities die (...) zijn gegeven aan de begrippen ‘afwikkelingsvergoeding’ en ‘netto-compensatie’ zijn toegesneden op vierpartijenschema’s met een te onderscheiden uitgever, accepteerder en betaalkaartschema. Bij een driepartijenschema met co-brandingpartner die niet handelt als uitgever wordt de betaalkaart uitgegeven door het betaalkaartschema zelf en handelt het betaalkaartschema ook de acceptatie af. Er is dan geen geldstroom van de accepteerder of het betaalkaartschema aan de uitgever. De begrippen ‘afwikkelingsvergoeding’ en ‘netto-compensa-

tie’ gaan – kort gezegd – uit van betalingen tussen de uitgever en de accepteerder of betalingen, kortingen of stimulansen die een uitgever heeft ontvangen. Deze begrippen zijn bij de beoordeling van de samenwerking tussen Amex en KLM dan ook niet in letterlijke zin bruikbaar, nu KLM uitgever noch accepteerder is. Niettemin wordt blijkens het Amex-arrest een driepartijenschema dat een co-brandingovereenkomst sluit als een vierpartijenschema beschouwd, zelfs als die co-brandingpartner niet handelt als uitgever. De reden die het Hof in het Amex-arrest daarvoor geeft is dat het bereiken van de doelstellingen van de Verordening moeilijk wordt als een driepartijenschema met co-brandingpartner die niet handelt als uitgever ontsnapt aan de in de Verordening gestelde maxima voor afwikkelingsvergoedingen. Daarbij wijst het Hof er in rechts-overweging 69 op dat uit onder meer het omzeilingsverbod van artikel 5 van de Verordening volgt dat de Verordening eveneens tot doel heeft te vermijden dat de daarin neergelegde regels worden omzeild, met name die betreffende de vaststelling van maxima voor afwikkelingsvergoedingen. Nu toepassing van artikel 4 van de Verordening (...) niet zelfstandig mogelijk is in dit geval, maar omzeiling of ontsnapping gelet op het Amex-arrest moet worden voorkomen, kan artikel 4 van de Verordening in dit geval alleen in samenhang met artikel 5 toepassing vinden. Voor toepassing van het omzeilingsverbod bij een driepartijenschema met co-brandingpartner is vervolgens niet relevant of sprake is van netto-compensatie, nu elke overeengekomen vergoeding waarvan het oogmerk of effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, als ‘impliciete afwikkelingsvergoeding’ moet worden meegeënen bij beantwoording van de vraag of het maximumpercentage dat geldt voor afwikkelingsvergoedingen wordt overschreden. Daarbij moet blijkens de overwegingen 71 en 72 van het Amex-arrest de vermelding in artikel 5 van de Verordening van ‘de uitgever’ niet zodanig worden opgevat dat betalingen van een betaalkaartschema aan een co-brandingpartner die geen uitgever is, vanwege die enkele omstandigheid zouden ontsnappen aan het omzeilingsverbod van artikel 5.”

2.3.4. De rechtbank is voorts van oordeel dat bij een vergoeding aan een co-brandingpartner of agent, anders dan bij een vergoeding aan een uitgever, niet zonder meer sprake is van een afwikke-

lingsvergoeding. Volgens de rechtbank moet dit worden vastgesteld aan de hand van het oogmerk of het effect van de betreffende vergoeding:

“14.7 (...) De zinsnede ‘elke overeengekomen vergoeding (...) waarvan het oogmerk of effect vergelijkbaar is met de afwikkelingsvergoeding’ is in het totstandkomingsproces van de Verordening (...) gelijktijdig toegevoegd met de uitbreiding van de gelijkstelling van bepaalde driepartijenschema’s met vierpartijenschema’s: waar aanvankelijk enkel was voorzien in gelijkstelling in geval van driepartijenschema’s met een uitgever (...), is die gelijkstelling vervolgens uitgebreid tot driepartijenschema’s met een co-brandingpartner of agent (...). Dat bij de uitbreiding van die gelijkstelling de zinsnede betreffende ‘gelijkwaardig oogmerk of effect’ is toegevoegd aan artikel 5, wijst erop dat bij een vergoeding aan een co-brandingpartner of agent, anders dan bij een vergoeding aan een uitgever, niet zonder meer sprake is van een afwikkelingsvergoeding. Of hiervan daadwerkelijk sprake is, moet worden vastgesteld aan de hand van het oogmerk of het effect van de betreffende vergoeding. (...)”

14.8 (...) De totstandkomingsgeschiedenis van de Verordening en de overwegingen van het Hof wijzen er veeleer op dat de gelijkstelling van een driepartijenschema dat samenwerkt met een co-brandingpartner die niet als uitgever optreedt onder de reikwijdte van de Verordening valt om te voorkomen dat situaties die materieel gelijk zijn aan een vierpartijenschema (...) aan de werking van de Verordening ontsnappen waardoor het bereiken van de doelstellingen van de Verordening wordt bemoeilijkt. Om vast te stellen of die materiële gelijkheid bestaat, is naar het oordeel van de rechtbank vereist dat de vergoedingen van een driepartijenschema aan een co-brandingpartner die niet als uitgever optreedt worden beoordeeld op grond van oogmerk en effect in het kader van artikel 5 van de Verordening. Daarbij is van belang dat de rol van een co-brandingpartner in de samenwerking met een driepartijenschema en de aard van de vergoedingen die in dat kader betaald worden, van geval tot geval kunnen verschillen. De rechtbank acht de (...) benadering, waarin artikel 5 van de Verordening buiten beschouwing is gelaten, dan ook niet juist.”

2.3.5. Of een vergoeding een effect of oogmerk heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, meet ACM af aan het criterium of die vergoeding wordt betaald i) in het kader van een

co-brandingsamenwerking en ii) ertoe strekt co-brandingpartners ervan te overtuigen om samen te werken met een schema met het oogmerk om het uitgeven en het gebruik van kredietkaarten te stimuleren. Volgens de rechtbank volstaat die maatstaf niet bij de beoordeling van de gelijkwaardigheid van de vergoeding. Dat de vergoeding het uitgeven en het gebruik van kredietkaarten kan stimuleren, is immers niet de reden voor het maximeren van de afwikkelingsvergoeding. Het gelijkwaardige oogmerk of effect van de vergoeding moet volgens de rechtbank worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen van de Verordening.

2.3.6. De rechtbank is van oordeel dat ACM in dat verband het effect moet onderzoeken van de betalingen aan de co-brandingpartner voor de interne markt en de transactiekosten van consumenten:

“14.10. In het Amex-arrest heeft het Hof veel aandacht besteed aan de doelstellingen van de Verordening, namelijk primair een betere werking van de interne markt teweeg te brengen en bij te dragen tot een vermindering van de transactiekosten voor consumenten. Die doelstellingen, en daarom logischerwijs ook de bewoordingen van de Verordening, waren hoofdzakelijk gericht op vierpartijenschema’s, omdat andere vormen van ingrijpen bij vierpartijenschema’s niet tot het gewenste resultaat hadden geleid. De veronderstelling die in de Verordening besloten ligt dat afwikkelingsvergoedingen hoger dan 0,3% leiden tot hogere consumentenprijzen en een toetredingsdrempel, is gebaseerd op het feit dat kredietkaarten van vierpartijenschema’s, die samen 98% van de markt in handen hebben, een massakarakter hebben en handelaren of winkeliers daarom die kredietkaart moeilijk kunnen weigeren (vgl. overweging 32 van de considerans). Handelaren of winkeliers blijven ook bij verhoging van de aan hen gerekende prijzen die kredietkaarten accepteren en verdisconteren de aan hen door het schema doorberekende transactiekosten in hun prijzen. De gelijkstelling van een driepartijenschema met een co-brandingpartner of agent met een vierpartijenschema is in een laat stadium van het wetgevingsproces toegevoegd door het Europees Parlement. Eerst met het standpunt van het Europees Parlement werd in de Verordening als doelstelling het creëren van een level playing field tussen vierpartijenschema’s en driepartijenschema’s met een co-brandingpartner of agent van belang. Die laatste doelstelling staat niet op zichzelf maar moet

steeds in samenhang met de primaire doelstelling van de Verordening worden gezien. Zou dat niet zo zijn, dan valt niet in te zien waarom driepartijenschema's niet in het algemeen onder de reikwijdte van de Verordening zijn gebracht. Daar heeft de Uniewetgever niet voor gekozen. Het waren juist de door vierpartijenschema's veroorzaakte belemmeringen van de interne markt en hogere consumentenprijzen die de aanleiding voor de Verordening vormden. De vergoedingen die een driepartijenschema aan een co-brandingpartner die geen uitgever is betaalt, zullen daarom tot vergelijkbare problemen (marktfalen) moeten leiden als bij een vierpartijenschema om de doelstelling van het level playing field te activeren, omdat anders ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Om vast te kunnen stellen of diezelfde problemen zich voordoen in een driepartijenschema met co-brandingpartner die niet als uitgever optreedt, zal het effect moeten worden onderzocht van de betalingen aan de co-brandingpartner voor de interne markt en de transactiekosten van consumenten."

2.3.7. De rechtbank ziet daarbij het marktaandeel van de kaart als een factor van betekenis, omdat een beperkt marktaandeel minder druk legt op handelaren om de kaart, en daarmee kostenstijging, te accepteren. Ook de hoogte van de, niet door de Verordening gereguleerde, door de kaarthouder betaalde vergoeding is volgens de rechtbank daarbij van belang. Het driepartijenbetaalkaartschema kan die vergoeding namelijk (gedeeltelijk) aan de co-brandingpartner doorbetalen en dat heeft geen effect op de kosten van de handelaar. Ook de hoogte van de merchant service charge kan volgens de rechtbank van belang zijn, omdat aan de Verordening als uitgangspunt ten grondslag ligt dat de hoogte van de afwikkelingsvergoeding in direct verband staat met de hoogte van de merchant service charge en daarmee met consumentenprijzen.

2.3.8. De rechtbank komt tot de conclusie dat ACM niet aannemelijk heeft gemaakt dat de door Amex aan KLM betaalde vergoedingen een gelijkwaardig oogmerk of effect hebben als een afwikkelingsvergoeding. Daarom staat niet vast dat Amex artikel 4 in samenhang met artikel 5 van Verordening heeft overtreden.

Overwegingen

Hogerberoepsgronden

ACM

3.1. ACM bestrijdt de aangevallen uitspraak met drie materiële gronden. Volgens ACM maakt de nettocompensatie ook voor driepartijenbetaalkaartschema's met co-branding deel uit van de afwikkelingsvergoeding. Omdat de vergoedingen van Amex aan KLM zijn aan te merken als nettocompensatie, vormen zij afwikkelingsvergoedingen. Ook als de vergoedingen buiten de definitie van de afwikkelingsvergoeding vallen, hoeft ACM niet steeds het effect van de vergoeding te beoordelen. Als het oogmerk van de vergoedingen gelijk is aan de afwikkelingsvergoeding, dan valt deze namelijk al om die reden onder artikel 5 van de Verordening. Verder legt de rechtbank de "effect-toets" uit artikel 5 van de Verordening verkeerd uit. Deze bepaling reguleert niet zozeer het effect van de vergoeding op de markt, maar het doel of effect van de vergoeding in de relatie Amex-KLM. Naast deze drie materiële gronden heeft ACM gronden gericht tegen de toelating van ICS als belanghebbende tot de procedure en tegen de vernietiging van het invorderingsbesluit.

Amex

3.2. Amex bestrijdt de aangevallen uitspraak met twee materiële en drie meer formele gronden. In de eerste plaats voert Amex aan dat vergoedingen in een vierpartijenbetaalkaartschema en een driepartijenbetaalkaartschema op gelijke wijze moeten worden behandeld, zodat een niet gereguleerde vergoeding in een vierpartijenbetaalkaartschema ook niet gereguleerd kan zijn in een driepartijenbetaalkaartschema. Verder voert Amex aan dat zowel naar de tekst als het doel van de Verordening alleen vergoedingen *aan* de kaartuitgever onder de maximering vallen en niet vergoedingen *van* de kaartuitgever. Volgens Amex had de rechtbank het geschil finaal moeten beslechten, had ACM het dwangsombesluit niet (ook) aan American Express Carte France S.A. mogen richten en heeft de rechtbank Mastercard, Visa en ICS ten onrechte als belanghebbenden aangemerkt.

Mastercard

3.3. Mastercard keert zich tegen de aangevallen uitspraak met vier materiële gronden. Allereerst

voert Mastercard aan dat de vergoedingen die Amex aan KLM betaalt, rechtstreeks vallen onder artikel 4 van de Verordening. Verder weerspreekt Mastercard dat het borgen van een gelijk speelveld een ondergeschikte doelstelling van de Verordening is. In de derde plaats betoogt Mastercard dat geen marktfalen hoeft te zijn vastgesteld om de doelstelling van het level playing field te activeren. De toevoeging van een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner in de Verordening is namelijk ingegeven door (verondersteld) marktfalen. Ten slotte betoogt Mastercard dat het marktaandeel van de kredietkaart geen factor in de beoordeling kan zijn.

Visa

3.4. Volgens Visa mist de door de rechtbank aangelegde toets voor de beoordeling of het effect van een vergoeding gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, een basis in de Verordening. Deze toets is ook niet geschikt om een gelijk speelveld te creëren tussen een vierpartijenbetaalkaartschema en een driepartijenbetaalkaartschema met een co-brandingpartner. Verder heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat effecten op de interne markt en/of directe schade voor de consument een noodzakelijke voorwaarde is voor de toepassing van de Verordening op betalingen door driepartijenbetaalkaartschema's aan cobrandingpartners.

KLM

3.5. KLM is het niet eens met de rechtbank dat Mastercard, Visa en ICS belanghebbenden zijn. Daarnaast betoogt KLM dat ACM niet bevoegd is om overtredingen van artikel 4 en 5 van de Verordening te handhaven. Verder vindt KLM dat de rechtbank het dwangsombesluit had moeten herroepen. KLM voert ten slotte aan dat de rechtbank ten onrechte ervan uitgaat dat KLM Miles toekent indien de kaarthouder met de co-branded kredietkaart betaalt. Amex koopt de Miles namelijk in bij KLM en levert deze Miles vervolgens aan de kaarthouders op basis van de tussen Amex en haar kaarthouders bestaande contractuele relatie.

ICS

3.6. ICS stelt zich op het standpunt dat de aangevallen uitspraak in stand kan blijven. Omdat KLM en Amex het invorderingsbesluit hebben betwist, strekt hun beroep bij de rechtbank zich mede uit over dat besluit.

Geschilpunten die geen uitleg van het Unierecht vergen

Zijn Mastercard, Visa en ICS belanghebbenden?

4.1. Op grond van artikel 1:2 van de Awb wordt onder belanghebbende verstaan degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Met rechtstreeks belang wordt bedoeld op een oorzakelijk verband tussen de (dreigende) aantasting van de belangen van degene die zich als belanghebbende opwerpt en het betrokken besluit (zie de uitspraak van het College van 17 mei 2022, ECLI:NL:CBB:2022:234). Degene wiens concurrentiebelang rechtstreeks is betrokken bij een besluit, is belanghebbende (zie bijvoorbeeld de uitspraak van het College van 26 mei 2016, ECLI:NL:CBB:2016:146, en de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State van 13 juli 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1979).

4.2. Mastercard, Visa en ICS zijn net als Amex in Nederland actief op de betaalkaartmarkt en streven daarbij naar samenwerking met een co-brandingpartner bij de uitgifte van hun kredietkaart. Visa, Mastercard en Amex dingen in Nederland mee in dezelfde tenders van potentiële co-brandingspartner. ICS is geen betaalkaartschema, maar treedt als uitgever op voor vierpartijenbetaalkaartschema's. Onweersproken is dat ICS als uitgever binnen een vierpartijenbetaalkaartschema de co-brandingsovereenkomst aangaat. In zoverre concurreert ICS met het driepartijenbetaalkaartschema in hetzelfde marktsegment als Amex dat als driepartijenbetaalkaartschema zelf uitgever is. Visa, Mastercard en ICS hebben als concurrenten belang bij handhaving van de maximum afwikkelingsvergoeding om te voorkomen dat Amex een concurrentievoordeel krijgt. Dit betekent dat Visa, Mastercard en ICS belanghebbenden zijn.

4.3. De hoger beroepen van Mastercard en Visa zijn dan ook ontvankelijk. Daarnaast laat het College Mastercard, Visa en ICS op grond van artikel 8:26 van de Awb als derde belanghebbende toe tot de hoger beroepen van Amex en KLM. De beslissingen van de rechtbank om Mastercard, Visa en ICS toe te laten als partij in de beroepen, zijn evenzeer juist.

Was ACM bevoegd handhavend op te treden tegen overtredingen van artikel 4 en 5 van de Verordening?

5.1.1. Op grond van artikel 1:25a, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) kan ACM, indien een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) mededingingsrechtelijke bepalingen bevat betreffende de financiële markten, bij algemene maatregel van bestuur worden belast met uitvoering en handhaving van bij of krachtens die verordening gestelde regels.

5.1.2. Artikel 2, eerste lid, van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten wijst ACM aan als bevoegde autoriteit voor de uitvoering en handhaving van onder meer de artikelen 3 tot en met 6 van de Verordening. Uit de wetgeschiedenis (Kamerstukken II 2011-2012, 33236 nr. 3, blz. 8) blijkt dat dit is gebeurd vanwege de onderdelen van het financieel toezichtrecht die betrekking hebben op mededingingsrechtelijke aspecten, zoals markttoetreding.

5.2. De artikelen 4 en 5 van de Verordening hebben mede tot doel de eerlijke concurrentie te bevorderen en vormen daarmee mededingingsrechtelijke bepalingen als bedoeld in artikel 1:25a, tweede lid, van de Wft. Dat de grondslag van de Verordening is gelegen in artikel 114, eerste lid, van het VWEU (totstandbrengen van de interne markt en verzekeren van de werking ervan) en de artikelen 4 en 5 van de Verordening ook tot doel hebben het bevorderen van een betere werking van de interne markt voor het betalingsverkeer door regulering van de afwikkelingsvergoedingen, doet daaraan niet af. Noch uit de tekst van artikel 1:25a, tweede lid, van de Wft, noch uit de wetgeschiedenis valt af te leiden dat met “mededingingsrechtelijke bepalingen” is bedoeld bepalingen die exclusief hun grondslag vinden in het mededingingsrecht.

5.3. De rechtbank heeft dus terecht geoordeeld dat ACM beschikt over de formele bevoegdheid om overtredingen van de artikelen 4 en 5 van de Verordening te handhaven. De hiertegen gerichte grond van KLM slaagt niet.

Motivering van de prejudiciële vragen

6.1. Als gezegd exploiteren Mastercard en Visa een vierpartijenbetaalkaartschema, terwijl Amex een driepartijenbetaalkaartschema samen met een co-branding partner (KLM) exploiteert. Advocaat-generaal bij het Hof M. Campos Sán-

chez-Bordona schetst in zijn conclusie van 6 juli 2017 (ECLI:EU:C:2017:524, met name de punten 49 t/m 68) (de Amex- conclusie) de achtergrond en de werking van betaalkaartschema's. Hij wijst erop dat de onderlinge wedijver tussen betaalkaartschema's de paradoxale situatie veroorzaakt dat de hoogte van de afwikkelingsvergoeding niet daalt, maar juist stijgt. Dat was precies de reden voor vaststelling van de Verordening, die voorziet in het wettelijk toezicht op de maximale hoogte van de afwikkelingsvergoeding (punt 68 van de Amex-conclusie).

6.2. In een vierpartijenbetaalkaartschema verlopen de betalingstransacties door tussenkomst van een uitgever (voor de kaarthouder) en een accepteerder (voor de begunstigde). De accepteerder betaalt een vergoeding aan de uitgever voor de afwikkeling van de transactie, de afwikkelingsvergoeding. De accepteerder en uitgever betalen beide een scheme fee aan het vierpartijenbetaalkaartschema. De kaarthouder betaalt een kaartbijdrage aan de uitgever (card fee) en de handelaar een handelaarsvergoeding (merchant service fee) aan de accepteerder.

6.3. Bij een driepartijenbetaalkaartschema geeft het schema de betaalkaart uit en wikkelt het de met de kaart verrichte betalingen zelf af. De kaarthouder betaalt net als in een vierpartijenbetaalkaartschema een card fee en de handelaar een merchant service fee, maar doordat er geen bank is die de kaart uitgeeft en geen bank die de betaling accepteert, ontbreekt in het driepartijenbetaalkaartschema een (zichtbare) afwikkelingsvergoeding. Dat verklaart waarom artikel 1, derde lid, onder c, van de Verordening Hoofdstuk II buiten toepassing verklaart voor transacties met betaalkaarten die een driepartijenbetaalkaartschema heeft uitgegeven. Dat is echter anders indien een driepartijenbetaalkaartschema de kaart samen met die co-branding partner uitgeeft, want dan wordt het schema als vierpartijenbetaalkaartschema aangemerkt (artikel 1, vijfde lid, van de Verordening).

6.4. Het Hof heeft in het Amex-arrest artikel 1, vijfde lid, van de Verordening zo uitgelegd dat voor die gelijkstelling als een vierpartijenbetaalkaartschema niet vereist is dat de co-brandingpartner handelt als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van de Verordening.

6.5.1. Een driepartijenbetaalkaartschema dat samen met een co-brandingpartner kredietkaarten uitgeeft, moet dus worden aangemerkt als vier-

partijenbetaalkaartschema, ook als de co-brandingpartner niet handelt als uitgever. Volgens de rechtbank heeft ACM het driepartijenbetaalkaartschema van Amex met co-brandingpartner KLM dan ook terecht gelijkgesteld aan een vierbetaalkaartschema.

6.5.2. Amex is het daar niet mee eens en wijst op een (niet gepubliceerde) uitspraak van 18 november 2021 (kenmerk ROT 21/275, 21/277 en 21/279) waarin de rechtbank over een vierpartijenbetaalkaartschema oordeelde dat de betalingen tussen de uitgever en de co-brandingpartner niet behoren tot de gemaximeerde afwikkelingsvergoeding. Volgens de rechtbank is, zolang de betalingen van “de accepterende kant” van het schema aan de uitgever voldoen aan de 0,3% norm, gewaarborgd dat de kosten voor winkeliers tot het door de Verordening voorgeschreven niveau zijn beperkt en vormen die betalingen bovendien geen toetredingsdrempel. Betalingen die de uitgever aan de co-brandingpartner doet die hoger zijn dan het maximum, kunnen slechts zijn gefinancierd met middelen die niet van de accepterende kant van het schema afkomstig zijn en daarmee uit een bron die de Verordening niet reguleert. Omdat deze rechtbankuitspraak in de weg staat aan maximering van vergoedingen aan een co-brandingpartner in een vierpartijenbetaalkaartschema, moet dat volgens Amex ook gelden voor dezelfde vergoedingen in een driepartijenbetaalkaartschema. Vierpartijenschema's onder vinden door de uitspraak geen beperkingen in wat zij aan de co-brandingpartner betalen, een driepartijenbetaalkaartschema wel. Daardoor dreigt een ongelijk speelveld (unlevel playing field).

6.5.3. Naar het oordeel van het College maakt het Amex-arrest duidelijk dat voor een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner dezelfde regels gelden als voor een vierpartijenbetaalkaartschema en dat op een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner de verplichtingen uit de artikelen 4 en 5 van de Verordening rusten (zie de punten 68 en 72 van het arrest). Het hoger beroep tegen de rechtbankuitspraak waarop Amex zich beroept, heeft (vanwege het ontbreken van procesbelang) niet tot een inhoudelijk oordeel van het College geleid (zie uitspraak van 13 september 2022, ECLI:NL:CBB:2022:826). Het is niet aan het College om in de onderhavige zaak een oordeel te geven over de juistheid van de bedoelde uitspraak

van de rechtbank. Voor de beoordeling van de hier aan de orde zijnde hoger beroepen heeft bedoelde rechtbankuitspraak geen betekenis. Het College zal zich dan ook niet over die uitspraak uitlaten.

6.6. Het College is het met de rechtbank in de onderhavige zaken eens dat de gevolgen van de gelijkstelling van een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner aan een vierbetaalkaartschema voor de toepassing van de artikelen 4 en 5 van de Verordening niet zonder meer duidelijk zijn. Deze bepalingen zien immers op de “afwikkelingsvergoeding” en “nettocompensatie” die uitgaan van betalingen aan de uitgever, terwijl die betalingen in een driepartijenbetaalkaartschema ontbreken. Daarbij bepaalt artikel 5 van de Verordening dat het moet gaan om – kort gezegd en voor zover hier van belang – vergoedingen die een uitgever van een betaalkaartschema ontvangt.

6.7. De rechtbank heeft de artikelen 4 en 5 van de Verordening zelf uitgelegd. Die uitleg wijkt af van de uitleg die de voorzieningenrechter aan die bepalingen gaf en strookt niet met de opvatting van de Europese Commissie (Commissie) zoals die is neergelegd in de brief van 16 november 2018 aan American Express (Comp/D-1/RP/nb/2018/182345) en in het “Commission Staff Working Document. Report on the application of Regulation (EU) 2015/751 on interchange fees for card-based payment transactions. SWD(2020) 118 final” van 29 juni 2020 (Working Document 2020). De rechtbank heeft in het midden gelaten of de betalingen die KLM van Amex ontvangt als nettocompensatie moeten worden aangemerkt. Voor de toepassing van het omzeilingsverbod van artikel 5 van de Verordening is volgens de rechtbank namelijk niet van belang of sprake is van nettocompensatie, omdat elke vergoeding waarvan het oogmerk of effect gelijk is aan de afwikkelingsvergoeding als “impliciete afwikkelingsvergoeding” mede bepaalt of het maximum van de afwikkelingsvergoeding wordt overschreden.

6.8. Voor het College zijn de artikelen 4 en 5 van de Verordening niet zodanig duidelijk dat over de uitleg ervan redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is. Deze onduidelijkheid maakt dat het College op grond van artikel 267 van het VWEU is gehouden daarover het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken.

Vragen over de uitleg van artikel 4 van de Verordening

7.1. Artikel 4 van de Verordening maximeert de afwikkelingsvergoeding. De afwikkelingsvergoeding is een vergoeding die voor elke transactie direct of indirect wordt betaald tussen de uitgever en de accepteerder die bij een op kaarten gebaseerde betalingstransactie betrokken zijn (artikel 2, punt 10, eerste zin, van de Verordening).

De nettocompensatie of andere overeengekomen vergoeding wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding (artikel 2, punt 10, tweede zin, van de Verordening). Nettocompensatie is 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 (artikel 2, punt 11, van de Verordening).

7.2. Bij de uitleg van deze bepalingen is allereerst van belang of de betalingen die KLM van Amex ontvangt in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten moeten worden aangemerkt als nettocompensatie, ook als KLM zelf geen uitgever is. Daarbij moet in aanmerking worden genomen dat die betalingen van Amex aan KLM niet rechtstreeks zijn gerelateerd aan een transactie. Zoals hiervoor onder 1.3.2 tot en met 1.3.4 weergegeven betaalde Amex aan KLM vergoedingen voor de samenwerking. ACM heeft voor vier programmajaren per programmajaar (die loopt van juni tot juni) alle vergoedingen die Amex aan KLM heeft betaald opgeteld en deze vervolgens gedeeld door het met de kredietkaarten verrichtte volume van de betalingen.

7.2.1. Uit de bewoordingen van artikel 2, punt 11, van de Verordening blijkt dat het gaat om het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen die een uitgever van het betaalkaartschema ontvangt. KLM is geen uitgever (als bedoeld in artikel 2, punt 2 van de Verordening), omdat zij geen betaaldienst aanbieder is. Uit een letterlijke uitleg volgt daarmee dat de betalingen die KLM van Amex ontvangt niet kunnen worden aangemerkt als nettocompensatie.

7.2.2. Het is vaste rechtspraak van het Hof dat bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen rekening wordt gehouden met de bewoordingen ervan, maar ook met de context en de doelstelling van de regeling waarvan zij deel

uitmaakt. In het Amex-arrest (punten 70 en 71) heeft het Hof, zo begrijpt het College, onder verwijzing naar de doelstellingen van de Verordening, geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als een impliciete afwikkelingsvergoeding, ook als de cobrandingpartner niet optreedt als uitgever. Dat vormt een aanwijzing, zoals ACM ook aanvoert, dat voor het aanmerken als afwikkelingsvergoeding en meer in het bijzonder nettocompensatie niet is vereist dat een uitgever de betalingen ontvangt. Volgens ACM gaat de advocaat-generaal in de Amex-conclusie (in punt 94) ervan uit dat onder de afwikkelingsvergoeding (ook) vallen de betalingen, kortingen of stimulansen die de co-brandingpartner ontvangt van het schema. Dit lijkt ook de opvatting te zijn van de Europese Commissie in de brief van 16 november 2018 aan American Express (Comp/D-1/RP/nb/2018/182345).

“(…) In conclusion, all payments, rebates or incentives accruing from the 3PS to co-branding partners or agents according to arrangements, minus any payments, rebates or incentives going from the co-branding partner to the 3PS, result in a net compensation subject to a cap under the Regulation. (...)”

7.2.3. Dit leidt het College tot de volgende vraag: 1. Moet artikel 2, punt 11, van de Verordening 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?

7.3. Indien deze vraag bevestigend wordt beantwoord, dan is de vervolgvraag of de omstandigheid dat in artikel 2, punt 10, tweede zin, van de Verordening is bepaald dat de nettocompensatie wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding met zich brengt dat de nettocompensatie rechtstreeks onder het bereik van artikel 4 van de Verordening valt. Het antwoord op die vraag is relevant, omdat bij bevestigende beantwoording een onderzoek of het oogmerk of effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding achterwege kan blijven. Die voorwaarde wordt immers niet gesteld in de definitie van nettocompensatie in artikel 2, punt

11, van de Verordening, noch in artikel 4 van de Verordening. Als de nettocompensatie niet rechtstreeks onder het bereik van artikel 4 valt, dan kan deze op grond van artikel 5 van de Verordening voor de toepassing van artikel 4 van die verordening als een deel van de afwikkelingsvergoeding worden beschouwd, indien deze het oogmerk of effect heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding.

7.3.1. In artikel 2, punt 10, van de Verordening wordt afwikkelingsvergoeding gedefinieerd. In diezelfde bepaling wordt, zoals hiervoor al overwogen, op het niveau van de definities de nettocompensatie beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding (artikel 2, punt 10, tweede zin). Gelet hierop en op het feit dat artikel 4 van de Verordening voor de maximering uitgaat van het begrip afwikkelingsvergoeding, zou – zoals ACM en Mastercard ook aanvoeren – kunnen worden betoogd dat de nettocompensatie direct onder het bereik van artikel 4 van de Verordening valt.

7.3.2. Daartegenover staat dat de nettocompensatie blijkens de bewoordingen van artikel 5 van de Verordening uitdrukkelijk onderdeel is van het in die bepaling neergelegde omzeilingsverbod. Ook in overweging 31 van de Verordening wordt de nettocompensatie in verband gebracht met het omzeilingsverbod. Een en ander lijkt erop te duiden dat de nettocompensatie niet direct onder het bereik van artikel 4 van de Verordening valt, maar dat deze op grond van artikel 5 van de Verordening voor de toepassing van artikel 4 van de Verordening als een deel van de afwikkelingsvergoeding wordt beschouwd, als deze het oogmerk of effect heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Dat lijkt ook de opvatting te zijn van de advocaat-generaal in de Amex-conclusie (zie punt 95). Volgens hem hebben de vergoedingen die een driepartijenbetaalkaartschema direct of indirect betaalt aan de co-brandingpartners een oogmerk en/of effect dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding in een vierpartijenbetaalkaartschema. In voetnoot 44 wijst hij daarbij expliciet op het toekennen van punten voor loyaliteitsprogramma's van luchtvaartmaatschappijen op co-branded kredietkaarten. De advocaat-generaal noemt dit een voorbeeld van een indirecte vergoeding waarvan het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. De vraag dringt zich overigens ook op wat de betekenis nog zou zijn van (het noemen van de nettocompensatie

in) artikel 5 van de Verordening, als reeds uit artikel 4 in samenhang met artikel 2, punten 10 en 11, zou voortvloeien dat de nettocompensatie als deel van de afwikkelingsvergoeding zou worden beschouwd.

7.3.3. Verder lijkt ook de Commissie van mening dat voor de nettocompensatie relevant is of deze het oogmerk of effect heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding in een vierpartijenbetaalkaartschema:

“(…) The assessment of net compensation implies in principle that all monies in relation to card-based payment transactions or related activities with an equivalent object or effect of the interchange fee accruing to the co-branding partner from the 3PS, minus any such monies going from the co-branding partner to the 3PS, have to be considered. (...)” (Working document 2020, p. 13)

7.3.4. Anderzijds zou, zoals ACM en Mastercard betogen, uit de brief van de Commissie van 16 november 2018 (hiervoor aangehaald) juist kunnen worden afgeleid dat de Commissie meent dat de nettocompensatie rechtstreeks valt onder het bereik van artikel 4 van de Verordening. In die brief laat de Commissie zich immers niet uit over de vraag of de mogelijke vergoedingen een oogmerk en/of effect hebben dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding bij vierpartijenbetaalkaartschema's, maar merkt zij op dat volgens haar geen additionele mededingingsanalyse dient te worden verricht.

7.3.5. Dit leidt het College tot de volgende vraag: 2. Moet artikel 4, van de Verordening gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede zin, aldus worden uitgelegd dat de nettocompensatie direct onder het bereik van artikel 4 valt?

Vragen over de uitleg van artikel 5 van de Verordening

8.1. Indien het Hof één van de hiervoor weergegeven vragen ontkennend beantwoordt, dan moet worden beoordeeld of de vergoedingen, met in begrip van de nettocompensatie, die KLM van Amex ontvangt, op grond van artikel 5 van de Verordening (omzeilingsverbod) voor de toepassing van het in artikel 4 van de Verordening vastgestelde maximum moeten worden beschouwd als een deel van de afwikkelingsvergoeding.

8.2.1. Volgens Amex staat de tekst van artikel 5 van de Verordening eraan in de weg om vergoedingen aan een co-brandingpartner die geen uitgever is als afwikkelingsvergoeding te beschou-

wen. De afwikkelingsvergoeding wordt per transactie betaald voor de afwikkeling van die transactie. De vergoedingen van Amex aan KLM hebben geen enkele relatie met de afwikkeling van betalingen en kunnen dus in geen geval hetzelfde oogmerk of effect hebben.

8.2.2. ACM, Mastercard en Visa betogen dat de Uniewetgever bij het vaststellen van de Verordening ervan is uitgegaan dat vergoedingen van een driepartijenbetaalkaartschema aan een co-brandingpartner tot vergelijkbaar marktfalen kunnen leiden als de afwikkelingsvergoeding in een vierpartijenbetaalkaartschema, zodat ACM dat niet meer hoeft te onderzoeken. ACM, Mastercard en Visa menen dat de rechtbank met de factoren marktaandeel, hoogte van de cardholder fee en hoogte van de merchant service charge de verkeerde criteria hanteert voor de beoordeling of een vergoeding een gelijkwaardig effect heeft. ACM meent dat niet het effect van de vergoeding op de markt, maar het effect in de relatie driepartijenbetaalkaartschema en co-brandingpartner daarbij van betekenis is. Vergoedingen zijn gelijkwaardig in effect als zij feitelijk een derde (kunnen) overtuigen met een betaalkaartschema samen te werken, kaarten te verspreiden of betalingstransacties stimuleren, ongeacht of dat effect is beoogd. Mastercard en Visa betogen daarentegen dat de financieringsbron van de betalingen aan de co-brandingpartner doorslaggevend is, omdat vergoedingen van de accepterende kant van het betaalkaartschema tot verhoging van de (transactie)kosten voor handelaren en daarmee voor consumenten leiden. Omdat bij een driepartijenbetaalkaartschema de bron van de vergoedingen niet duidelijk is, mag, zo stellen Mastercard en Visa, worden verondersteld dat de vergoedingen van de accepterende kant van het schema komen en impliciete afwikkelingsvergoedingen zijn, behoudens door het driepartijenbetaalkaartschema te leveren (tegen)bewijs.

8.3.1. In de eerste plaats is dus van belang of artikel 5 van de Verordening aldus moet worden gelezen dat het ook betrekking heeft op vergoedingen die een co-brandingpartner ontvangt van het betaalkaartschema, als die co-brandingpartner geen uitgever is. Net als bij de definitie van afwikkelingsvergoeding en nettocompensatie in artikel 2, punten 10 en 11, blijkt ook uit de bewoordingen van artikel 5 van de Verordening dat het moet gaan om vergoedingen die een uitgever ontvangt van het betaalkaartschema. Als een cobranding-

partner dus geen uitgever is, brengt een letterlijke uitleg van artikel 5 van de Verordening met zich dat die bepaling niet van toepassing is.

8.3.2. Maar ook hier geldt dat bij de uitlegging rekening gehouden moet worden met de context en de doelstelling van de regeling waarvan zij deel uitmaakt. Zoals hiervoor al onder verwijzing naar het Amex-arrest (punten 70 en 71) is opgemerkt, heeft het Hof onder verwijzing naar de doelstellingen van de Verordening geoordeeld dat niet kan worden uitgesloten dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als een impliciete afwikkelingsvergoeding, ook als de co-brandingpartner niet optreedt als uitgever. Dat vormt een aanwijzing dat artikel 5 van de Verordening ook betrekking heeft op vergoedingen die een co-brandingpartner ontvangt van het betaalkaartschema.

8.3.3. Dit leidt het College tot de volgende vraag: 3. Moet artikel 5 van de Verordening aldus worden uitgelegd dat het ook betrekking heeft op vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een cobrandingpartner ontvangt van het betaalkaartschema, als de co-brandingpartner geen uitgever is?

8.4. Als deze vraag bevestigend wordt beantwoord, moet vervolgens worden onderzocht of het oogmerk of het effect van de vergoedingen gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. In dat verband rijst de vraag wanneer vergoedingen, met inbegrip van de nettocompensatie, die een driepartijenbetaalkaartschema betaalt aan de co-brandingpartner het oogmerk of effect hebben dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Verder is de vraag of ook het effect van die vergoedingen nog moet worden onderzocht, als eenmaal is vastgesteld dat een vergoeding een gelijkwaardig oogmerk heeft als een afwikkelingsvergoeding.

8.5.1. Volgens de advocaat-generaal in de Amex-conclusie hebben, zoals hiervoor ook al opgemerkt, de mogelijke vergoedingen die een driepartijenbetaalkaartschema direct of indirect betaalt aan de co-brandingpartners met wie een uitbreidingsovereenkomst wordt gesloten *een oogmerk en/of effect* [cursivering College] dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding bij vierpartijenbetaalkaartschema's (zie punt 95). In voetnoot 44 noemt hij het toekennen van punten voor loyaliteitsprogramma's van luchtvaartmaatschappijen door American Express op co-branded kredietkaarten (Amex/Alitalia, Amex/Iberia,

Amex/Air France etc.) als voorbeeld van een indirecte vergoeding waarvan het *effect* [cursivering College] gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Ook wijst hij erop dat in het licht van de opzet en het doel van de Verordening het zo is dat als een medewerkende derde (zoals een co-brandingpartner of agent) van het driepartijenbetaalkaartschema een vergoeding ontvangt, het bedrag daarvan wordt meegenomen in de prijs van de dienst en door de consument wordt betaald. Er is volgens de advocaat-generaal duidelijk sprake van indirecte vergoedingen die weliswaar worden betaald in ruil voor toegang tot het klantenbestand van de medewerkende ondernemingen, maar uiteraard kosten zijn waarvan het *effect* [cursivering College] gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding bij vierpartijenbetaalkaartschema's of oneigenlijke driepartijenbetaalkaartschema's (zie punt 96). Een aanwijzing wat het oogmerk of effect van de afwikkelingsvergoeding is, kan worden gevonden in punt 132 van de Amex-conclusie. Daar betoogt de advocaat-generaal dat de gelijkstelling van via een co-branding of agent uitgebreide driepartijenbetaalkaartschema's aan vierpartijenbetaalkaartschema's voldoet aan het evenredigheidsbeginsel, omdat het gaat om een adequate maatregel om gelijke concurrentievoorwaarden tot stand te brengen tussen betaalkaartschema's die gebruiken van derden om hun activiteiten uit te breiden en in ruil hiervoor afwikkelingsvergoedingen of daarmee gelijk te stellen vergoedingen betalen aan die derden.

8.5.2. Het Hof gaat in het Amex-arrest niet in op het oogmerk en/of effect van de afwikkelingsvergoeding. Wel sluit het Hof niet uit dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als een impliciete afwikkelingsvergoeding in de zin van overweging 28 van de Verordening, zonder dat de co-brandingpartner of de agent waarmee het driepartijenbetaalkaartschema een overeenkomst heeft gesloten, noodzakelijkerwijs betrokken is in de uitgifteactiviteit van het driepartijenbetaalkaartschema (punt 71 van het arrest). Deze – voorzichtige – formulering van het Hof zou erop kunnen duiden dat niet a priori vast staat dat een vergoeding van een driepartijenbetaalkaartschema aan de cobrandingpartner een gelijkwaardig effect heeft aan de afwikkelingsvergoeding bij een vierpartijenbetaalkaartschema.

8.5.3. De regulering van afwikkelingsvergoedingen in de Verordening heeft blijkens overweging

10 van de Verordening tot doel een betere werking van de interne markt teweeg te brengen en bij te dragen tot een vermindering van de transactiekosten voor consumenten. De toepasbaarheid van deze regulering op driepartijenbetaalkaartschema's is volgens de Uniewetgever noodzakelijk omdat deze schema's in bepaalde gevallen als vierpartijenbetaalkaartschema's worden beschouwd en zij beoordeeld worden volgens dezelfde regels als laatstgenoemde, teneinde rekening te houden met het bestaan van impliciete afwikkelingsvergoedingen en om bij te dragen tot de verwezenlijking van gelijke concurrentievoorwaarden (zie overweging 28 van de Verordening). Voor het College is niet duidelijk of de gelijkstelling van driepartijenbetaalkaartschema's met co-brandingpartner aan vierpartijenbetaalkaartschema's steeds dwingt tot onderzoek of de vergoedingen die een driepartijenbetaalkaartschema aan een co-brandingpartner betaalt tot vergelijkbare (markt-)problemen leiden als bij een vierpartijenbetaalkaartschema.

8.5.4. Uit de overwegingen van en het bepaalde in de Verordening kan het College niet afleiden wat precies het oogmerk of effect is van de afwikkelingsvergoeding. De Europese Commissie heeft over de rechtvaardiging van de afwikkelingsvergoeding in het "Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions, SWD(2013) 288 final" (Working Document 2013) het volgende opgemerkt:

"(...) Generally, the justification for charging a MIF [multilateral interchange fee] has been to stimulate the card issuing business by increasing their revenues from card payments. Issuing banks often use part of the revenues from these inter-bank fees to incentivise the use of payment cards through bonuses (air miles, etc.). In principle, the higher the interchange fees the more card use is stimulated by issuing banks. Cardholders are therefore encouraged by bonuses and other rewards to use cards that generate higher fees. Hence, on the cardholder side, typically the direct cost of using the payment instrument is often not

apparent unless merchants convey the information about the costs to consumers or turn down costly payment instruments, both of which they are reluctant to do for fear of losing business.

Usually, MIFs are justified by card schemes and card issuers either as a means to make a merchant cover the costs to the issuing banks or as a means to encourage consumers to use a payment card. In accordance with this theory, MIF enables low cardholder fees and allows card issuers to encourage the frequent use of the card by offering bonuses to consumers (e.g. air miles).” (Working document 2013, volume 1/2, p. 11)

8.5.5. Uit de Amex-conclusie en uit de totstandkominggeschiedenis van de Verordening zou kunnen worden afgeleid dat artikel 5 van de Verordening aldus moet worden uitgelegd dat vergoedingen een oogmerk hebben dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding als die vergoedingen de bedoeling hebben om een derde, in dit geval de co-brandingpartner, ervan te overtuigen met een gereguleerd betaalkaartschema samen te werken om hun kaarten te verspreiden en/of toegang te krijgen tot hun klantenbestand en/of activiteiten te ontplooiën om kaarten te laten afnemen en/of transacties met hulp van kaarten te stimuleren. Daarmee zou dat oogmerk zijn gericht op uitbreiding van de activiteiten van het betaalkaartschema. In lijn daarmee zou het effect van een vergoeding gelijkwaardig zijn aan de afwikkelingsvergoeding indien die vergoeding ertoe leidt dat de activiteiten van de betaalkaartschema's uitbreiden.

8.5.6. Dit leidt het College tot de volgende vragen.

4a. Moet artikel 5 van de Verordening zo worden uitgelegd dat een vergoeding, met in begrip 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?

4b. Moet artikel 5 van de Verordening aldus worden uitgelegd dat een vergoeding, met in begrip 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?

4c. Als het antwoord op deze vragen 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?

8.6.1. De rechtbank heeft, zoals hiervoor overwogen, geoordeeld dat de gelijkwaardigheid van het oogmerk of effect van de vergoedingen van een driepartijenbetaalkaartschema aan een co-brandingpartner moet worden beoordeeld in het licht van de doelstellingen van de Verordening. Daarbij moet volgens de rechtbank het effect van de vergoedingen die het driepartijenbetaalkaartschema aan de co-brandingpartner betaalt voor de interne markt en de transactiekosten van consumenten worden onderzocht. De rechtbank lijkt daarmee niet het standpunt van ACM te onderschrijven dat het effect van die vergoedingen niet meer hoeft te worden onderzocht, als eenmaal is vastgesteld dat een vergoeding een gelijkwaardig oogmerk heeft als een afwikkelingsvergoeding.

8.6.2. Het College leidt uit de alternatieve formulering “of” in artikel 5 van de Verordening af dat een vergoeding al voor de toepassing van artikel 4 van de Verordening gelijk moet worden gesteld aan een afwikkelingsvergoeding als die vergoeding een oogmerk heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. In dat geval hoeft dus niet meer te worden onderzocht of de vergoeding ook een gelijkwaardig effect heeft als een afwikkelingsvergoeding. Niet kan echter worden uitgesloten dat in het licht van de doelstelling van de Verordening om voor de consument de gevolgen te verlichten van de kosten die gemoeid zijn met op betaalkaarten gebaseerde betalingstransacties, vooral het effect van de vergoeding van belang is om die vergoeding voor de toepassing van artikel 4 van de Verordening beschouwd moet worden als deel van de afwikkelingsvergoeding.

8.6.3. Dit leidt het College tot de volgende vraag.

5. Moet artikel 5 van de Verordening aldus worden uitgelegd dat een vergoeding al voor de toepassing van artikel 4 van de Verordening beschouwd moet worden als deel van de afwikkelingsvergoeding als de vergoeding een oogmerk heeft dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding?

Vragen over de uitleg van het begrip nettocompensatie

9.1. Zoals eerder overwogen, wordt op grond van artikel 2, punt 11, van de Verordening onder nettocompensatie verstaan 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. In overweging 31 van de Verordening wordt, zoals onder 7.3.2 al opgemerkt, de nettocompensatie in verband gebracht met het omzeilingsverbod van artikel 5 van de Verordening. 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.

9.2. ACM wijst er naar het oordeel van het College terecht op dat de begrippen “betalingen, kortingen en stimulansen” en “vergoedingen” in overweging 31 van de Verordening betrekking hebben op twee te onderscheiden vergoedingenstromen. De ene vergoedingenstroom betreft betalingen van het betaalkaartschema aan de uitgever, of in het in geval van een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner, aan de cobrandingpartner, in de vorm van “betalingen, kortingen of stimulansen”. De andere – tegengestelde – vergoedingenstroom betreft de “vergoedingen” die de uitgever, of in het in geval van een driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner, de co-brandingpartner aan het betaalkaartschema betaalt. De laatstgenoemde vergoedingen worden in mindering gebracht op de “betalingen, kortingen en stimulansen”.

9.3. Het gaat in deze zaken om die tegengestelde vergoedingenstroom: de “vergoedingen” die KLM als co-brandingpartner aan Amex als betaalkaartschema betaalt. Daarbij is in geschil welke vergoedingen van de co-brandingpartner aan het driepartijenbetaalkaartschema betrokken mogen worden bij de berekening van het “nettototaalbedrag” en of het daarbij moet gaan om een “monetaire” vergoeding. Wanneer ook niet-monetaire vergoedingen van de co-brandingpartner aan het driepartijenbetaalkaartschema bij de berekening

van het “nettototaalbedrag” kunnen worden betrokken, dan rijst de vraag hoe de waarde van de niet-monetaire (tegen)prestatie in het kader van nettocompensatie moet worden vastgesteld.

9.4.1. Zowel Amex als KLM stellen zich op het standpunt dat bij de berekening van het nettototaalbedrag rekening moet worden gehouden met de handelarenvergoeding (merchant service charge) die KLM betaalt aan Amex voor het accepteren van kredietkaarttransacties.

9.4.2. ACM stelt zich op het standpunt dat de handelarenvergoeding die KLM aan Amex betaalt niet bij de berekening van het nettototaalbedrag kan worden betrokken. Deze handelarenvergoeding vloeit voort uit de tussen Amex en KLM gesloten Card Acceptance Agreement, waarbij Amex in de hoedanigheid van accepteerder met KLM als winkelier contracteert over de acceptatie van op kaarten gebaseerde betalingstransacties. Dit betekent volgens ACM dat de rechtsverhouding waaruit de vergoeding voortvloeit geen betrekking heeft op het gezamenlijk uitgeven van kaarten in de zin van artikel 1, vijfde lid, van de Verordening. Daarnaast vallen de kosten die KLM als winkelier dient te betalen buiten de definitie van nettocompensatie. De voorzieningenrechter van de rechtbank heeft in zijn uitspraak van 24 juli 2019 dit standpunt gevolgd. Daarbij heeft hij erop gewezen dat elke winkelier een dergelijke vergoeding aan Amex moet betalen voor het accepteren van betalingen via de kredietkaart door Amex.

9.4.3. Niet in geschil is dat de handelarenvergoeding die KLM aan Amex betaalt voortvloeit uit de met Amex gesloten Card Acceptance Agreement. Een handelarenvergoeding is een door de begunstigde aan de accepteerder betaalde vergoeding in verband met op kaarten gebaseerde betalingsstransacties (artikel 2, punt 12, van de Verordening). Het betreft dus een vergoeding in de relatie tussen de begunstigde enerzijds en de accepteerder anderzijds. De nettocompensatie (en overweging 31 van de Verordening) ziet op vergoedingen in de relatie tussen de uitgever enerzijds en het betaalkaartschema anderzijds. Dat biedt steun aan het standpunt van ACM dat de handelarenvergoeding die KLM aan Amex betaalt, niet bij de berekening van het nettototaalbedrag kan worden betrokken. Daar staat tegenover dat, zoals eerder overwogen, het begrip nettocompensatie vooral is toegesneden op een vierpartijenbetaalkaartschema. Anders dan in een vierpartijenbetaalkaart-

schema, biedt het betaalkaartschema in een driepartijenbetaalkaartschema zelf diensten aan voor de acceptatie en uitgifte. Amex is als betaalkaartschema hier dus zowel uitgever als accepteerder en ontvangt van KLM vergoedingen, die naar de letter van artikel 2, punt 12, van de Verordening, ook verband houden met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten. Verder is van belang dat naast de Card Acceptance Agreement ook de co-brandingsovereenkomst, onderdeel is van de overkoepelende Framework Agreement. ACM beschouwt de vergoeding die Amex aan KLM betaalt (signing bonus) voor het aangaan van die overeenkomsten als een vergoeding in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten als bedoeld in artikel 2, punt 11, van de Verordening. Die vergoeding is volgens ACM een prikkel voor KLM om de cobrandingsamenwerking met Amex aan te gaan en voort te zetten.

9.4.4. Dit leidt het College tot de volgende vraag.

6. Moet artikel 2, punt 11, van de Verordening 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?

9.5.1. Verder stellen zowel Amex als KLM zich op het standpunt dat bij de berekening van het nettototaalbedrag rekening moet worden gehouden met de kosten in verband met het toekennen van de Miles.

9.5.2. ACM stelt zich op het standpunt dat bij nettocompensatie als bedoeld in de Verordening alleen (monetaire) vergoedingen in mindering mogen worden gebracht op het totaalbedrag. ACM verwijst in de eerste plaats naar overweging 31 van de Verordening, waarin de nettocompensatie wordt toegelicht en in het bijzonder naar de daarin opgenomen zinsnede “verminderd met de vergoedingen die de uitgever aan het betaalkaartschema heeft betaald”. ACM verbindt hieraan de conclusie dat kosten of een economische tegenwaarde van de prestatie van een uitgever dan wel co-brandingpartner niet in mindering mogen worden gebracht op het totaalbedrag dat Amex voor Miles aan KLM betaalt. In de tweede plaats stelt ACM dat KLM en niet Amex de Miles aan de

kaarthouder verstrekt. In de derde plaats wijst ACM erop dat een andere opvatting ertoe zou leiden dat de doelstelling van de Verordening, het tegengaan van hoge en uiteenlopende afwikkelingsvergoedingen, ondergraven wordt. Indien kosten of een economische tegenwaarde van een prestatie van de co-brandingpartner in mindering kunnen worden gebracht op het totaalbedrag dat hij heeft ontvangen van een betaalkaartschema, dan kan dat makkelijk leiden tot een omzeiling van de maximale afwikkelingsvergoeding. Een betaalkaartschema zou dan aanzienlijke betalingen aan de cobrandingpartner kunnen doen voor Miles als zij de kosten die de co-brandingpartner daarvoor moet maken op die betalingen in mindering mag brengen. Met artikel 5 van de Verordening heeft de Uniewetgever die omzeiling juist willen voorkomen.

9.5.3. Het College is met KLM en Amex van oordeel dat Amex Miles verstrekt aan haar kaarthouders op basis van de contractuele relatie tussen Amex en die kaarthouders. Daartoe koopt Amex de Miles eerst in bij KLM. Deze Miles hebben een waarde en de vraag is of Amex die waarde in mindering mag brengen op het totaal aan vergoedingen die zij betaalt aan KLM. De bewoordingen van de definitie van nettocompensatie in artikel 2, punt 11, van de Verordening dwingen er niet toe bij de berekening van het nettototaalbedrag uitsluitend monetaire vergoedingen te betrekken. Ook uit overweging 31 van de Verordening volgt niet zonder meer dat bij nettocompensatie uitsluitend monetaire vergoedingen en niet de waarde van een contractueel overeengekomen tegenprestatie in mindering kan worden gebracht. Het ligt naar het oordeel van het College op zichzelf in de rede om in het geval dat een monetaire vergoeding een tegenprestatie is voor een product of dienst die het betaalkaartschema afneemt bij de uitgever of co-brandingpartner, ook de waarde van de prestatie bij de vaststelling van de nettocompensatie te betrekken. Als dat niet zo zou zijn, dan zou het totaalbedrag in economische zin een brutobedrag zijn.

9.5.4. ACM wijst er terecht op dat het in mindering brengen van de waarde van de prestatie bij de vaststelling van de nettocompensatie niet ertoe mag leiden dat de maximale afwikkelingsvergoeding wordt omzeild. In dit verband rijst de vraag hoe de waarde van de niet-monetaire (tegen)prestatie in het kader van nettocompensatie moet worden vastgesteld.

9.5.5. ACM heeft bij haar beoordeling of Amex aan de last onder dwangsom heeft voldaan, in lijn met de uitspraak van de voorzieningenrechter in deze procedure, geaccepteerd dat Amex de waarde van de door haar ingekochte Miles in mindering brengt op de vergoeding die Amex voor de Miles betaalt. Partijen verschillen in dat verband van mening over de berekening van die waarde. Volgens ACM mag deze waarde niet meer zijn dan de kosten van de daadwerkelijke tegenprestatie die KLM voor een toegekende Mile moet leveren en moet bij de berekening rekening worden gehouden met de ervaringsregel dat Miles niet voor 100% worden verzilverd. Daartegenover betogen Amex en KLM dat de waarde van de Miles (precies) overeenkomt met de tussen Amex en KLM overeengekomen Milesvergoeding. Verder wijst KLM erop dat het van haar als co-brandingpartner niet gevegd kan worden dat zij bedrijfsgevoelige informatie moet delen met haar contractspartij (Amex) om te bepalen wat de kosten zijn van de daadwerkelijke tegenprestatie die zij voor een toegekende Mile moet leveren.

9.5.6. Dit leidt het College tot de volgende vragen.

7a. Moet artikel 2, punt 11, van de Verordening 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?

7b. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag, op basis van welke maatstaven moet die waarde worden vastgesteld?

10. Gezien het voorgaande zal het College zich tot het Hof van Justitie wenden met de hierna in de beslissing geformuleerd juridiciële vragen.

Verder verloop van de procedure

11. In afwachting van het arrest van het Hof van Justitie zal iedere verdere beslissing worden aangehouden.

Beslissing

Het College:

– verzoekt het Hof van Justitie bij wijze van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de volgende vragen:

1. Moet artikel 2, punt 11, van Verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoe-

dingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties (de Verordening) 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 de Verordening gelezen in samenhang met artikel 2, punt 10, tweede zin, aldus worden uitgelegd dat de nettocompensatie direct onder het bereik van artikel 4 valt?

3. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4a. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4b. Moet artikel 5 van de Verordening 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?

4c. Als het antwoord op deze vragen 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 de Verordening aldus worden uitgelegd dat een vergoeding al voor de toepassing van artikel 4 van de 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 de Verordening 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?

7a. Moet artikel 2, punt 11, van de Verordening 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?

7b. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag, op basis van welke maatstaven moet die waarde worden vastgesteld?

– houdt iedere verdere beslissing aan.

NOOT

1. De hierboven afgedrukte uitspraken («JOR» 2024/37, «JOR» 2024/38, «JOR» 2024/39 en «JOR» 2024/40) gaan over transacties met betaalkaarten, meer in het bijzonder over de kosten die daarmee samenhangen. Eerder beantwoordde het Hof van Justitie van de Europese Unie al twee prejudiciële vragen over betaalkaartschema's (HvJ EU 7 februari 2018, zaak C-304/16, ECLI:EU:C:2018:66 (*Amex*)). Alleen al door de vragen die het CBb heeft gesteld in de zaak over de samenwerking tussen American Express en Air France/KLM staat vast dat er nog meer uitspraken zullen volgen. Om de nu te bespreken uitspraken goed te begrijpen is enige uitleg over de achtergrond nodig; een uitgebreidere toelichting staat in de conclusie van A-G Campos Sánchez-Bordona bij het *Amex*-arrest, ECLI:EU:C:2017:524.

2. Er zijn vele manieren om elektronische betalingen te verrichten. Een daarvan is met een betaalkaart. Dit kan zijn een debetkaart, zoals een bankpas of een prepaidkaart, of een kredietkaart/credit card. Bij betalingstransacties met betaalkaarten zijn meerdere partijen betrokken, tussen wie verschillende rechtsbetrekkingen bestaan.

Kort gezegd worden de op transacties met betaalkaarten toepasselijke regels en afspraken aangeduid als "betaalkaartschema"; "betaalkaartnetwerk" en "betaalkaartsysteem". In Verordening (EU) 2015/751 ("Verordening") wordt "betaalkaartschema" gedefinieerd als "een geheel van regels, praktijken, normen en/of uitvoeringsrichtsnoeren ten behoeve van de uitvoering van op kaarten gebaseerde betalingstransacties dat los staat van een infrastructuur die of een betaalsysteem dat de werking ervan ondersteunt, en dat een voor de werking van het schema verantwoordelijk(e) specifiek(e) besluitvormingsorgaan, -organisatie of -entiteit omvat". Soms wordt ook wel de exploitant van een betaalkaartschema zelf met die term aangeduid.

3. De hoeveelheid bij een betaalkaartschema betrokken partijen kan verschillen. Het in de EU meest voorkomende betaalkaartschema is het vierpartijenbetaalkaartschema. Bij een betalingstransactie binnen een dergelijk schema zijn vier partijen betrokken: (1) de kaarthouder: degene die de kaart gebruikt om een betaling te doen, (2) de handelaar: degene die door de kaarthouder met de kaart wordt betaald voor aan de kaarthouder verkochte goederen of geleverde diensten, (3) de uitgever of "issuer": de betalingsdienstaanbieder die de kaart heeft uitgegeven en aan de kaarthouder ter beschikking heeft gesteld, en (4) de accepteerder of "acquirer": de betalingsdienstaanbieder die de handelaar diensten verleent waardoor deze elektronisch kan worden betaald. Doorgaans zijn uitgever en accepteerder banken. Daarnaast is betrokken de exploitant van het betaalkaartschema, die de clearing en afwikkeling van betaalopdrachten uitvoert. Bekende voorbeelden van vierpartijenbetaalkaartschema's zijn Mastercard en Visa. Binnen de EU wordt het driepartijenbetaalkaartschema minder gebruikt. In een dergelijk schema zijn de rollen van uitgever en accepteerder belegd bij één partij, namelijk de beheerder van het betaalkaartschema. De kaarthouder en de handelaar hebben ieder een directe relatie met de exploitant van het betaalkaartschema, die dus zelf de kaart aan de kaarthouder geeft en zelf een overeenkomst sluit met de handelaar voor de acceptatie van de betalingen met de betaalkaart. Een bekend voorbeeld van een driepartijenbetaalkaartschema is American Express.

4. In een vierpartijenbetaalkaartschema ontvangt de exploitant van het betaalkaartschema een ver-

goeding van de uitgevende en accepterende financiële instellingen voor de clearing en afwikkeling van betaalopdrachten. Daarnaast ontvangt de exploitant een vergoeding voor gebruik van het merk van het betaalkaartschema. De accepteerder, dus de financiële instelling aan de zijde van de handelaar, betaalt verder een vergoeding aan de uitgever van de betaalkaart. Deze vergoeding heet de afwikkelingsvergoeding. De accepteerder zal de betaalde afwikkelingsvergoeding meestal doorbelasten aan de handelaar, via de handelarenvergoeding. De handelaar, op zijn beurt, zal de vergoeding doorgaans weer verwerken in de prijs die kaarthouders moeten betalen voor de goederen en diensten die aan hen zijn verkocht respectievelijk geleverd. En zo komen de kosten voor gebruik van de betaalkaart uiteindelijk ten laste van de kaarthouders. Die hebben dat niet (altijd) in de gaten. Tegelijkertijd kunnen uitgevers van kaarten klanten stimuleren de betaalkaart zo veel mogelijk te gebruiken, door kortingen, bonussen, gratis verzekeringen, etc. aan te bieden. Als de klant daar gevoelig voor is, zal hij de kaart vaker gebruiken, waardoor de uitgever meer afwikkelingsvergoedingen ontvangt, die de klant uiteindelijk weer zelf betaalt. Om consumenten (*“een natuurlijke persoon die in het kader van een betalingsdienstovereenkomst die onder deze verordening valt, voor doeleinden buiten zijn handels-, bedrijfs- of beroepswerkzaamheden handelt”*; zie art. 2, aanhef en onder 3, van de Verordening) te beschermen zijn in de Verordening de afwikkelingsvergoedingen in vierpartijenbetaalkaartschema beperkt tot 0,2% van de transactiewaarde in het geval van een debetkaarttransactie (art. 3) en 0,3% van de transactiewaarde in het geval van een kredietkaarttransactie (art. 4). Daarnaast is in art. 5 van de Verordening een omzeilingsbepaling opgenomen, die bepaalt dat voor de toepassing van de maxima van respectievelijk 0,2 en 0,3% 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 wordt beschouwd. Met *“nettocompensatie”*: wordt bedoeld 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” (art. 2, aanhef en onder 11, van de Verordening).

5. In een driepartijenbetaalkaartschema loopt het financieel anders. Zoals gezegd, zijn er, anders dan de exploitant van het betaalkaartschema, geen financiële instellingen die de betaalkaart uitgeven of accepteren. Er wordt door de accepteerder dan ook geen afwikkelingsvergoeding betaald aan de uitgever. Voor een beperking van deze vergoedingen of – in het licht van de in art. 5 – daarmee gelijkgestelde vergoedingen bestaat in een driepartijenbetaalkaartschema dan ook geen aanleiding.

6. De praktijk is soms echter complexer. Er zijn driepartijenbetaalkaartschema's waarbij toch nog andere partijen betrokken zijn. Ten eerste zijn er schema's waarin merklicentieovereenkomsten worden gesloten met andere financiële instellingen, zodat deze instellingen de betaalkaarten van het schema kunnen uitgeven of accepteren. Daarnaast worden driepartijenbetaalkaartschema's soms uitgebreid door kaarten uit te geven samen met een co-brandingpartner of via een agent. In die gevallen kan sprake zijn van betalingen tussen het driepartijenbetaalkaartschema en de derde. Art. 1 lid 5 van de Verordening bepaalt daarom dat 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 dat samen met een co-brandingpartner of via een agent op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uitgeeft, als een vierpartijenbetaalkaartschema wordt aangemerkt. De beperkingen ten aanzien van de te betalen afwikkelingsvergoedingen gelden dan ook voor een dergelijk driepartijenbetaalkaartschema. In het Amex-arrest heeft het HvJ EU bovendien beslist dat het in het kader van een overeenkomst tussen een co-brandingpartner of een agent enerzijds en een driepartijenbetaalkaartschema anderzijds, niet is vereist dat die co-brandingpartner of agent handelt als uitgever van de betaalkaart om deze samenwerking onder het beschermingsbereik van de Verordening te brengen.

7. In de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBb inzake de samenwerking tussen Ame-

rican Express en Air France/KLM gaat het om een driepartijenbetaalkaartschema met co-branding. American Express exploiteert samen met haar dochterondernemingen het American Express-betaalkaartschema. Zij is met KLM een samenwerking aangegaan om credit cards aan te bieden aan klanten van Air France/KLM. Deze co-branded kredietkaarten dragen zowel het logo van American Express als dat van Air France/KLM, en geven onder meer toegang tot het Flying Blue-loyaliteitsprogramma van Air France/KLM, waarbij klanten Miles kunnen sparen en inwisselen voor vluchten of andere diensten. De samenwerking is vastgelegd in twee overeenkomsten die liepen van 1 juni 2011 tot 1 juni 2019. De samenwerking is verlengd na een door American Express gewonnen tender. American Express is de uitgever en accepteerder van de kredietkaarten, zodat er geen afwikkelingsvergoeding wordt betaald. American Express betaalt Air France/KLM wel verschillende (andere) vergoedingen voor de samenwerking, waaronder voor het gebruik van de handelsmerken, voor de toegang tot Flying Blue en voor de inkoop van Miles die American Express aan kaarthouders toekent bij gebruik van de betaalkaart. Deze vergoedingen vormen de aanleiding voor deze procedure. Zij overstijgen volgens de ACM namelijk het op grond van de Verordening maximaal toegestane percentage van 0,3 in aanzienlijke mate. Om die reden heeft de ACM aan American Express een last onder dwangsom opgelegd die ertoe strekt dat American Express aan KLM in het kader van de co-brandingsamenwerking een vergoeding mag betalen die per transactie niet meer bedraagt dan 0,3% van de transactiewaarde. Dit op straffe van een dwangsom van € 500.000 per (gedeelte van een) dag tot een maximum van € 10 miljoen.

8. De tegenwerping van American Express en KLM, dat betalingen van American Express aan KLM niet kunnen worden aangemerkt als afwikkelingsvergoeding omdat Air France/KLM niet kan worden gelijkgesteld aan een uitgever in de zin van de Verordening, wordt door de rechtbank en het CBb eenvoudig gepasseerd. Uit de Verordening en het Amex-arrest volgt dat een driepartijenbetaalkaartschema dat een co-brandingovereenkomst sluit, steeds als een vierpartijenbetaalkaartschema moet worden aangemerkt, ook als de co-brandingpartner in betaaltechnische zin niet handelt als uitgever.

9. Het HvJ EU heeft in het Amex-arrest echter niet de vervolgvraag beantwoord welke gevolgen het gelijkstellen van een driepartijenbetaalkaartschema met co-branding aan een vierpartijenbetaalkaartschema heeft. Een afwikkelingsvergoeding in een vierpartijenbetaalkaartschema wordt betaald door de accepteerder aan de uitgever, terwijl de beslissing van het HvJ EU om een driepartijenbetaalkaartschema ook gelijk te stellen aan een vierpartijenbetaalkaartschema als de co-brandingpartner niet handelt als uitgever, niet betekent dat de positie van de partijen in het driepartijenbetaalkaartschema materieel ook hetzelfde is. Moeten alle betalingen aan de co-brandingpartner die in betaaltechnische zin geen kredietkaart uitgeeft toch gelijk worden gesteld met betalingen aan een uitgever in een vierpartijenbetaalkaartschema? De ACM was van oordeel dat dit inderdaad het geval is en dat alle vergoedingen die American Express aan KLM betaalt moeten worden aangemerkt als impliciete afwikkelingsvergoeding. De oordelen van de rechtbank en het CBb lopen uiteen.

11. De rechtbank is van oordeel dat het stellen van prejudiciële vragen over de uitleg van de Verordening niet nodig is en meent zelf antwoord te kunnen geven op de door het HvJ EU nog niet beantwoorde vraag. Er zijn volgens de rechtbank weliswaar misschien meerdere interpretaties mogelijk van toepasselijke regels van de Verordening, maar er kan geen redelijke twijfel bestaan over de juiste interpretatie van de Verordening. De rechtbank wijst erop dat de door vierpartijenbetaalkaartschema's veroorzaakte belemmeringen van de interne markt en hogere consumentenprijzen de aanleiding voor de Verordening vormden. Driepartijenbetaalkaartschema's waren in dat stadium van het wetgevingsproces nog geheel buiten schot. De gelijkstelling van een driepartijenbetaalkaartschema met een co-brandingpartner of agent met een vierpartijenbetaalkaartschema is in een laat stadium van het wetgevingsproces aan de Verordening toegevoegd door het Europees Parlement. Pas op dat moment werd in de Verordening als doelstelling het creëren van een level playing field tussen vierpartijenbetaalkaartschema's en driepartijenbetaalkaartschema's met een co-brandingpartner of agent van belang. Deze laatste doelstelling moet volgens de rechtbank steeds in samenhang met de primaire doelstelling van de Verordening worden gezien, omdat anders niet valt niet in te

zien waarom driepartijenbetaalkaartschema's niet in het algemeen onder de reikwijdte van de Verordening zijn gebracht. Om die reden moet worden beoordeeld of de vergoedingen die in een driepartijenbetaalkaartschema worden betaald aan een co-brandingpartner die geen uitgever is tot vergelijkbare problemen – namelijk marktfaalen – leiden als bij een vierpartijenbetaalkaartschema. Alleen dan kan volgens de rechtbank de doelstelling van het level playing field worden geactiveerd. Zou de gelijkstelling van de vergoedingen absoluut zijn, dan kan dat volgens de rechtbank ertoe leiden dat ongelijke gevallen gelijk worden behandeld. Daarom moet het effect worden onderzocht dat de betalingen aan de co-brandingpartner kunnen hebben op de interne markt en op de transactiekosten van consumenten. Het standpunt van de ACM, dat alle vergoedingen die American Express aan KLM betaalt moeten worden aangemerkt als impliciete afwikkelingsvergoeding, is daarom volgens de rechtbank onvoldoende gemotiveerd. De rechtbank vernietigt om die reden de beslissing op bezwaar, zonder de ACM in de gelegenheid te stellen het motiveringsgebrek op grond van art. 8:51a Awb in beroep te herstellen (bestuurlijke lus).

12. Ook het CBB ziet dat er meerdere interpretaties mogelijk zijn. Het CBB meent, anders dan de rechtbank, echter dat er redelijkerwijs wel twijfel mogelijk is over de juiste interpretatie van de Verordening. Om die reden formuleert het CBB tien prejudiciële vragen aan het HvJ EU over de kwalificatie van de betalingen die American Express in het driepartijenbetaalkaartschema aan co-brandingpartner KLM doet. De vragen hebben een mate van detaillering die een samenvatting uitdagerend maken. De vragen zijn bovendien in belangrijke mate voorwaardelijk, in de zin dat relevantie van bepaalde vragen afhangt van de beantwoording van voorgaande vragen. Het voert daarom wat ver om in deze annotatie alle vragen en mogelijke antwoorden uit te werken.

13. Niet alleen een driepartijenbetaalkaartschema kan worden uitgebreid, ook in een vierpartijenbetaalkaartschema kan samenwerking met derden voorkomen. Daarover gaan de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam en het CBB inzake de Bijenkorf Card. Deze door ICS uitgegeven betaalkaart betrof een kredietkaart van Mastercard. Naast de klant, de uitgever (ICS), de accepteerder, de handelaar en de exploitant (Mastercard) was in dit

vierpartijenbetaalkaartschema een extra partij betrokken: de Bijenkorf, co-brandingpartner. De Bijenkorf had een loyaliteitsprogramma opgesteld. De kaarthouder verdiende daarin punten als hij met zijn Bijenkorf Card uitgaven deed, zowel bij de Bijenkorf als elders. Het loyaliteitsprogramma had als doel het verbeteren van de relatie van de Bijenkorf met de klant en tegelijk het stimuleren van transacties met de Bijenkorf Card. In de praktijk werd de kaart voornamelijk buiten de Bijenkorf gebruikt. De Bijenkorf verrichtte ondersteunende werkzaamheden bij het uitgeven van de kredietkaarten. Zij introduceerde de Bijenkorf Card bij de klanten, verzamelde de informatie die nodig was voor een aanvraag van de betaalkaart en deed ook een eerste beoordeling daarvan. Vervolgens stuurde de Bijenkorf de aanvraag door naar ICS, die de definitieve beoordeling deed en met de klant een overeenkomst sloot en de Bijenkorf Card uitgifte. Mastercard ondersteunde de uitgifte en het gebruik van de Bijenkorf Card via betalingen aan ICS. Daarnaast betaalde ICS aan de Bijenkorf een vergoeding. Volgens de ACM moest de Bijenkorf door de werkzaamheden die zij verrichtte bij de uitgifte van de Bijenkorf Card op grond van art. 1:81 lid 2 Wft worden aangemerkt als verbonden bemiddelaar van ICS. Er was volgens de ACM sprake van het gezamenlijk uitgeven van een kredietkaart. Bovendien stelde de ACM onder verwijzing naar het Amex-arrest dat driepartijenbetaalkaartschema's met co-brandingpartner voor de toepassing van de Verordening moeten worden aangemerkt als een vierpartijenbetaalkaartschema, zelfs als de co-brandingpartner in betaaltechnische zin zelf geen uitgever is. De betaling door ICS aan de Bijenkorf moest dan ook worden gezien als afwikkelingsvergoeding (art. 4) of als vergoeding waarvan het oogmerk of het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding (art. 5). Nu zowel de door ICS aan de Bijenkorf betaalde vergoeding als de vergoeding van Mastercard aan ICS hoger lag dan 0,3% van de transactiewaarde, heeft de ACM aan Mastercard en aan ICS een last onder dwangsom opgelegd om de vergoedingen terug te brengen tot maximaal 0,3% van de transactiewaarde. Bij overtreding van de last zouden Mastercard en ICS een dwangsom verbeuren van € 250.000 per dag of gedeelte daarvan, tot een maximum van € 5 miljoen.

14. De rechtbank oordeelt dat de ACM ten onrechte een vierpartijenbetaalkaartschema met

co-brandingpartner heeft gelijkgesteld aan een vierpartijenbetaalkaartschema. Volgens de rechtbank biedt de Verordening geen basis om naast de betalingen binnen het vierpartijenbetaalkaartschema ook de betalingen aan een co-brandingpartner te beoordelen. De Verordening voorziet in een gelijkstelling van driepartijenbetaalkaartschema's met co-brandingpartner aan vierpartijenbetaalkaartschema's, maar niet in gelijkstelling van vierpartijenbetaalkaartschema's met co-brandingpartner aan vierpartijenbetaalkaartschema's. Volgens de rechtbank valt ook niet in te zien waarom een dergelijke gelijkstelling zou voortvloeien uit de doelstellingen van de Verordening. Dit betekent dat alleen de betalingen van de accepteerder aan de uitgever (ICS) – al dan niet via het betaalkaartschema (Mastercard) – worden beoordeeld. Als die voldoen aan het maximum van 0,3% van de transactiewaarde, is volgens de rechtbank gewaarborgd dat de kosten voor winkeliers en uiteindelijk de consumenten binnen de marges blijven. Betalingen die ICS aan de Bijenkorf doet die eventueel hoger zijn dan het genoemde maximum, kunnen ook slechts zijn gefinancierd met middelen die niet van de accepterende kant van het schema afkomstig zijn. Die bron van financiering is niet in de Verordening gereguleerd. Ook niet door de Verordening gereguleerd is de door Mastercard aan ICS betaalde afwikkelingsvergoeding voor transacties waarbij de handelaar/verkoper buiten de EER is gevestigd. Deze dienen buiten beschouwing te blijven. De rechtbank vernietigt dan ook het besteden besluit. Omdat met instemming van de ACM de bezwaarfase was overgeslagen (art. 7:1a Awb), betreft dit geen beslissing op bezwaar, maar het besluit tot oplegging van een last onder dwangsom aan Mastercard en ICS zelf.

15. De rechtbank heeft ook in deze zaak afgezien van het stellen van prejudiciële vragen. Of het CBb van oordeel was dat wel degelijk redelijke twijfel mogelijk was over de juiste interpretatie van de Verordening, zullen we niet weten. ICS en Mastercard hadden geen reden om in hoger beroep te gaan, omdat zij in beroep precies hadden bereikt wat ze beoogden. Het hoger beroep van concurrent American Express is niet-ontvankelijk verklaard. Al tijdens de procedure was de samenwerking tussen de Bijenkorf en ICS namelijk beëindigd, zodat geen nieuwe betaalkaarten meer zouden worden uitgeven. Ook waren de Bijenkorf Cards inmiddels geblokkeerd. American Express

beoogde met het hoger beroep herleving van de door de rechtbank vernietigde last onder dwangsom te bewerkstelligen. Dat doel zou niet meer kunnen worden behaald, zodat American Express geen procesbelang had. In de uitspraak van het CBb over samenwerking tussen American Express en Air France/KLM komt de uitspraak van de rechtbank in de Bijenkorf-zaak nog wel kort aan de orde. Het CBb benadrukt echter dat het zich door het ontbreken van procesbelang niet over het oordeel van de rechtbank heeft uitgelaten. Het is niet aan het CBb om in de uitspraak op het hoger beroep in de zaak van American Express en Air France/KLM alsnog een oordeel te geven over de uitspraak van de rechtbank over de Bijenkorf Card. Nu, gelet op de door het CBb gestelde prejudiciële vragen, het verschil in feitelijke achtergrond tussen beide zaken van groot belang is, denk ik dat de opmerking van het CBb, dat aan de rechtbankuitspraak in de Bijenkorf-zaak voor de beoordeling van de zaak over de samenwerking tussen American Express en Air France/KLM geen betekenis toekomt en dat het CBb zich dan ook niet over die uitspraak zal uitlaten, niet moet worden gelezen als een zuinig geformuleerde afkeuring van die rechtbankuitspraak. We zullen ook voor een oordeel daarover moeten wachten op toekomstige uitspraken.

mr. V.H. Affourtit
advocaat bij Houthoff in Amsterdam

Financiering, zekerheden en insolventie

41

Wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling bij verpanding onvoldoende weerlegd

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem
12 juli 2022, zaaknr. 200.292.925,
ECLI:NL:GHARL:2022:5962
(mr. Wattel, mr. Sap, mr. Israël)
Noot prof. mr. B.A. Schuijling

Faillissementspauliana. Vestiging van pandrecht door failliet. Wetenschap van benadeling van schuldeisers. Ontoereikende weerlegging van wettelijk vermoeden van wetenschap van benadeling bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld ex art. 43 lid 1 aanhef en sub 2° Fw. Verwijzing naar HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19, m.nt. Faber (ABN AMRO/van Dooren q.q. III).

[Fw art. 42, 43 lid 1 aanhef en onder 2]

De verpanding van 13/15 augustus 2019 was een onverplichte rechtshandeling waardoor de schuldeisers van failliet zijn benadeeld. Veronderstellenderwijs wordt ervan uitgegaan dat sprake is van een rechtshandeling anders dan om niet. De vraag blijft dan over of failliet en gedaagde bij het vestigen van het pandrecht wisten of behoorden te weten dat benadeling van schuldeisers het gevolg daarvan zou zijn. De curator doet in dit verband onder meer een beroep op het wettelijke vermoeden van art. 43 lid 1 aanhef en onder 2° Fw. Deze bepaling houdt in dat als de rechtshandeling waardoor de schuldeisers zijn benadeeld, is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring en de schuldenaar zich niet al voor aanvang van die termijn daartoe had verplicht, de wetenschap van benadeling, behoudens tegenbewijs, wordt vermoed aan beide zijden te bestaan bij rechtshandelingen ter voldoening van of zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld.

De rechtshandeling in kwestie – het vestigen van het pandrecht ten behoeve van gedaagde – is verricht binnen een jaar voor de faillietverklaring van failliet en failliet had zich niet al voordien daartoe verplicht. De pandgeving strekte tot zekerheid voor de voldoening van al hetgeen failliet aan gedaagde verschuldigd was (de openstaande vordering van € 130.602,07) en te eniger tijd verschuldigd zou zijn (toekomstige vorderingen van gedaagde op failliet). Op het moment van de verpanding was een gedeelte van € 26.318 van de openstaande vordering nog niet opeisbaar. Dat betekent al dat de rechtshandeling mede strekte tot zekerheidstelling voor een niet-opeisbare schuld, zodat de wetenschap van benadeling wordt vermoed aan beide zijden (zowel bij failliet als bij gedaagde) aanwezig te zijn. Het vermoeden betreft de wetenschap van benadeling door deze rechtshandeling en geldt daarmee voor de gehele rechtshandeling van de verpanding. Het is aan gedaagde om tegenbewijs te leveren, waarbij het dan gaat om de (op basis van het vermoeden aan te nemen) omstandigheid dat partijen met een redelijke mate van waarschijnlijkheid het faillissement en een tekort daarin hebben kunnen voorzien. De feiten en omstandigheden zijn onvoldoende om het wettelijke vermoeden van de wetenschap van benadeling bij failliet en gedaagde te weerleggen. De (indirect) bestuurder van failliet heeft verklaard dat de bestuurder van gedaagde vanaf 2017 geregeld langskwam op het kantoor van failliet om met hem te praten. Die bezoeken vonden plaats vanaf 2017, toen de schuld van failliet aan gedaagde begon op te lopen en failliet moeite had om aan haar betalingsverplichtingen jegens gedaagde te voldoen. Zij bespraken altijd wat failliet kon missen, wat er binnen zou komen van opdrachtgevers de komende tijd, wat er aan belastingen aan zat te komen en dergelijke. Al die informatie werd met gedaagde gedeeld. Hieruit volgt dat gedaagde wel een goed beeld had van de bedrijfsvoering en financiële mogelijkheden van failliet. Gedaagde wist dat haar eigen vordering op failliet in de loop der jaren steeds verder was opgelopen. Voor gedaagde moest verder ook duidelijk zijn dat failliet een schuld aan de bank had, gelet op het pandrecht van de bank waarvan sprake was. Bij deze stand van zaken was dan ook duidelijk dat failliet slechts kon voortbestaan zolang gedaagde haar vordering niet opeiste en diensten bleef leveren, wat geen houdbare situatie was bij het voortduren