

ECLI:NL:RBROT:2019:10984

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	24-07-2019
Datum publicatie	01-09-2023
Zaaknummer	ROT 19/2091 e.a.
Rechtsgebieden	Europees bestuursrecht Mededingingsrecht
Bijzondere kenmerken	Voorlopige voorziening
Inhoudsindicatie	Voorlopige voorziening in verband met lastoplegging door de ACM aan American Express omdat zij aan KLM in het kader van haar co-brandingsamenwerking een vergoeding betaalt die per transactie meer bedraagt dan 0,3% van de transactiewaarde als bedoeld in artikel 4 in verbanding met artikel 5 van Verordening (EU) 2015/751. Voorts wordt verzocht om schorsing van het publicatiebesluit. Op basis van de Overeenkomst betaalt Amex aan KLM een vergoeding voor Miles die aan Amex worden geleverd. Amex dient die Miles vervolgens op de door KLM vastgestelde voorwaarden aan kaarthouders in het kader van het loyaliteitsprogramma toe te kennen bij aankopen met de kredietkaart. Vooralsnog acht de voorzieningenrechter het zeker niet uitgesloten dat de vergoedingen voor Miles moeten worden beschouwd als een bruto-vergoeding en dat in tegengestelde richting de kosten die bestaan uit de waarde van de door KLM aan Amex verstrekte en door Amex vervolgens aan de kaarthouder toegekende Miles daarop in mindering moeten worden gebracht. ACM heeft nagelaten dit te doen met de tekortschietende motivering dat de Miles niet ten goede komen aan Amex, maar aan de kaarthouder. De lastoplegging lijdt daarom naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter aan een motiverings- en zorgvuldigheidsgebrek.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Bestuursrecht

zaaknummers: ROT 19/2091, ROT 19/2092, ROT 19/2093 en ROT 19/2094

uitspraak van de voorzieningenrechter van 24 juli 2019 op de verzoeken om voorlopige voorziening in de zaken tussen

1. **American Express Europe S.A.**, te Madrid (Spanje);
 2. **American Express Carte France S.A.**, te Madrid (Spanje);
 3. **Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.**, te Amstelveen (KLM),
- verzoeksters,

en

de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerder.

Procesverloop

Bij besluit van 6 maart 2019 (bestreden besluit 1) heeft ACM verzoeksters 1 en 2 (gezamenlijk genoemd Amex) een last onder dwangsom opgelegd met de volgende inhoud:

Amex dient de overtreding van artikel 4 in verbinding met artikel 5 van Verordening (EU) 2015/751 te beëindigen en beëindigd te houden. Dit betekent dat zij aan KLM in het kader van haar bestaande en toekomstige co-brandingsamenwerking een vergoeding mag betalen die per transactie niet meer bedraagt dan 0,3% van de transactiewaarde als bedoeld in artikel 4 in verbinding met artikel 5 van Verordening (EU) 2015/751.

Amex dient deze lastgeving vóór 1 juni 2019 uit te voeren. Indien zij niet, niet volledig, of niet tijdig aan deze lastgeving voldoet, dan verbeurt zij per dag of gedeelte daarvan een dwangsom van 500.000 met een maximum van 10 mln.

Amex informeert ACM uiterlijk op de laatste dag van de begunstigingstermijn schriftelijk over de wijze waarop zij aan de last heeft voldaan. Hieronder zijn begrepen de eventuele alternatieve opties die Amex eventueel toepast naar aanleiding van deze lastgeving (met betrekking tot het financiële model van de bestaande en toekomstige co-brandingsamenwerking met KLM).

Bij besluit van 12 april 2019 (bestreden besluit 2) heeft ACM besloten tot openbaarmaking van een geschoonde versie van bestreden besluit 1.

Verzoeksters hebben bezwaar gemaakt tegen de bestreden besluiten 1 en 2. Ook hebben zij de voorzieningenrechter verzocht een voorlopige voorziening te treffen.

Bij brief van 14 mei 2019 heeft ACM naar aanleiding van een verzoek van de griffier de toezegging gedaan dat ACM niet te zullen vaststellen dat Amex dwangsommen heeft verbeurd wegens niet-naleving van de aan hen opgelegde last totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan.

ACM heeft de op de zaak betrekking hebbende stukken aan de voorzieningenrechter toegezonden. Zij heeft daarbij op grond van artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) medegedeeld dat alleen de voorzieningenrechter kennis zal mogen nemen van bepaalde (gedeelten van) stukken. Bij twee beslissingen van 24 mei 2019 heeft de rechter-commissaris beslist dat beperking van kennisneming van stukken gerechtvaardigd is.

Amex en KLM hebben de rechter-commissaris toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb.

ACM heeft een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft in alle zaken achter gesloten deuren plaatsgevonden op 8 juli 2019. Amex heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. H. Hiemstra en

mr. S.M.C. Nuijten, mr. P.D. Olden, mr. A.A. Koeman, mr. M. Schaufeli, mr. J. Bakker en mr. D. Termeulen. Voorts zijn namens Amex verschenen [namen]. KLM heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. R.P. Raas en mr. J.R. van Angeren. Namens KLM is voorts verschenen [naam]. Ten behoeve van verzoeksters zijn voorts de tolken

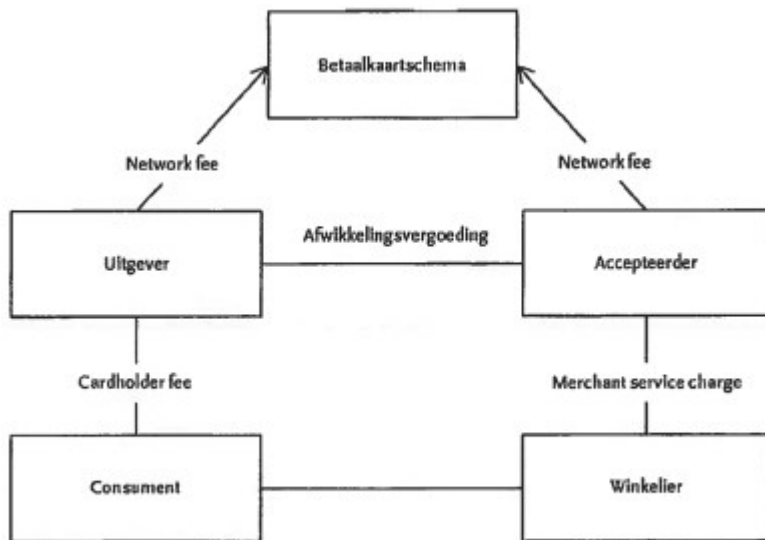
K. van den Berg en T. Gevaert verschenen. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. J. Bootsma, mr. A. Geleijnse, mr. E.L.M. Mout-Vos, en mr. R. Rodenrijs. Verder waren namens ACM aanwezig J. Hakfoort, E.K.S. Mollen en M. Koppenol.

Nadat de voorzieningenrechter het onderzoek ter zitting heeft gesloten in de zaken van Amex tegen ACM (ROT 19/2092 en ROT 19/2094), heeft de voorzieningenrechter kort het onderzoek ter zitting in de zaken van KLM tegen ACM (ROT 19/2091 en ROT 19/2093) geschorst, vervolgens wederom achter gesloten deuren en dus in afwezigheid van Amex voortgezet teneinde [naam] te horen en daarna gesloten.

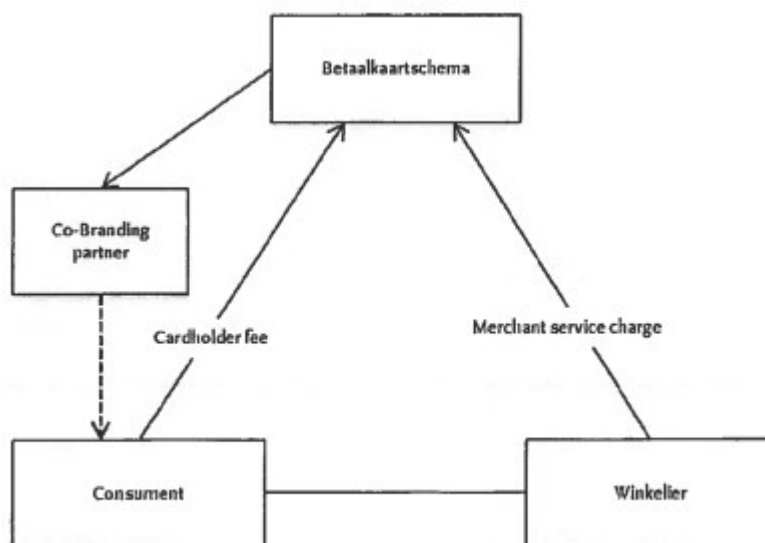
Overwegingen

Inleiding

1. Amex exploiteert een zogenoemd driepartijenbetaalkaartschema (hierna ook: driepartijenschema), dat ook in Nederland actief is. Zij geeft kredietkaarten uit aan zakelijke gebruikers en consumenten. Een groot deel van de kredietkaarten die Amex op de Nederlandse markt uitgeeft, wordt gezamenlijk met co-brandingpartner KLM uitgegeven. Een van die kredietkaarten is de Flying Blue-Amex kredietkaart die zich richt op consumenten. Volgens ACM is de afwikkelingsvergoeding die Amex aan KLM betaalt aanzienlijk hoger dan het in artikel 4 in verbinding met artikel 5 van Verordening (EU) 2015/751 (de Verordening) voorgeschreven maximum van 0,3% van de transactiewaarde dat geldt bij een vierpartijenbetaalkaartschema (hierna ook: vierpartijenschema). In dit verband is van belang dat artikel 1, vijfde lid, van de Verordening een driepartijenschema gelijkstelt aan een vierpartijenschema indien dit schema samen met een co-brandingspartner op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uitgeeft. Het doel van de maximale afwikkelingsvergoeding in de Verordening is om winkeliers en uiteindelijk consumenten te beschermen tegen de verborgen kosten van hoge vergoedingen. Door driepartijenschemas met co-brandingpartner gelijk te stellen aan vierpartijenschemas kunnen deze typen betaalkaartenschemas op gelijke voet met elkaar concurreren. In de praktijk concurreren beide schemas ook rechtstreeks met elkaar om overeenkomsten met co-brandingspartners zoals luchtvaartmaatschappijen en grootwinkelbedrijven. Schematisch zijn het vierpartijenbetaalkaartschema en het driepartijenschema met co-brandingpartner door ACM als volgt weergegeven.



Figuur 1 Vierpartijenbetaalkaartschema



Figuur 2 Driepartijenbetaalkaartschema met co-brandingpartner

Omdat volgens ACM de afwikkelingsvergoeding die KLM bij Amex in rekening te hoog is, heeft ACM aan Amex een last opgelegd die er op is gericht dat Amex voortaan geen hogere vergoedingen zal betalen aan KLM dan is toegestaan volgens de Verordening. Voorts heeft ACM besloten tot publicatie van de lastoplegging. Amex en KLM zijn het niet eens met beide besluiten. Zij menen dat ACM niet bevoegd is tot handhaving van de artikelen 4 en 5 van de Verordening. Zij betwisten voorts dat hun driepartijenschema kan worden gelijkgesteld aan een vierpartijenschema. Ook menen zij dat de verschillende vergoedingen die Amex aan KLM worden afgedragen niet vallen onder de afwikkelingsvergoeding en daarom niet worden genormeerd door de Verordening. Ten slotte hebben Amex en KLM procedurele kwesties opgeworpen en stellen zij dat zij onevenredige reputatieschade zullen ondervinden door de openbaarmaking van de lastoplegging, terwijl het openbaar te maken besluit volgens hen bovendien onvoldoende is geschoond van bedrijfsvertrouwelijke gegevens.

Wettelijk kader, voorgeschiedenis en besluitvorming

2. In de bijlage bij deze uitspraak is de relevante wet- en regelgeving vermeld.

3.1. Twee vierpartijenschemas, MasterCard en Visa, hebben ACM verzocht onderzoek te doen naar de betalingen die driepartijenschemas, zoals Amex doen in het kader van co-brandingsovereenkomsten. ACM heeft vervolgens onderzoek verricht en is tot de conclusie gekomen dat Amex aan KLM een

afwikkelingsvergoeding voor kredietkaarttransacties betaalt die aanzienlijk hoger is dan de het voorgeschreven maximum van 0,3% van de transactiewaarde. ACM heeft in dit verband onder meer het volgende vastgesteld.

- 3.2. Het doel van de samenwerking tussen Amex en KLM is om een zo groot mogelijk klantenbestand te bereiken teneinde de co-branded kredietkaarten zoveel mogelijk uit te geven en betaaltransacties met die kredietkaarten te stimuleren. Daartoe zijn de co-branded kredietkaarten van KLM en Amex gezamenlijk ontworpen en dragen zij zowel het betaalmerk van Amex als het merk van Air France/KLM. Eén van deze kredietkaarten is de Flying Blue-Amex kredietkaart die door zowel Amex als KLM wordt aangeboden. Amex en KLM hebben hun samenwerking vastgelegd in de overkoepelende Framework Agreement en de Consumer Co-Branded Card Agreement (de Overeenkomst) met een looptijd van 1 juni 2011 tot 1 juni 2019. Amex en KLM zijn daarin overeengekomen om aan klanten van Air France/KLM kredietkaarten uit te geven in Frankrijk, Monaco en Nederland. Ook is overeengekomen dat Amex en KLM de co-branded kaarten gezamenlijk vermarkten en promoten. Voor de marketing van de kredietkaarten maken Amex en KLM gebruik van elkaars bestaande en ook van nieuwe marketingkanalen. Eén van de onderdelen van het co-brandingprogramma betreft de toegang tot het Flying Blue-programma van Air France/KLM. Het Flying Blue-programma is het loyaliteitsprogramma van Air France/KLM waarbij klanten Miles verdienen wanneer zij reizen met Air France/KLM. Deze Miles worden toegekend door Air France/KLM en kunnen door de klant worden ingewisseld voor vluchten of andere diensten van Air France/KLM. De Miles worden toegekend op basis van het gebruik en de hoogte van de uitgaven die de consument met de co-branded kredietkaart verricht. Voor deze samenwerking betaalt Amex diverse vergoedingen aan KLM. Die vergoedingen zijn in de Overeenkomst en de Framework Agreement opgenomen. Air France/KLM heeft in 2018 een tender georganiseerd om een nieuwe partner te selecteren. Nadat meerdere betaalkaartschemas hebben ingeschreven op de tender, heeft Air France/KLM Amex op 27 juli 2018 bericht het voorstel van Amex te accepteren. Een gegeven daarbij is dat de door andere belangstellende betaalkaartschemas en uitgevers geboden vergoedingen (substantieel) volgens ACM lager waren dan het bod van Amex. Amex en Air France/KLM zijn daarop onderhandelingen gestart ten behoeve van een nieuwe Consumer Co-branded Card Agreement. De nieuwe co-brandingovereenkomst tussen Amex en Air France/KLM zou per 1 juni 2019 ingaan.
- 3.3. De samenwerking tussen Amex met co-brandingpartner Air France/KLM is een driepartijenschema met uitbreiding. De uitbreiding bestaat eruit dat het betaalkaartschema samenwerkt met derden, zoals bij het uitgeven van kredietkaarten met een co-brandingpartner of een agent. In het geval een driepartijenschema samenwerkt met een co-brandingpartner, worden op de kredietkaart de namen of merken van beide partijen weergegeven. Het betaalkaartschema blijft wel de uitgever van de kaart in betaal-technische zin en bepaalt doorgaans de kosten en de voorwaarden waartegen de kredietkaart aan consumenten wordt aangeboden. Doordat Amex in een driepartijenschema betaalkaartschema, uitgever en accepteerder is, zijn de betalingsstromen anders dan bij een vierpartijenschema. Omdat er geen uitgevende en accepterende bank is wordt er bijvoorbeeld geen expliciete afwikkelingsvergoeding tussen banken betaald. Verder betaalt de consument de cardholder fee rechtstreeks aan het betaalkaartschema (en dus niet aan zijn bank) en betaalt de winkelier de zogenoemde merchant service charge direct aan het betaalkaartschema. De ratio van de co-brandingsamenwerking is dat het betaalkaartschema en de co-brandingpartner gezamenlijk kunnen zorgen voor een hogere afname en intensiever gebruik van de kredietkaarten van het betaalkaartschema doordat de co-brandingpartner toegang geeft tot zijn klantenbestand en netwerk voor de uitgifte van kredietkaarten. In ruil voor die samenwerking is het betaalkaartschema bereid (vaak significante) vergoedingen te betalen aan de co-brandingpartner. Omdat de vraag naar een co-brandingpartner, vanwege de commerciële mogelijkheden die daarmee samenhangen, groot is, schrijven co-brandingpartners in veel gevallen tenders uit en nodigen ze verschillende betaalkaartschemas uit om hierop in te schrijven. Bij de selectie van een schema spelen diverse factoren een rol. Dit zijn naast de acceptatie- en dekkingsgraad van de verschillende betaalkaartschemas onder meer factoren als de innovatie van de aanpak en het gebruik van data. In de praktijk speelt het totaalbedrag aan vergoedingen dat het betaalkaartschema aan de co-brandingpartner bereid is te betalen een belangrijke rol. Hogere

vergoedingen leveren meer opbrengsten op die kunnen worden ingezet om aantrekkelijke aanbiedingen te doen aan consumenten of reclame te maken, wat een hogere afname van de kredietkaarten en meer betalingstransacties tot gevolg zal hebben. Deze vergoedingen worden ook wel aangeduid als impliciete afwikkelingsvergoeding. Deze vergoedingen leiden tot kosten voor de winkelier, omdat het betaalkaartschema deze vergoedingen verwerkt in een (hogere) merchant service charge, die de winkeliers op hun beurt verwerken in de prijzen voor goederen en diensten. Deze impliciete afwikkelingsvergoedingen worden dus uiteindelijk, via de merchant service charge, aan de consument doorbelast.

- 3.4. Uit het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) van 7 februari 2018, zaak C-304/16, ECLI:EU:C:2018:66 in de zaak van American Express Company tegen The Lords Commissioners of Het Majestys Treasury (het arrest van het Hof) en de daaraan voorafgaande conclusie van de advocaat-generaal (de A-G) van 6 juli 2017, ECLI:EU:C:2017:524 (de conclusie van de A-G) volgt volgens ACM dat driepartijenschemas met co-brandingpartner voor de toepassing van de Verordening moeten worden aangemerkt als een vierpartijenschema, ook indien de co-brandingpartner in betaal-technische zin zelf geen uitgever is. Ook volgt uit het arrest en de conclusie dat bij de bepaling van de hoogte van de (impliciete) afwikkelingsvergoeding (en de daaronder begrepen nettocompensatie) alle kosten en vergoedingen die de co-brandingpartner direct of indirect van het betaalkaartschema ontvangt moeten worden meegenomen bij toepassing van de artikelen 4 en 5 van de Verordening, mits die vergoedingen voldoen aan de criteria uit die bepalingen. Naar aanleiding van door Amex gestelde vragen heeft de Europese Commissie bij brief van 16 november 2018 bevestigd dat het geheel van nettobetalingen/voordelen die aan de co-brandingpartner toekomen en van het betaalkaartschema afkomstig zijn, moeten worden beschouwd als (onderdeel van) een (impliciete) afwikkelingsvergoeding. Alle eventuele directe en indirecte betalingen, met inbegrip van maar niet beperkt tot marketingvergoedingen, bonussen, voordelen verkregen uit speciale programma's die gezamenlijk worden uitgevoerd door de co-brandingpartner en het betaalkaartschema zijn daarbij volgens de brief van de Europese Commissie relevant.
- 3.5. In schedule 7 bij de Overeenkomst zijn de vergoedingen opgenomen die Amex aan Air France/KLM zal betalen. ACM heeft vastgesteld dat voor de Nederlandse situatie de volgende vergoedingen aan de orde zijn, waarbij ook een vergoeding uit de Framework Agreement is meegenomen: (1) een zogenoemde Lump Sum; (2) []% van de Card Fee; (3) []% van de verzekeringspremies; (4) []% van de aankopen die met de kaart bij Air France/KLM worden gedaan; (5) vergoedingen voor Miles; en (6) de Partnerschip bonus. De Lump Sum is een bedrag dat betaald moet worden aan het begin van elk programmajaar. Dit zou een vergoeding zijn voor het gebruik van de handelsmerken van Air France/KLM, toegang tot de database van het Flying Blue-programma en het recht om de consumentenkredietkaarten, website en marketing te co-branden met het handelsmerk van Air France/KLM. Het Card Fee Share is een vast percentage van de jaarlijkse vergoedingen die Amex van kaarthouders ontvangt. Het gedeelte van de verzekeringspremies ziet op het totaal aan verzekeringspremies die Amex ontvangt van kaarthouders. Het percentage van []% ziet op het transactievolume. Met betrekking tot de Miles is de vergoeding onderverdeeld in drie soorten: een betaling tussen [] en [] eurocent per Mile; een bedrag van [] eurocent per Bonus Mile dat wordt betaald totdat een hoeveelheid van 800 mln. Miles wordt bereikt; bij overschrijding van die drempel een betaling tussen [] en [] eurocent per Bonus Mile. De Partnerschip bonus uit de Framework Agreement ziet op de gezamenlijke verkoop van Flying Blue Award Miles aan winkelier dan wel accepteerders met als doel dat de kaarthouders meer uitgaven doen met hun co-branded consumentenkredietkaart. Hoewel deze betaling in 2010 heeft plaatsgevonden en dus voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Verordening kan deze betaling volgens ACM naar rato aan de opvolgende programmajaren worden toegerekend.
- 3.6. ACM heeft vervolgens aan de hand van een overzicht van betalingen aan KLM uitgerekend hoeveel Amex feitelijk aan KLM in Nederland betaalt. Volgens ACM zijn de percentages van vergoedingen die uit deze vergoedingen voortvloeien afgezet tegen het volume van de transacties van de afgelopen vier periodes van een jaar die lopen van juni tot juni als volgt: [], [], [] en []. Het voorstel voor de

toekomstige samenwerking bevat ook een aantal vergoedingen: signing bonus; share in card fees; een vergoeding per Mile; en een vergoeding per nieuwe door Air France/KLM aangebrachte kaarthouder. Ramingen van de kosten afgezet tegen de transactiewaarde variëren tussen [] en []%. Volgens ACM hebben al deze betalingen het oogmerk of het effect van afwikkelingsvergoedingen bij een vierpartijenschema. Deze vergoedingen overstijgen in de afgelopen vier periodes van telkens een jaar het maximaal toegestane percentage van 0,3 met [], [], [] en []%.

4. De betalingsverplichtingen uit de Overeenkomst, met uitzondering van de Lump Sum, rustten eerder op American Express Services Europe Limited, maar per 1 maart 2019 zijn die overgenomen door verzoekster 1, terwijl de Lump Sum wordt voldaan door verzoekster 2. Ook onder de nieuwe overeenkomst zullen die rusten op verzoekster 1. Om die reden is de last mede tot haar gericht. Verder heeft ACM besloten tot openbaarmaking van de last op grond van artikel 12v van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (de Instellingswet), waarbij ACM een groot deel van de claims van verzoeksters tot het opschonen van de te publiceren versie van bestreden besluit 1 heeft gehonoreerd.

Beoordeling

5. De voorzieningenrechter stelt bij zijn beoordeling voorop dat verzoeksters ieder een spoedeisend belang hebben bij hun verzoeken om voorlopige voorziening met betrekking tot bestreden besluiten 1 en 2. Weliswaar is de last uitsluitend gericht aan Amex, maar die raakt rechtstreeks aan de (on)mogelijkheid tot het (ongewijzigd) aangaan van de voorgenomen co-brandingovereenkomst tussen Amex en KLM en raakt daarmee KLM in haar contracteervrijheid en in haar vermogenspositie (vgl. CRvB 5 maart 2019, ECLI:NL:CRVB:2019:669). De voorzieningenrechter acht het aannemelijk dat opvolging van de last belangrijke financiële gevolgen heeft voor verzoeksters, terwijl voorts aannemelijk is dat publicatie van de last zal leiden tot reputatieschade voor zowel Amex als KLM. Verzoekster hebben verder aannemelijk gemaakt dat (naleving van) de last onomkeerbare gevolgen met zich brengt voor het betaalkaartschema met co-brandingpartner van verzoeksters waarbij het mogelijk is dat Amex haar (beperkte) marktpositie in Nederland kwijtraakt alsmede voor het kunnen leveren van Miles aan kaarthouders. Voorts is het niet op voorhand onaannemelijk dat de schade van verzoeksters bij achteraf gebleken onrechtmatige besluitvorming van ACM niet (volledig) kan worden vergoed, omdat het financiële nadeel achteraf niet goed te bepalen zal zijn (vgl. CBb (vzr.) 24 mei 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BQ7882). Dit brengt met zich dat de voorzieningenrechter ook ten aanzien van de lastoplegging geen terughoudende, maar een volledige beoordeling zal verrichten aan de hand van wat verzoeksters hebben aangevoerd, waarbij geldt dat op ACM de bewijslast rust of sprake is van een overtreding, en zo ja, in welke mate.

Bevoegdheid ACM

- 6.1. Verzoeksters betogen dat ACM niet bevoegd is tot handhaving van de Verordening. De Verordening ziet op regulering van de interne markt als bedoeld in artikel 114, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en niet op mededinging als bedoeld in artikel 103 van het VWEU, zodat artikel 1:25a, tweede lid, van de Wet op het financieel toezicht (Wft) dat ziet op mededingingstoezicht geen grondslag biedt voor het door middel van een algemene maatregel van bestuur belasten van ACM met handhaving van de Verordening. Artikel 4 van het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten (het Uitvoeringsbesluit) en de daarin genoemde Bijlage 1 die ACM de bevoegdheid verlening tot lastoplegging in het kader handhaving van de artikelen 4 en 5 van de Verordening, hebben daarom geen grondslag in een wet in formele zin. KLM wijst er in dit verband voorts op dat artikel 1:79, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft alleen aan de toezichthouder de bevoegdheid verleent een last onder dwangsom op te leggen, terwijl uit de definitiebepaling artikel 1:1 van de Wft volgt dat alleen De Nederlandsche Bank en de Autoriteit Financiële markten vallen onder de definitie van toezichthouder. Het opleggen van een sanctie door ACM komt volgens KLM daarmee in strijd met artikel 5:4, eerste lid, van de Awb.

6.2.

Met ACM wijst de voorzieningenrechter er op dat de wetgever met artikel 1:25a, tweede lid, van de Wft niet slechts voor ogen stond dat ACM zou worden belast met handhaving van een verordening wanneer die verordening is gebaseerd op artikel 103 van de VWEU. Het beoogde toezicht door ACM betreft die onderdelen van het financieel toezichtsrecht die betrekking hebben op mededingingsrechtelijke aspecten, zoals markttoetreding (Kamerstukken II 2011/12, 33236, nr. 3, blz. 8). Partijen hebben in dit verband gewezen op overweging 10 van de considerans van Verordening (EU) 2015/751. Hoewel verzoeksters kan worden nagegeven dat daaruit volgt dat de Verordening juist voorziet in regulering van afwikkelingsvergoedingen naast de bestaande mededingingsregels op die vergoedingen, laat dit onverlet dat de Verordening mede beoogt de (eerlijke) concurrentie te bevorderen, terwijl regulering naast toepassing van het mededingingsrecht volgens die overweging een betere werking van de interne markt kunnen teweegbrengen wat mede ziet op markttoetreding en kunnen bijdragen tot een vermindering van de transactiekosten voor consumenten. Gelet hierop is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat de regulering als bedoeld in de artikel 4 van de Verordening mededingingsrechtelijke aspecten (in ruime zin) bevat waarop artikel 1:25a, tweede lid, van de Wft doelt.

- 6.3. Gelet op artikel 1:25a, derde lid, van de Wft komt aan de definitiebepaling van toezichthouder in artikel 1:1 van de Wft hier geen betekenis toe, omdat uit dat artikellid volgt dat artikel 1:79 van de Wft voor zover hier van belang van overeenkomstige toepassing is op het nalevingstoezicht van ACM uit hoofde van artikel 1:25a, tweede lid, van de Wft. Gelet hierop bieden de artikelen 2 en 4 van het Uitvoeringsbesluit en de daarbij behorende Bijlage 1, in verbinding met de artikelen 125a, tweede en vierde lid, en 1:97, eerste lid, aanhef en onder b, van de Wft, een afdoende grondslag voor handhaving door ACM door middel van een last onder dwangsom. De slotsom is daarom dat ACM bevoegd is en dat van strijd met de legaliteitseis van artikel 5:4, eerste lid, van de Awb geen sprake is.

De vergoedingen van Amex aan KLM

- 7.1. Verzoeksters betogen dat in het driepartijenschema van Amex met co-brandingpartner KLM betalingen van Amex aan KLM per definitie niet kunnen worden aangemerkt als afwikkelingsvergoeding. In dit verband betogen verzoeksters dat ACM ten onrechte KLM als uitgever heeft aangemerkt en om die reden ten onrechte vergoedingen die door Amex zijn betaald aan KLM heeft aangemerkt als afwikkelingsvergoeding. KLM stelt in dit verband dat noch in het arrest van het Hof noch in de conclusie van de A-G aanknopingspunten zijn te vinden voor deze gelijkstelling van KLM als uitgever. Verzoeksters stellen in dit verband voorts dat ACM ten onrechte niet heeft aangetoond dat de betalingen zoals die van Amex aan KLM ook in een vierpartijenschema als afwikkelingsvergoeding zouden moeten worden aangemerkt. Ten slotte stelt Amex zich op het standpunt dat het omzeilingsverbod van artikel 5 van de Verordening toepassing mist omdat dit alleen geldt voor de acceptatiekant van een betaalkaartschema en meer in het bijzonder voor partijen die niet rechtstreeks een overeenkomst aangaan met de begunstigde handelaar, maar die afwikkelingsvergoedingen betalen aan of doorsluizen naar kaartuitgevers.
- 7.2. De voorzieningenrechter volgt dit betoog niet. ACM heeft niet aangenomen dat KLM zelf als co-brandingpartner betaalkaarten uitgeeft en/of met die kaarten verrichte betalingstransacties moet accepteren. ACM heeft in randnummer 100 van bestreden besluit 1 aangegeven dat het niet noodzakelijk is dat KLM zelf kwalificeert als uitgever of betaaldienstverlener en dat de artikelen 4 en 5 van de Verordening van toepassing zijn op het door Amex in samenwerking met KLM uitgeven van op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten. ACM heeft daarbij in randnummer 45 van bestreden besluit 1 in aanmerking genomen dat de co-branded kredietkaarten van KLM en Amex gezamenlijk zijn ontworpen en zij zowel het betaalmerk van Amex als het merk van Air France/KLM dragen. Voorts heeft ACM er in randnummer 160 bestreden besluit 1 terecht op gewezen dat niet van belang is of de vergoedingen worden gebruikt om kosten van KLM bij het uitgeven van kaarten te compenseren, omdat de Verordening die eis niet stelt. Verder hebben de A-G en het Hof juist wel overwogen dat het niet noodzakelijk is dat een co-brandingpartner als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van de Verordening fungeert. Ook hebben zowel de A-G als het Hof betalingen in dit verband gekwalificeerd als vergoedingen in de zin van artikel 4 en 5 van de Verordening.

7.3. De voorzieningenrechter wijst in dit verband op de volgende overwegingen van het Hof:

59 Uit de relevante definities van de begrippen cobranding en agent kan dus niet worden afgeleid dat een cobrandingpartner of een agent die een overeenkomst heeft gesloten met een driepartijenbetaalkaartschema, noodzakelijkerwijs tussenkomt in dit schema als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van verordening 2015/751.

60 Derhalve moet worden vastgesteld dat, zoals de advocaat-generaal in wezen heeft opgemerkt in de punten 87 en 90 van zijn conclusie, uit de bewoordingen van artikel 1, lid 5, en die van artikel 2, punt 18, van verordening 2015/751 niet uitdrukkelijk blijkt dat de cobrandingpartner of agent zelf betrokken moet zijn in de uitgifteactiviteit. Indien de Uniewetgever de werkingssfeer van dit artikel 1, lid 5, echter had willen beperken, had hij dit uitdrukkelijk kunnen vaststellen (zie naar analogie arrest van 19 maart 2009, Commissie/Italië, C275/07, EU:C:2009:169, punt 99).

()

67 Wat in de derde plaats de doelstellingen betreft die worden nagestreefd met verordening 2015/751, waarvan de in het hoofdgeding aan de orde zijnde bepalingen deel uitmaken, blijkt uit overweging 43 van deze verordening dat met deze verordening wordt beoogd uniforme vereisten vast te stellen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties en op kaarten gebaseerde internet- en mobiele betalingen. Overeenkomstig overweging 10 van die verordening heeft de regulering van afwikkelingsvergoedingen meer bepaald tot doel een betere werking van de interne markt teweeg te brengen en bij te dragen tot een vermindering van de transactiekosten voor consumenten.

68 Wat de toepasbaarheid van deze regulering op driepartijenbetaalkaartschemas betreft, blijkt uit overweging 28 van verordening 2015/751 dat de Uniewetgever het noodzakelijk heeft geacht dat deze schemas in bepaalde gevallen als vierpartijenbetaalkaartschemas worden beschouwd en dat 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.

69 Bovendien volgt uit talrijke bepalingen van verordening 2015/751, in het bijzonder uit overweging 31, artikel 5 en artikel 13, lid 6, van die verordening, dat die verordening eveneens tot doel heeft te vermijden dat de daarin neergelegde regels worden omzeild, met name die betreffende de vaststelling van maxima voor afwikkelingsvergoedingen.

70 De afwikkelingsvergoeding wordt in artikel 2, punt 10, van verordening 2015/751 ruim gedefinieerd als een vergoeding die voor elke transactie direct of indirect (d.w.z. via een derde) wordt betaald tussen de uitgever en de accepteerder die bij een op kaarten gebaseerde betalingstransactie betrokken zijn, en deze bepaling preciseert dat [d]e nettocompensatie of andere overeengekomen vergoeding wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding. De nettocompensatie wordt in artikel 2, punt 11, van die verordening omschreven als 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.

71 Zoals de Commissie in wezen aanvoert, kan bijgevolg niet worden uitgesloten dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als een impliciete afwikkelingsvergoeding in de zin van overweging 28 van verordening 2015/751, zonder dat de cobrandingpartner of de agent waarmee het driepartijenbetaalkaartschema een overeenkomst heeft gesloten noodzakelijkerwijs betrokken is in de uitgifteactiviteit van het driepartijenbetaalkaartschema. Het kan bijgevolg moeilijk zijn om de doelstellingen van verordening 2015/751, in het bijzonder de doelstelling van artikel 1, lid 5, van die verordening om voor gelijke concurrentievoorwaarden op de markt te zorgen, te verwezenlijken, mochten de situaties waarin de cobrandingpartner of agent niet optreedt als uitgever in de zin van

artikel 2, punt 2, van genoemde verordening, hierdoor ontsnappen aan de in de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van die verordening neergelegde voorschriften.

72 Wanneer een driepartijenbetaalkaartschema een cobrandingovereenkomst in de zin van artikel 2, punt 32, van verordening 2015/751 of een overeenkomst met een agent in de zin van artikel 4, punt 38, van richtlijn 2015/2366 sluit, dient dit schema bijgevolg overeenkomstig artikel 1, lid 5, van die verordening als een vierpartijenbetaalkaartschema te worden beschouwd, zodat de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 3 tot en met 5 en 7 van verordening 2015/751 op dit schema van toepassing zijn.

73 Gelet op een en ander dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 1, lid 5, van verordening 2015/751 aldus moet worden uitgelegd dat het in het kader van een overeenkomst tussen een cobrandingpartner of een agent, enerzijds, en een driepartijenbetaalkaartschema, anderzijds, niet vereist is dat die cobrandingpartner of agent handelt als uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van die verordening, opdat dit schema wordt geacht samen met een cobrandingpartner of via een agent op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uit te geven, en dus wordt aangemerkt als een vierpartijenbetaalkaartschema in de zin van artikel 1, lid 5, van die verordening.

7.4. Voor zover verzoeksters willen betogen dat het hier niet gaat om een categorisch oordeel van het Hof en dat ACM daarom per geval waarin in een driepartijenschema een co-brander is betrokken moet beoordelen of een dergelijk schema moet worden gelijkgesteld aan een vierpartijenschema, kan dit betoog evenmin worden gevolgd. Gelet op de tekst van artikel 1, vijfde lid, van de Verordening en het arrest van het Hof gaat het wel degelijk om een categorische gelijkstelling, zodat op ACM anders dan KLM heeft aangevoerd in dit geval geen verdere onderzoeks- of motiveringsplicht rust. Verder volgt uit deze overwegingen dat voor de vraag of betalingen onderdeel uitmaken van een afwikkelingsvergoeding niet maatgevend is of de co-brander zelf uitgever in de zin van artikel 2, punt 2, van de Verordening is.

7.5. In de Verordening en het arrest van het Hof zijn in het verlengde hiervan voorts geen aanknopingspunten te vinden voor de juistheid van de stelling van verzoeksters dat ACM zou moeten aantonen dat betalingen, zoals die van Amex aan KLM, ook binnen een vierpartijenschema moeten worden aangemerkt als afwikkelingsvergoeding, voordat die betalingen ook binnen het voorliggende drie-partijenschema zouden kunnen worden aangemerkt als afwikkelingsvergoeding. Maatgevend is immers niet of KLM als co-brandingpartner uitgever is. Daar komt bij dat uit artikel 5 in verband met artikel 2, punt 11, van de Verordening volgt dat onder de afwikkelingsvergoeding alle betalingen, kortingen of stimulansen die een uitgever, of een daaraan gelijk te stellen partij, van de accepteerder, het betaalkaartschema of een andere intermediair ontvangt in verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten. Omdat de Verordening zoals ACM stelt aldus de vergoeding aan de uitgiftekant maximeert gaat ook het standpunt van Amex dat het omzeilingsverbod van artikel 5 van de Verordening toepassing mist omdat dit alleen geldt voor de acceptatiekant niet opgaat.

8.1. Verzoeksters betogen dat de verschillende vergoedingen die Amex in het kader van de Overeenkomst aan KLM heeft voldaan niet kunnen worden aangemerkt als vergoedingen in de zin van de artikelen 4 en 5 van de Verordening, althans dat ACM niet heeft aangetoond dat dit het geval is. Verzoeksters stellen dat ACM voor alle soorten vergoedingen steeds moet aantonen dat de vergoeding voor elke transactie door Amex aan KLM wordt betaald. Verzoeksters hebben per soort vergoeding aangevoerd dat niet is komen vast te staan dat die valt onder de artikelen 4 en 5 van de Verordening. Voorts heeft Amex aangevoerd dat ACM ten onrechte betalingen heeft meegerekend met betrekking tot transacties met commerciële kaarten en transacties buiten de Europese Unie.

8.2. Het Hof heeft in de hiervoor geciteerde punten 70 en 71 van zijn arrest overwogen dat de afwikkelingsvergoeding in artikel 2, punt 10, van verordening 2015/751 ruim wordt gedefinieerd en dat niet kan worden uitgesloten dat een bepaald type tegenprestatie of voordeel wordt aangemerkt als

een impliciete afwikkelingsvergoeding in de zin van overweging 28 van verordening 2015/751, zonder dat de co-brandingpartner of de agent waarmee het driepartijenschema een overeenkomst heeft gesloten noodzakelijkerwijs betrokken is in de uitgifteactiviteit van het driepartijenschema. De voorzieningenrechter kan ACM volgen in haar standpunt dat vergoedingen die worden betaald in het kader van een programma zoals de co-brandingsamenwerking tussen Amex en KLM, gelet ook op overweging 31 van de considerans van de Verordening, onder het toepassingsbereik van de Verordening vallen. Gelet op de artikelen 4 en 5 van de Verordening, gelezen in samenhang met de definities uit artikel 2, kunnen verzoeksters niet worden gevolgd in hun stelling dat eerst sprake kan zijn van een afwikkelingsvergoeding indien de vergoeding afhankelijk is van het aantal betalingstransacties. ACM stelt zich verder terecht op het standpunt dat de omstandigheid, dat Amex aan KLM vergoedingen betaalt ten behoeve van hun samenwerking die tot doel heeft om zoveel mogelijk co-branded kredietkaarten uit te geven en (betalingstransacties met) die kaarten te promoten, een sterke aanwijzing is dat de vergoedingen kwalificeren als (impliciete) afwikkelingsvergoeding.

- 8.3. Naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter heeft ACM voldoende aannemelijk gemaakt dat de afzonderlijke betalingen van Amex aan KLM kwalificeren als afwikkelingsvergoedingen in de zin van artikel 4 in verbanding met 5 van de Verordening. De voorzieningenrechter herhaalt in dit verband dat uit de artikelen 2 en 5 van de Verordening en het arrest van het Hof volgt dat de afwikkelingsvergoeding ruim wordt gedefinieerd als een vergoeding die voor elke transactie direct of indirect (d.w.z. via een derde) wordt betaald tussen de uitgever en de accepteerder die bij een op kaarten gebaseerde betalingstransactie betrokken zijn, en dat de nettocompensatie of andere overeengekomen vergoeding wordt beschouwd als deel uitmakend van de afwikkelingsvergoeding. Het gaat daarbij om 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. Uit bestreden besluit 1 volgt dat ACM haar berekening heeft toegespitst op in Nederland uitgegeven kredietkaarten aan en betalingen door consumenten.
- 8.4. De Lump Sum is een betaling die volledig samen hangt met het gebruik van klantbestanden van KLM en commerciële activiteiten waarbij merken van KLM worden gebruikt. Uit wat hiervoor is overwogen volgt dat die het oogmerk of effect hebben van een vergoeding die gelijkwaardig is aan een afwikkelingsvergoeding. Daar komt bij dat de hoogte van deze betaling is gekoppeld aan het verwachte aantal kaarten dat wordt uitgegeven en het aantal betalingstransacties.
- 8.5. Het percentage van de Card Fee houdt direct verband met het aantal co-branded kredietkaarten dat wordt uitgegeven en hangt daarmee ook samen met de samenwerking tussen Amex en KLM als co-brandingspartner. Ook die vergoeding valt dus onder artikel 4 in verbanding met artikel 5 van de Verordening.
- 8.6. Het percentage van de verzekeringspremies houdt een direct verband met het aantal verzekeringen dat is afgenomen door co-branded kredietkaarthouders bij Amex. Ook hier is een verband met een op de kredietkaart gebaseerde betalingstransactie of daaraan gerelateerde activiteit.
- 8.7. Het Spend Share dat bestaat uit een percentage van de aankopen die bij KLM worden gedaan houdt evenzeer direct verband met op kaarten gebaseerde betalingstransacties.
- 8.8. Verder is de voorzieningenrechter het met ACM eens dat de vergoedingen voor Miles kwalificeren als impliciete afwikkelingsvergoeding. Die vergoedingen die uit verschillende tarieven bestaan zijn een onderdeel van het co-brandingsprogramma, dat er op is gericht nieuwe kaarthouders te werven en betalingen met de kaarten te stimuleren. ACM wijst er in dit verband nog op dat uit de Overeenkomst volgt dat Amex en KLM zijn overeengekomen om gezamenlijk een marketingprogramma te ontwikkelen en toe te passen. Co-branded kaarthouders nemen direct deel aan het Flying Blue-programma van KLM en ontvangen bij iedere aankoop Miles in dit loyaliteitsprogramma. ACM wijst in

dit verband voorts terecht op punt 95 van de conclusie van de A-G, waarin wordt overwogen dat de mogelijke vergoedingen die een driepartijenschema direct of indirect betaalt aan de co-brandingpartners of agenten met wie een uitbreidingsovereenkomst wordt gesloten, volgens de A-G een oogmerk en/of effect hebben dat gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding bij vierpartijenschemas. Daarbij wordt in voetnoot 44 van de conclusie van de A-G het toekennen van punten voor loyaliteitsprogramma's van luchtvaartmaatschappijen door American Express op co-brandingkaarten expliciet genoemd als een voorbeeld van een indirecte vergoeding waarvan het effect gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding. Hoewel het Hof niet expliciet op die vergoeding is ingegaan, heeft het niet in andere zin geoordeeld.

8.9. Ten slotte is de Partnership Bonus, die volgt uit de Framework Agreement, een betaling die wordt betaald aan KLM, omdat KLM met Amex een samenwerking is aangegaan en niet met een ander betaalkaartschema. Ook die betaling wordt, gelet op artikel 5 van de Verordening, gelijkgesteld aan een afwikkelingsvergoeding. Dat die betaling in 2010 heeft plaatsgevonden, dus voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Verordening, maakt evenwel naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter dat ACM die met het oog op een vaststelling van (de mate van) een overtreding niet kan meetellen. Omdat de lastoplegging echter is gericht op het vanaf juni 2019 voorkomen van een verdere overtreding heeft dit naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter geen gevolgen voor deze zaak. Bovendien heeft ACM vastgesteld dat ook in 2018 een eenmalige ondertekeningsbonus is afgesloten.

9. 1. Verzoeksters betogen dat ACM bij de vaststelling van de hoogte van de totale afwikkelingsvergoeding ten onrechte geen rekening heeft gehouden met kosten die daarmee moeten worden verrekend, te weten het betalen van een handelaarsvergoeding door KLM aan Amex en het toekennen van Miles door KLM. Dit betoog slaagt ten dele.

9.2. Voorop moet worden gesteld dat uit overweging 31 van de considerans van de Verordening volgt dat bij de berekening van de afwikkelingsvergoeding rekening dient te worden gehouden met het totaalbedrag aan betalingen of stimulansen die een uitgever met betrekking tot de gereguleerde transacties van een betaalkaartschema heeft ontvangen, verminderd met de vergoedingen die de uitgever aan het betaalkaartschema heeft betaald. Dit betekent en dit is ook volledig in lijn met de strekking van de Verordening dat in het kader van de nettocompensatie alleen de betalingen en/of stimulansen van de co-brandingpartner aan het schema in mindering kunnen gebracht op de betalingen en/of stimulansen van het schema aan de co-brandingpartner. Voorts volgt uit de tekst van artikel 5 van de Verordening en genoemde overweging 31 dat niet alleen bij de rechtstreekse toepassing van artikel 4 van de Verordening, maar ook bij het omzeilingsverbod wordt gekeken naar de nettocompensatie.

9.3. De handelaarsvergoeding is een vergoeding die KLM in aan Amex betaalt vanwege de card acceptance agreement. In dit verband spreekt Amex in de hoedanigheid van accepteerder met KLM als winkelier af om op kaarten gebaseerde betalingstransacties te accepteren. Deze rechtsverhouding ziet daarmee niet op het gezamenlijk uitgeven van kaarten in de zin van artikel 1, vijfde lid, van de Verordening. Een dergelijke vergoeding zal elke winkelier aan Amex moeten betalen voor het accepteren van betalingen via de kredietkaart door Amex. In de figuren 1 en 2 in de inleiding van deze uitspraak gaat het om Merchant service charge. Die maakt geen onderdeel uit van de afwikkelingsvergoeding tussen de accepteerder en de uitgever (figuur 1) of tussen het betaalkaartschema en de co-brandingpartner (figuur 2). In zoverre slaagt het betoog dus niet.

9.4. Op basis van de Overeenkomst betaalt Amex aan KLM een vergoeding voor Miles die aan Amex worden geleverd. Amex dient die Miles vervolgens op de door KLM vastgestelde voorwaarden aan kaarthouders in het kader van het loyaliteitsprogramma toe te kennen bij aankopen met de kredietkaart. Hoewel volgens de hiervoor genoemde voetnoot 44 van de conclusie van de A-G het toekennen van punten voor loyaliteitsprogramma's van luchtvaartmaatschappijen door American Express op co-brandingkaarten een voorbeeld is van een indirecte vergoeding waarvan het effect

gelijkwaardig is aan de afwikkelingsvergoeding, is daarmee niet de vraag beantwoord of daar een aftrekbare tegenprestatie van KLM tegenover staat in de richting van Amex. De voorzieningenrechter wijst er in dit verband, ook gelet op de in artikel 1, punt 11, van de Verordening voorkomende term stimulansen, op dat daarbij niet alleen hoeft te worden gelet op rechtstreekse betalingen. Niet in geschil is dat de Miles een tegenwaarde in geld vertegenwoordigen. Voorts zal Amex rechtstreeks kunnen profiteren van het kunnen toekennen van (door haar bij KLM afgenomen) Miles aan klanten bij aankopen daarmee (bij KLM), omdat daarmee het gebruik van de kredietkaart wordt gestimuleerd. Klanten zullen juist de in dit betaalschema uitgegeven kredietkaart van Amex willen aanschaffen vanwege de Miles die daarmee kunnen worden verdiend. Dat de kaarthouder profiteert van de aan hem of haar toegekende Miles vanwege de korting op vliegtickets en KLM haar vliegticketverkoop kan simuleren door de Miles doet daar niet aan af.

9.5. Vooralsnog acht de voorzieningenrechter het daarom zeker niet uitgesloten dat de vergoedingen voor Miles moeten worden beschouwd als een bruto-vergoeding en dat in tegengestelde richting de kosten die bestaan uit de waarde van de door KLM aan Amex verstrekte en door Amex vervolgens aan de kaarthouder toegekende Miles daarop in mindering moeten worden gebracht. ACM heeft nagelaten dit te doen met de tekortschietende motivering dat de Miles niet ten goede komen aan Amex, maar aan de kaarthouder. Het bestreden besluit 1 lijdt daarom naar het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter aan een motiverings- en zorgvuldigheidsgebrek.

9.6. Ter zitting is onweersproken door verzoeksters gesteld dat de vergoedingen voor Miles neerkomen op [] tot []% van het transactievolume. ACM heeft vastgesteld dat het totaal van de vergoedingen in de afgelopen vier periodes van telkens een jaar het maximaal toegestane percentage van 0,3 overstijgt met [], [], [] en []%. Omdat verzoeksters niet hebben betoogd dat de waarde van de verstrekte Miles de hoogte van de daarvoor betaalde vergoedingen zou overstijgen, gaat de voorzieningenrechter ervan uit dat er sprake blijft van een overtreding, zij het in minder ernstige mate dan ACM heeft aangenomen. Of dat, en zo ja, tot welke voorlopige voorziening moet leiden komt aan de orde na de bespreking van de overige aangevoerde gronden tegen het bestreden besluit 1.

Marktpositie

10. Amex kan niet worden gevolgd in haar betoog dat haar driepartijenschema vanwege haar beperkte marktpositie is vrijgesteld van de Verordening, omdat de Verordening een dergelijke vrijstelling niet kent.

Zienschwizetermijn

11. De door ACM geboden reactietermijn op de voorgenomen lastoplegging bedroeg twee weken, waarbinnen dertien werkdagen vielen. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan die termijn niet op voorhand als onredelijk kort worden aangemerkt. Daar komt bij dat verzoeksters ook voorafgaand aan het voornemen tot lastoplegging de gelegenheid is geboden hun standpunten toe te lichten. Gelet hierop is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat geen sprake is van schending van artikel 4:8 van de Awb.

De lastoplegging

12. Amex betoogt dat de adressering van de lastoplegging onjuist is, althans dat ACM niet heeft onderbouwd waarom zij als overtreder kan worden aangemerkt. Dit betoog kan niet worden gevolgd, omdat ACM heeft vastgesteld dat verzoeksters 1 en 2 ieder een deel van de vergoedingen betalen aan KLM.

13. Verzoeksters betogen dat ACM handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel door haar een last op te leggen en handhaving ten opzichte van vierpartijenschemas achterwege laat. ACM heeft daar tegenin gebracht dat zij ten tijde van de start van haar onderzoek naar mogelijke overtredingen van de Verordening ook vierpartijenschemas heeft aangeschreven, maar geen signalen heeft opgevangen van een mogelijke overtreding van artikel 4 van de Verordening. Ter zitting heeft ACM in dit verband verklaard dat ook bij vierpartijenschemas met co-brandingpartner de maatstaf is het totaal aan

betalingen tussen uitgever en accepteerder en tussen uitgever en co-brandingpartner. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding voorshands aan die uitleg te twijfelen. Voor zover verzoeksters stellen in welk verband ook een bestuurder van KLM ter zitting is gehoord dat andere biedende partijen die opereren in een vierpartijenschema ook vergoedingen hebben geboden die meer bedragen dan de toegestane afwikkelingsvergoeding van 0,3% van de transactiewaarde, leidt dit niet tot het oordeel dat ACM handelt in strijd met het gelijkheidsbeginsel door alleen aan Amex een last op te leggen. Omdat de inschrijving op het tenderbod van KLM door andere partijen niet tot een overeenkomst heeft geleid, zijn dat dus geen gelijke gevallen.

14. Anders dan verzoeksters hebben aangevoerd is handhaving voor hen niet onevenredig in verhouding tot de daarmee gediende doelen. De voorzieningenrechter wijst in dit verband in de eerste plaats op de volgende overweging van het Hof in zijn meermaals genoemde arrest:

87 Aangezien in casu uit geen enkel aan het Hof overgelegd gegeven blijkt dat artikel 1, lid 5, en artikel 2, punt 18, van verordening 2015/751 niet geschikt zijn om de door deze verordening nagestreefde legitieme doelstellingen zoals in herinnering gebracht in de punten 67 tot en met 69 van dit arrest te verwezenlijken, moet het argument van de hand worden gewezen dat deze bepalingen in strijd zijn met het evenredigheidsbeginsel doordat zij de gelijkstelling van een driepartijenbetaalkaartschema aan een vierpartijenbetaalkaartschema niet afhankelijk stellen van de voorwaarde dat de betrokken cobrandingpartner of agent als uitgever handelt. Aangezien zoals is vermeld in punt 71 van het onderhavige arrest niet kan worden uitgesloten dat in het geval van cobrandingovereenkomsten of agentuurovereenkomsten een bepaald type tegenprestatie of voordeel kan worden vastgesteld, zonder dat de cobrandingpartner of agent noodzakelijkerwijs betrokken is in de uitgifteactiviteit van het betrokken driepartijenbetaalkaartschema, was het in het bijzonder niet kennelijk ongepast, in het licht van die doelstellingen, om de door die verordening vastgestelde maximale afwikkelingsvergoedingen eveneens van toepassing te maken op een dergelijke vergoeding.

Gelet op de beginselplicht tot handhaving en de omstandigheid dat ACM een onderzoek is gestart naar aanleiding van een verzoek van concurrenten van verzoeksters 1 en 2 is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat handhaving van artikel 4 in verbinding met artikel 5 van de Verordening niet in strijd komt met het in artikel 3:4, tweede lid, van de Awb besloten liggende evenredigheidsbeginsel. Dat zoals verzoeksters stellen toezichthouders in andere lidstaten (nog) niet zijn overgegaan tot handhaving richting betaalkaartschemas met co-brandingpartners zoals luchthavens brengt niet met zich dat reeds om die reden door ACM van handhaving moet worden afgezien.

15. Verzoeksters hebben ook naar voren gebracht dat in strijd met artikel 5:32a, eerste lid, van de Awb een omschrijving van de herstelmaatregelen ontbreekt. De voorzieningenrechter stelt echter vast dat ACM in het bestreden besluit 1 concreet heeft omschreven welke overtreding Amex heeft begaan, namelijk dat zij een hoger percentage dan 0,3% van de transactiekosten aan KLM betaalt. ACM heeft daarom kunnen volstaan om Amex te gelasten in de toekomst vanaf 1 juni 2019 niet langer in het kader van haar co-brandingsamenwerking een vergoeding aan KLM te betalen die meer bedraagt dan 0,3% van de transactiekosten. Met die last kon het voor Amex duidelijk zijn wat van haar werd verlangd.

16. Anders dan verzoeksters menen, is de geboden begunstigingstermijn niet te kort. De geboden begunstigingstermijn is bijna drie maanden. Hoewel die termijn gelet op de uitgeschreven tender niet al te ruim is, moet hierbij in aanmerking worden genomen dat de overtreding niet langer dient voort te duren dan strikt noodzakelijk is, terwijl ook per 1 juni 2019 een nieuwe contractperiode aanbreekt voor een langere duur. Dit laat echter onverlet dat de voorzieningenrechter om hierna te noemen redenen de begunstigingstermijn zal verlengen.

17. Gelet op wat hiervoor is overwogen is de voorzieningenrechter vooralsnog van oordeel dat na aftrek van de waarde van de aan Amex geleverde Miles een overtreding door Amex resteert, zij het

een minder ernstige dan door ACM is aangenomen. Hieruit volgt dat ACM naar voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter bevoegd zal zijn tot lastoplegging. De voorzieningenrechter ziet gelet op wat hiervoor is overwogen onder 9.4. en 9.5. aanleiding tot het treffen van de volgende voorlopige voorziening ten aanzien van bestreden besluit 1. Het bestreden besluit 1 wordt geschorst voor zover uit lastonderdeel I, gelezen in samenhang met de motivering van het bestreden besluit 1, volgt dat Amex in het kader van de bestaande en toekomstige co-brandingsamenwerking niet de waarde van de aan haar geleverde Miles in mindering mag brengen op het totaal aan vergoedingen die zij betaalt aan KLM. De lastonderdelen II en III van het bestreden besluit worden voorts geschorst vanaf 1 juni 2019 tot 1 september 2019, zodat Amex de gelegenheid heeft om in overeenstemming met deze uitspraak haar samenwerking met KLM opnieuw vorm te geven en ACM daarover de informeren zonder dat zij voordien reeds dwangsommen verbeurt.

De publicatie

18. Indien sprake is van beleidsruimte bij de openbaarmaking van sancties en andere maatregelen, hangt de vraag of sprake is van onevenredige benadeling af van een oordeel over de rechtmatigheid van het onderliggende besluit tot sanctieoplegging of andersoortige maatregel (ABRvS 28 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3479), waarbij niet iedere onvolkomenheid in dat belastende besluit in de weg staat aan openbaarmaking (CBb 7 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:163). Indien sprake is van een verplichting tot openbaarmaking van een sanctiebesluit zoals hier het geval is zal die verplichting slechts komen te vervallen indien het sanctiebesluit in essentie onrechtmatig wordt bevonden (vgl. CBb 22 januari 2015, ECLI:NL:CBB:2015:6 en CBb (vz.) 25 januari 2018, ECLI:NL:CBB:2018:7). Omdat de voorzieningenrechter hiervoor heeft overwogen dat de lastoplegging naar zijn voorlopig oordeel niet ongewijzigd in stand zal kunnen blijven en in dat verband een voorlopige voorziening zal worden getroffen die in ernstige mate afbreuk doet aan de ernst van de overtreding is de voorzieningenrechter van oordeel dat zich een dergelijke situatie voordoet. Gelet hierop zal de voorzieningenrechter het bestreden besluit 2 schorsen.

Slotsom

19. Ten aanzien van de gedeeltelijk schorsing van onderdeel I van het bestreden besluit 1 en de schorsing van het bestreden besluit 2 zal de voorzieningenrechter anders dan ten aanzien van de schorsing van de lastonderdelen II en III van het bestreden besluit geen einddatum bepalen, zodat die eerst hun werking verliezen indien de rechtbank in de hoofdzaak uitspraak heeft gedaan of voor zover een beslissing (op bezwaar) van ACM eerder onherroepelijk wordt (artikel 8:85, tweede lid, van de Awb). Ter voorlichting wijst de voorzieningenrechter er op dat ACM tussentijds kan verzoeken om de voorlopige voorziening op te heffen of te wijzigen indien zij meent dat daarvoor termen aanwezig zijn (artikel 8:87, eerste lid, van de Awb).

20. Omdat de verzoeken met betrekking tot de beslissing tot openbaarmaking van de lastoplegging nauw samenhangen met de verzoeken inzake de lastoplegging zal de voorzieningenrechter de griffier opdragen het griffierrecht dat verzoeksters hebben voldaan in de zaken ROT 19/2092 en ROT 19/2094 terug te storten.

21. Omdat de voorzieningenrechter de verzoeken (deels) toewijst, bepaalt de voorzieningenrechter dat ACM aan verzoeksters het door hen betaalde griffierecht in de zaken ROT 19/2091 en ROT 19/2093 vergoedt.

22. De voorzieningenrechter veroordeelt verweerder in de door verzoeksters gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de voorzieningenrechter op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor Amex in deze samenhangende zaken vast op 1.536 (1 punt voor het indienen van het verzoekschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van 512 en wegingsfactor 1,5). Deze kosten stelt de voorzieningenrechter voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand voor KLM in deze samenhangende zaken eveneens vast op 1.536. De overige door KLM vermelde kosten, te weten de kosten voor het uitbrengen van een rapportage door een deskundige ter hoogte van USD 5.100, komen niet voor

vergoeding in aanmerking, omdat KLM er zoals door ACM ter zitting naar voren is gebracht niet in redelijkheid van heeft kunnen uitgaan dat het door E.R. de Boer (van On Point Loyalty Singapore Pte Ltd) uitgebrachte rapport, dat ziet op het belang van loyaliteitsprogrammas en het belang van co-branded kredietkaarten daarbij, bij kon dragen tot het toewijzen van haar verzoeken, omdat voor toewijzing van die verzoeken hoofdzakelijk maatgevend is of sprake is van een overtreding.

Beslissing

De voorzieningenrechter:

- schorst lastonderdeel I van het bestreden besluit 1 voor zover uit dit dictum, gelezen in samenhang met de motivering van het bestreden besluit 1, volgt dat Amex in het kader van de bestaande en toekomstige co-brandingsamenwerking niet de waarde van de aan haar geleverde Miles in mindering mag brengen op het totaal aan vergoedingen die zij betaalt aan KLM;
- schorst lastonderdelen II en III van het bestreden besluit 1 vanaf 1 juni 2019 tot 1 september 2019;
- schorst bestreden besluit 2;
- bepaalt dat ACM aan Amex in de zaak ROT 19/2092 het betaalde griffierecht van 345 vergoedt;
- bepaalt dat ACM aan KLM in de zaak ROT 19/2091 het betaalde griffierecht van 345 vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van Amex tot een bedrag van 1.536; veroordeelt ACM in de proceskosten van Amex tot een bedrag van 1.536.

Deze uitspraak is gedaan door mr. J.H. de Wildt, voorzieningenrechter, in aanwezigheid van mr. R. Stijnen, griffier. De uitspraak is in het openbaar gedaan op 24 juli 2019.

griffier voorzieningenrechter

Een afschrift van deze uitspraak is verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak staat geen rechtsmiddel open.

Bijlage

Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) luidt voor zover hier van belang als volgt:

HOOFDSTUK 1. REGELS BETREFFENDE DE MEDEDINGING

()

Artikel 103

1. De verordeningen of richtlijnen dienstig voor de toepassing van de beginselen neergelegd in de artikelen 101 en 102 worden door de Raad, op voorstel van de Commissie en na raadpleging van het Europees Parlement, vastgesteld.

()

HOOFDSTUK 3. DE AANPASSING VAN DE WETGEVINGEN

Artikel 114

1. Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.

()

De considerans van Verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties (Verordening (EU) 2015/751) luidt voor zover hier van belang als volgt:

(1) Een versnipperde interne markt is schadelijk voor het concurrentievermogen, de groei en de banenschepping in de Unie. Het wegwerken van belemmeringen voor de goede werking en de voltooiing van een geïntegreerde markt voor elektronische betalingen, zonder onderscheid tussen binnenlandse en grensoverschrijdende betalingen, is noodzakelijk voor de goede werking van de interne markt.

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

(11) Het brede scala aan afwikkelingsvergoedingen en het niveau ervan beletten de opkomst van nieuwe pan-Europese spelers met bedrijfsmodellen waarin lagere of geen afwikkelingsvergoedingen worden aangerekend, wat ten koste gaat van potentiële schaal- en synergievoordelen en de daaruit voortvloeiende efficiëntiewinsten. Deze toestand heeft negatieve gevolgen voor handelaren en consumenten en staat innovatie in de weg. Pan-Europese spelers die een bepaalde markt willen betreden, zien zich immers tenminste verplicht uitgevende banken de hoogste op die markt gangbare afwikkelingsvergoeding te bieden, waardoor de versnippering van de markt in stand wordt gehouden. Een ander risico is dat bestaande binnenlandse schema's die lagere of geen afwikkelingsvergoedingen toepassen, onder druk van banken die hogere inkomsten uit afwikkelingsvergoedingen nastreven, zich niet op de markt kunnen handhaven. Dit alles heeft tot gevolg dat consumenten en handelaren het met een beperktere keuze, hogere prijzen en betalingsdiensten van mindere kwaliteit moeten doen, terwijl zij ook maar op beperkte wijze van pan-Europese betalingsoplossingen gebruik kunnen maken. Daarbij komt nog dat handelaren de verschillen in vergoedingen niet kunnen ondervangen door gebruik te maken van kaartacceptatiediensten die door banken in andere lidstaten worden aangeboden. Volgens de specifieke regels van de betaalkaartschema's geldt, op basis van hun territoriale beleid inzake licentieverlening, voor elke betalingstransactie immers de afwikkelingsvergoeding van het verkooppunt (land van de handelaar). Dit belet accepteerders hun diensten met succes over de grenzen heen aan te bieden. Tevens kan het handelaren beletten hun betalingskosten in het voordeel van consumenten te reduceren.

(28) Op kaarten gebaseerde betalingstransacties worden doorgaans uitgevoerd volgens twee belangrijke bedrijfsmodellen, zogeheten driepartijenbetaalkaartschemas (kaarthouder acceptierend en uitgevend schema handelaar) en vierpartijenbetaalkaartschemas (kaarthouder uitgevende bank accepterende bank handelaar). Tal van vierpartijenbetaalkaartschema's hanteren een expliciete, meestal multilaterale afwikkelingsvergoeding. Om het bestaan van impliciete afwikkelingsvergoedingen te erkennen en tot de verwezenlijking van gelijke concurrentievoorwaarden bij te dragen, moeten driepartijenbetaalkaartschemas die van betalingsdienstaanbieders als uitgevers of accepteerders gebruikmaken, als vierpartijenbetaalkaartschema's worden aangemerkt en horen zij dezelfde voorschriften in acht te nemen; transparantie- en andere maatregelen in verband met bedrijfsregels dienen op alle aanbieders van toepassing te zijn. Rekening houdend met de specifieke situatie die zich voor dergelijke driepartijenbetaalkaartschemas kan voordoen, is het echter passend te voorzien in een overgangperiode gedurende welke de lidstaten kunnen beslissende regels voor het maximum voor afwikkelingsvergoedingen niet toe te passen indien deze schemas in de betrokken lidstaat een zeer beperkt marktaandeel hebben.

(31) Er moet op worden toegezien dat de bepalingen betreffende de door betalingsdienstaanbieders te betalen of te ontvangen afwikkelingsvergoedingen niet worden omzeild met alternatieve vergoedingenstromen naar de uitgevers. Om dit te voorkomen dient de nettocompensatie van de vergoedingen, met inbegrip van mogelijke vergunningskosten, die de uitgever heeft betaald aan of ontvangen van een betaalkaartschema, een accepteerder of enige andere intermediair, als de afwikkelingsvergoeding te worden aangemerkt. Om na te gaan of er van omzeiling sprake is, dient bij de berekening van de afwikkelingsvergoeding rekening te worden gehouden met het totaalbedrag aan betalingen of stimulansen die een uitgever met betrekking tot de gereguleerde transacties van een betaalkaartschema heeft ontvangen, verminderd met de vergoedingen die de uitgever aan het betaalkaartschema heeft betaald. De in aanmerking genomen betalingen, stimulansen en vergoedingen kunnen een direct karakter (d.w.z. op basis van het volume of de specifieke transactie) of een indirect karakter (onder meer verkoopstimulansen, bonussen, kortingen voor bepaalde transactievolumes) hebben. Bij het nagaan of de bepalingen van deze verordening worden omzeild, moet met name rekening worden gehouden met de voordelen die uitgevers van kaarten halen uit speciale programma's die gezamenlijk worden uitgevoerd door uitgevers en betaalkaartschemas, en met de inkomsten uit verwerkings-, licentieverlenings- en andere vergoedingen die inkomsten opleveren voor kaartorganisaties. De uitgifte

van betaalkaarten in derde landen moet, in voorkomend geval en indien zulks door andere objectieve elementen wordt bevestigd, ook in aanmerking kunnen worden genomen bij het beoordelen van een eventuele omzeiling van deze verordening.

Verordening (EU) 2015/751 die met name is gebaseerd op artikel 114, eerste lid, van het VWEU luidt voor zover hier van belang als volgt:

HOOFDSTUK I

ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1

Toepassingsgebied

()

3. Hoofdstuk II is niet van toepassing op:

- a) transacties met commerciële kaarten;
- b) opnemingen van contanten bij geldautomaten of aan het loket van een betalingsdienstaanbieder, en
- c) transacties met betaalkaarten die door een driepartijenbetaalkaartschema zijn uitgegeven.

()

5. Een driepartijenbetaalkaartschema dat aan andere betalingsdienstaanbieders een licentie voor de uitgifte van op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten of de acceptatie van op kaarten gebaseerde betalingstransacties, of voor beide, verleent, of dat samen met een co-brandingpartner of via een agent op kaarten gebaseerde betaalinstrumenten uitgeeft wordt als een vierpartijenbetaalkaartschema beschouwd. Wat de binnenlandse betalingstransacties betreft kan voor een dergelijk driepartijenbetaalkaartschema evenwel tot 9 december 2018 worden voorzien in een vrijstelling van de verplichtingen van hoofdstuk II, mits de op kaarten gebaseerde betalingstransacties die uit hoofde van dat driepartijenbetaalkaartschema in een lidstaat worden verricht, op jaarbasis niet meer bedragen dan 3% van de totale waarde van de in die lidstaat verrichte op kaarten gebaseerde betalingstransacties.

Artikel 2

Definities

Voor de toepassing van deze verordening wordt verstaan onder:

- 1. accepteerder: een betalingsdienstaanbieder die met een begunstigde een overeenkomst sluit voor de acceptatie en de verwerking van op kaarten gebaseerde betalingstransacties, waardoor een geldovermaking naar de begunstigde ontstaat;
- 2. uitgever: een betalingsdienstaanbieder die met een betaler een overeenkomst sluit voor het verstrekken van een betaalinstrument voor het initiëren en het verwerken van diens op kaarten gebaseerde betalingstransacties;

()

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

11. nettocompensatie: het nettototaalbedrag aan betalingen, kortingen of stimulansen die een uitgever van het betaalkaartschema, de accepteerder of een andere intermediair in verband met op kaarten

gebaseerde betalingstransacties of daaraan gerelateerde activiteiten, heeft ontvangen;

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

()

15. betaalkaart: een categorie van betaalinstrumenten waarmee de betaler een debet- of kredietkaarttransactie kan initiëren;

16. betaalkaartschema: 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;

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

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

()

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

()

HOOFDSTUK II

AFWIKKELINGSVERGOEDINGEN

()

Artikel 4

Afwikkelingsvergoedingen voor kredietkaarttransacties van consumenten

De afwikkelingsvergoeding die betalingsdienstaanbieders voor kredietkaarttransacties bieden of verlangen, bedraagt per transactie niet meer dan 0,3% van de transactiewaarde. Voor binnenlandse kredietkaarttransacties kunnen de lidstaten een lagere maximale afwikkelingsvergoeding per transactie vaststellen.

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 Algemene wet bestuursrecht luidt voor zover hier van belang als volgt:

Artikel 3:4

1. Het bestuursorgaan weegt de rechtstreeks bij het besluit betrokken belangen af, voor zover niet uit een wettelijk voorschrift of uit de aard van de uit te oefenen bevoegdheid een beperking voortvloeit.
2. De voor een of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit mogen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

Artikel 4:8

1. Voordat een bestuursorgaan een beschikking geeft waartegen een belanghebbende die de beschikking niet heeft aangevraagd naar verwachting bedenkingen zal hebben, stelt het die belanghebbende in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen indien:

- a. de beschikking zou steunen op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen, en
- b. die gegevens niet door de belanghebbende zelf ter zake zijn verstrekt.

()

Artikel 5:4

1. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie bestaat slechts voor zover zij bij of krachtens de wet is verleend.
2. Een bestuurlijke sanctie wordt slechts opgelegd indien de overtreding en de sanctie bij of krachtens een aan de gedraging voorafgaand wettelijk voorschrift zijn omschreven.

Artikel 5:32a

1. De last onder dwangsom omschrijft de te nemen herstelmaatregelen.
2. Bij een last onder dwangsom die strekt tot het ongedaan maken van een overtreding of het voorkomen van verdere overtreding, wordt een termijn gesteld gedurende welke de overtreder de last kan uitvoeren zonder dat een dwangsom wordt verbeurd.

Artikel 8:81

1 Indien tegen een besluit bij de bestuursrechter beroep is ingesteld dan wel, voorafgaand aan een mogelijk beroep bij de bestuursrechter, bezwaar is gemaakt of administratief beroep is ingesteld, kan de voorzieningenrechter van de bestuursrechter die bevoegd is of kan worden in de hoofdzaak, op verzoek een voorlopige voorziening treffen indien onverwijlde spoed, gelet op de betrokken belangen, dat vereist.

Artikel 8:85

1. De voorzieningenrechter kan in zijn uitspraak bepalen wanneer de voorlopige voorziening vervalt.
2. De voorlopige voorziening vervalt in ieder geval zodra:
 - a. de termijn voor het instellen van beroep bij de bestuursrechter tegen het besluit dat op bezwaar of in administratief beroep is genomen, ongebruikt is verstreken,

- b. het bezwaar of het beroep is ingetrokken, of
- c. de bestuursrechter uitspraak heeft gedaan.

Artikel 8:87

1. De voorzieningenrechter kan, ook ambtshalve, een voorlopige voorziening opheffen of wijzigen, ook als zij is getroffen met toepassing van artikel 8:72, vijfde lid.

()

De Instellingswet Autoriteit Consument en Markt luidt voor zover hier van belang als volgt:

Artikel 12v

1. De Autoriteit Consument en Markt maakt een door haar genomen beschikking tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie of een bindende aanwijzing openbaar indien voor de desbetreffende overtreding bij wettelijk voorschrift is bepaald dat een bestuurlijke boete kan worden opgelegd van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder en met dien verstande dat:

- a. gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur niet openbaar worden gemaakt;
- b. namen van betrokken natuurlijke personen niet openbaar worden gemaakt, indien het belang van openbaarmaking naar het oordeel van de Autoriteit Consument en Markt niet opweegt tegen het belang, bedoeld in artikel 10, tweede lid, onderdeel e of g, van de Wet openbaarheid van bestuur;
- c. de naam van de overtredende marktorganisatie altijd openbaar wordt gemaakt, ook indien de naam van een natuurlijke persoon van die naam deel uitmaakt.

2. Artikel 12u, tweede tot en met vierde lid, zijn van toepassing.

De Wet op het financieel toezicht luidt voor zover hier van belang als volgt:

Artikel 1:3a

1. De bij of krachtens een verordening als bedoeld in artikel 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, of 1:25a, tweede lid, gestelde regels worden, voor zover de Nederlandsche Bank, de Autoriteit Financiële Markten of de Autoriteit Consument en Markt met de uitvoering of handhaving van die regels is belast, voor de toepassing van deze wet gelijkgesteld met bij of krachtens deze wet gestelde regels.

()

4. Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen voor de goede uitvoering van een verordening als bedoeld in artikel 1:24, derde lid, 1:25, derde lid, of 1:25a, tweede lid, nadere regels worden gesteld met betrekking tot de in die verordening geregelde onderwerpen.

Artikel 1:25a

()

2. De Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, kan, indien een verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie 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. Artikel 12j van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt

is niet van toepassing.

3. De artikelen 1:49, 1:55, eerste lid, 1:56, eerste, tweede en zesde lid, 1:58, eerste tot en met vierde lid, 1:65, eerste en vijfde lid, 1:73, tweede, derde en vierde lid, 1:74, derde, vierde en vijfde lid, 1:79, met uitzondering van het eerste lid, onderdeel d, 1:80, met uitzondering van onderdeel d, 1:81[,] 1:82 en afdeling 1.5.1., met uitzondering van artikel 1:93a, zijn van overeenkomstige toepassing.

()

Artikel 1:79

1. De toezichthouder kan een last onder dwangsom opleggen terzake van een overtreding van:

()

b. voorschriften met betrekking tot het toezicht op financiële markten of op die markten werkzame personen, gesteld ingevolge een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;

()

Artikel 1:80

De toezichthouder kan een bestuurlijke boete opleggen terzake van overtreding van:

()

b. voorschriften met betrekking tot het toezicht op financiële markten of op die markten werkzame personen, gesteld ingevolge een bij algemene maatregel van bestuur aangewezen verordening als bedoeld in artikel 288 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie;

()

Artikel 1:82

1. In afwijking van artikel 1:81 bedraagt de bestuurlijke boete voor een afzonderlijke overtreding van een voorschrift gerangschikt in de derde categorie ten hoogste 10% van de netto-omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking waarmee de bestuurlijke boete wordt opgelegd, indien dit meer is dan tweemaal het ingevolge artikel 1:81, tweede of derde lid, toepasselijke maximumbedrag.

Het Besluit uitvoering EU-verordeningen financiële markten luidt voor zover hier van belang als volgt:

Artikel 2

1. Als bevoegde autoriteit in de zin van de hierna genoemde verordeningen, belast met de uitvoering en handhaving van de bij of krachtens die verordeningen gestelde regels, worden aangewezen:

()

r. voor verordening (EU) nr. 2015/751 (afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties):

1°. ten aanzien van de artikelen 3 tot en met 6, 8, eerste lid en derde tot en met zesde lid, 10 en 11: de Autoriteit Consument en Markt;

()

Artikel 4

De bevoegde autoriteit kan ter zake van overtreding van voorschriften gesteld ingevolge de in de bijlage 1 genoemde artikelen een last onder dwangsom opleggen.

Artikel 5

1. De bevoegde autoriteit kan ter zake van overtreding van voorschriften gesteld ingevolge de in de bijlage 2 genoemde artikelen een bestuurlijke boete opleggen, met toepassing van het basisbedrag, maximumbedrag en, indien van toepassing, het percentage van de netto-omzet van de boetecategorie waarin het voorschrift is gerangschikt.

()

In de genoemde Bijlage 1 zijn onder meer vermeld de artikelen 4 en 5 van Verordening (EU) nr. 2015/751.

In de genoemde Bijlage 2 zijn onder meer vermeld de artikelen 4 en 5 van Verordening (EU) nr. 2015/751 onder vermelding van boetecategorie 3.