



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
fremsat den 6. juli 2017¹

Sag C-304/16

American Express Co.
mod
The Lords Commissioners of Her Majesty's Treasury,
intervenienter:
Diners Club International Ltd,
MasterCard Europe SA

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (ret i første instans (England og Wales) (forvaltningsretlige sager), Det Forenede Kongerige))

»Forordning (EU) 2015/751 – kortbaserede betalingstransaktioner – interbankgebyrer for kortbaserede betalingstransaktioner – betalingskortordning med fire parter – betalingskortordning med tre parter – begrebet kortudsteder – betalingskort med tre parter under samme varemærke – betalingskort med tre parter med en agent«

1. Bag ved en så almindelig og tilsyneladende enkel operation som betaling med kort for varer og tjenesteydelser gemmer der sig et indviklet spind af retsforhold, som forbrugerne næppe kan forestille sig. Ud over forbrugeren og den forretningsdrivende omfatter alle kortbaserede betalingstransaktioner som minimum de respektive parters bank eller banker samt betalingskortselskabet.

2. De mest relevante elementer i denne struktur omfatter de gebyrer², som de finansielle institutioner opkræver til gengæld for de tjenesteydelser, de leverer til forbrugerne og de forretningsdrivende, med henblik på at muliggøre brugen af betalingskortene. Efter Kommissionen har anvendt bestemmelserne om konkurrencebeskyttelse på de »multilaterale interbankgebyrer«³ i betalingsordningen MasterCard, har Domstolen haft lejlighed til at tage stilling til disse gebyrer⁴.

3. Domstolen forelægges nu en anden problemstilling, nemlig sondringen mellem de to mest udbredte modeller for betalingskortordninger⁵: betalingskortordninger med fire parter (den mest udbredte, som anvendes af MasterCard og Visa, herefter »BO4«) og betalingskortordninger med tre parter (som bl.a. anvendes af American Express og Diners Club, herefter »BO3«).

1 – Originalsprog: spansk.

2 – Udtrykket »gebyr« anvendes her i bred forstand med forbehold af den efterfølgende analyse af dets kendetegn og underkategorier. Det mest almindelige udtryk for sidstnævnte (som er relevant for sagen) er det såkaldte »interbankgebyr«.

3 – Herefter »multilaterale interbankgebyrer«.

4 – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201).

5 – Udtrykkene »betalingsnetværk« og »betalingskortsystemer« anvendes som synonymer for »betalingskortordninger«.

4. Forordning (EU) 2015/751⁶ fastsætter et loft for interbankgebyrer for BO4'ere og bestemmer, at gebyrer for BO3'ere kan fastsættes frit. Eftersom forskellene mellem de to ordninger ikke fremgår klart af forordningen, anmodes Domstolen om at præcisere dem, såfremt den forelæggende rets præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling.

I. Relevante EU-retlige forskrifter

5. Interbankgebyrer er en af de mest centrale omkostninger i forbindelse med kortbaserede betalingstransaktioner. På grund af forskellene medlemsstaterne imellem, som havde en negativ indvirkning på integrationen af det europæiske marked for detailbetalinger (til forskel fra kontantbetalinger), har Unionen valgt at harmonisere gebyrerne med henblik på at nedbringe dem og forbedre kontrollen med dem.

6. Forordningen er blevet vedtaget med dette formål. Idet der er tale om en retsakt, der finder direkte anvendelse, kræves det i princippet ikke, at der udarbejdes nationale gennemførelsesbestemmelser (undtagen i forbindelse med sanktioner, hvis fastsættelse og gennemførelse er blevet overladt til medlemsstaterne i medfør af den udtrykkelige henvisning i forordningens artikel 14, stk. 1).

7. Forordningen omhandler to modeller for betalingskortordninger: BO4'ere og BO3'ere. De betragtninger, der er gengivet nedenfor, anfører desangående:

»(28) Kortbaserede betalingstransaktioner gennemføres normalt på grundlag af to hovedforretningsmodeller, nemlig såkaldte »BO3'ere« (kortholder – indløsende og udstedende ordning – forretningsdrivende) og »[BO4]« (kortholder – udstedende bank – indløsende bank – forretningsdrivende). Mange [BO4'ere] anvender et eksplicit interbankgebyr, som normalt er multilateralt. For at tage højde for implicite interbankgebyrer og skabe lige vilkår bør [BO3'ere], som anvender betalingstjenesteudbydere som udstedere eller indløserne, betragtes som [en BO4] og bør følge de samme regler, mens gennemsigtighedsrelaterede og andre foranstaltninger i tilknytning til forretningsbestemmelser bør finde anvendelse på alle udbydere. I betragtning af de særlige forhold, der gør sig gældende for sådanne ordninger med tre parter, er det imidlertid hensigtsmæssigt at fastsætte en overgangsperiode, i løbet af hvilken medlemsstaterne kan beslutte ikke at anvende bestemmelserne om loftet for interbankgebyrer, såfremt sådanne ordninger har en meget begrænset markedsandel i den pågældende medlemsstat.

(29) Udstedelsestjenesten er baseret på et kontraktforhold mellem udstederen af betalingsinstrumentet og betaleren, uanset om udstederen råder over midlerne på vegne af betaleren. Udstederen stiller betalingskort til rådighed for betaleren, godkender transaktioner i terminaler eller lignende og kan garantere betaling til indløseren for transaktioner, der er i overensstemmelse med den relevante ordnings bestemmelser. Den blotte levering af betalingskort eller tekniske tjenesteydelser, såsom den blotte behandling og lagring af data, udgør derfor ikke i sig selv udstedelse.

[...]

(32) Forbrugere er sjældent bevidste om de gebyrer, som forretningsdrivende betaler for det betalingsinstrument, de bruger. Samtidig kan en række tilskyndende foranstaltninger, som udstedere anvender (f.eks. rejsekuponer, bonusser, rabatter, tilbageføring, gratis forsikringer osv.), styre forbrugerne i retning af at anvende betalingsinstrumenter og dermed føre til høje gebyrer for udstedere. For at modvirke dette bør de foranstaltninger, som begrænser interbankgebyrer, kun finde anvendelse på betalingskort, der er blevet til masseprodukter, og som

6 – Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 29.4.2015 om interbankgebyrer for kortbaserede betalingstransaktioner (EUT 2015, L 123, s. 1) (herefter »forordningen«).

forretningsdrivende normalt har vanskeligt ved at afvise, fordi de udstedes og bruges i vidt omfang (f.eks. forbruges debet- og kreditkort). For at sikre, at markedet i de ikke-regulerede dele af sektoren kommer til at fungere mere effektivt, og for at begrænse overførsel af forretningsaktiviteter fra de regulerede til de ikke-regulerede dele af sektoren er det nødvendigt at træffe en række foranstaltninger, herunder adskillelse af ordning og infrastruktur, betalingsmodtagerens styring af betaleren og betalingsmodtagerens mulighed for kun at acceptere udvalgte betalingsinstrumenter.

- (33) En adskillelse af ordning og infrastruktur bør give alle behandlere mulighed for at konkurrere om ordningernes kunder. Behandlingsomkostningerne udgør en væsentlig del af de samlede omkostninger, der er forbundet med at acceptere kort, og derfor er det vigtigt at give adgang til effektiv konkurrence i denne del af værdikæden. På grundlag af adskillelsen af ordning og infrastruktur bør betalingskortordninger og behandlingsenheder være uafhængige for så vidt angår regnskab, organisation og beslutningsproces.

[...]«

8. Artikel 1 i kapitel I (»Generelle bestemmelser«) bestemmer:

»1. Ved denne forordning fastsættes der ensartede tekniske og forretningsmæssige krav til kortbaserede betalingstransaktioner, som gennemføres inden for Unionen, og hvor både betalerens og betalingsmodtagerens betalingstjenesteudbyder er beliggende i Unionen.

[...]

3. Kapitel II finder ikke anvendelse på følgende:

- a) transaktioner med firmakort
- b) hævning af kontanter i kontantautomater eller ved disken hos en betalingstjenesteudbyder, og
- c) transaktioner med betalingskort udstedt af [BO3'ere].

4. Artikel 7 finder ikke anvendelse på [BO3'ere].

5. Når en [BO3] giver andre betalingstjenesteudbydere licens til at udstede kortbaserede betalingsinstrumenter eller indløse kortbaserede transaktioner, eller såvel udstede som indløse, eller udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent, anses den for at være en [BO4]. For så vidt angår indenlandske betalingstransaktioner kan denne type [BO3] dog fritages fra forpligtelserne i kapitel II indtil den 9. december 2018, forudsat at de kortbaserede betalingstransaktioner i en medlemsstat under en sådan [BO3] ikke på årsbasis overstiger 3% af værdien af alle kortbaserede betalingstransaktioner foretaget i den pågældende medlemsstat.«

9. Artikel 2 indeholder en omfattende liste af definitioner af de anvendte begreber. Navnlig nr. 2), 10)-12), 15)-18) og 32) er særlig relevante for denne sag og er affattet således:

»I denne forordning forstås ved:

[...]

- 2) »udsteder«: en betalingstjenesteudbyder, der indgår en aftale om at stille et betalingsinstrument til rådighed for betaleren med henblik på at initiere og behandle betalerens kortbaserede betalingstransaktioner

[...]

- 10) »interbankgebyr«: et gebyr, der betales for hver enkelt transaktion direkte eller indirekte (dvs. gennem tredjemand) mellem udbyderen og indløseren, som deltager i en kortbaseret betalingstransaktion. Nettokompensationen eller anden aftalt betaling anses for en del af interbankgebyret
- 11) »nettokompensation«: det samlede nettobeløb af de betalinger, rabatter eller incitamenter, som en udsteder har modtaget fra en betalingskortordning, indløseren eller ethvert andet medlem i forbindelse med kortbaserede betalingstransaktioner eller tilknyttede aktiviteter
- 12) »detailhandelsgebyr«: et gebyr, som betalingsmodtageren betaler til indløseren i forbindelse med kortbaserede betalingstransaktioner

[...]

- 15) »betalingskort«: en betalingsinstrumentkategori, der gør det muligt for betaleren at initiere en debet- eller kreditkorttransaktion
- 16) »betalingskortordning«: et fælles sæt af regler, praksisser, standarder og/eller gennemførelsesretningslinjer for kortbaserede betalingstransaktioner, der er adskilt fra enhver infrastruktur eller ethvert betalingssystem, som ligger til grund for ordningens drift, og som omfatter beslutningstagende organer, organisationer eller enheder, der har ansvaret for ordningens funktion
- 17) »[BO4]«: en betalingskortordning, hvor kortbaserede betalingstransaktioner fra en betalers betalingskonto til en betalingsmodtagers betalingskonto foretages via ordningen, en udsteder (på betalerens side) og en indløser (på betalingsmodtagerens side)
- 18) »[BO3]«: en betalingskortordning, hvor selve ordningen stiller indløsende og udstedende tjenesteydelser til rådighed, og hvor der foretages kortbaserede betalingstransaktioner fra en betalers betalingskonto til en betalingsmodtagers betalingskonto inden for ordningen. Når en [BO3] giver andre betalingstjenesteudbydere licens til at udstede kortbaserede betalingsinstrumenter eller indløse kortbaserede betalingstransaktioner, eller såvel udstede som indløse, eller udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent, anses den for at være en [BO4]

[...]

- 32) »co-branding«: indbefatning af mindst ét betalingsvaremærke og mindst ét varemærke, der anvendes til andre formål end betaling, på det samme kortbaserede betalingsinstrument

[...]«

10. Artikel 3, stk. 1, fastsætter:

»Betalings-tjenesteudbydere må for debetkorttransaktioner ikke tilbyde eller kræve et interbankgebyr pr. transaktion, som udgør mere end 0,2% af transaktionens værdi.«

11. Artikel 4 har følgende ordlyd:

»Betalings-tjenesteudbydere må ikke tilbyde eller kræve et interbankgebyr pr. transaktion, som udgør mere end 0,3% af transaktionens værdi for kreditkorttransaktioner. Medlemsstaterne kan for indenlandske kreditkorttransaktioner fastsætte et lavere loft for interbankgebyrer pr. transaktion.«

12. Artikel 5 bestemmer følgende:

»For så vidt angår anvendelsen af lofterne i artikel 3 og 4 betragtes enhver aftalt betaling, herunder nettokompensation, med tilsvarende formål eller virkning som interbankgebyret, som en udsteder modtager fra en betalingskortordning, indløser eller ethvert andet mellemlid i forbindelse med betalingstransaktioner eller tilknyttede aktiviteter, som en del af interbankgebyret.«

13. Artikel 7, som ikke finder anvendelse på BO3'ere, regulerer adskillelsen af betalingskortordningen og behandlingssenheder.

II. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

14. American Express Company (herefter »Amex«) er et internationalt selskab med hjemsted i New York, der leverer tjenesteydelser, og som med støtte fra sine datterselskaber tilbyder betalings-, rejse- og valutatjenesteydelser samt et bonusprogram og desuden udøver kortindløsnings- og -udstedningsvirksomhed i hele verden, herunder i Den Europæiske Union.

15. Selskabet benytter betalingskortordningen American Express, som er en BO3. Amex har i Unionen indgået en række aftaler om co-branding og om levering af tjenesteydelser med andre selskaber. Med forbehold af fortolkningen af forordningen er selskabets transaktioner i henhold til disse aftaler underlagt forordningens restriktioner for BO4'ere.

16. Diners Club International Limited, som er et datterselskab af Discover Financial Services, befinder sig i en lignende situation. Dette selskab driver Diners Club, en BO3, og støtter Amex' påstande i sagen ved den forelæggende ret.

17. MasterCard Europe SA (herefter »MasterCard«), som er det væsentligste europæiske datterselskab til MasterCard Incorporated, er ligeledes part i sagen. Selskabet driver verdensomspændende kredit- og debetkortordninger med fire parter under navnet MasterCard. Dette selskab, der har fået den forelæggende rets tilladelse til at intervenere i sagen, anfægter Amex' påstand.

18. Amex har ved den forelæggende ret anlagt sag med henblik på efterprøvelse af Her Majesty's Treasurys (Det Forenede Kongeriges økonomi- og finansministerium⁷) pligt til eller hensigt om at gennemføre visse aspekter af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), i Det Forenede Kongerige.

19. Den omtvistede sag vedrører to af de tre af de i forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), omhandlede tilfælde, hvor bestemte BO3'ere kvalificeres som BO4'ere.

20. Den forelæggende ret har anført, at der mellem parterne er enighed om, og at den forelæggende ret ikke er i tvivl om anvendelsen af det første af de i disse bestemmelser nævnte tilfælde: Når en BO3 giver andre betalingstjenesteudbydere licens til at udstede kortbaserede betalingsinstrumenter eller indløse kortbaserede betalingstransaktioner, eller til begge handlinger, er ordningen underlagt forordningen på samme måde som BO4'ere.

21. Tvivlen vedrører de to øvrige tilfælde, dvs. når en BO3 udsteder »kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent«. Den forelæggende ret anmoder Domstolen om at afklare, om aktiviteterne hos en BO3 i disse tilfælde kan ligestilles med aktiviteterne hos en BO4 med henblik på forordningen under alle omstændigheder (dvs. at det er tilstrækkeligt, at der er en co-brandingpartner eller agent), eller kun når disse partnere eller agenter er betalingstjenesteudbydere, der udsteder betalingskort.

⁷ – Økonomi- og finansministeriet er det administrative organ, der har ansvaret for at gennemføre forordningen i Det Forenede Kongerige.

22. Og endelig, såfremt en BO3 bliver til en BO4 som følge af, at en co-brandingpartner eller agent intervenserer, stiller den forelæggende ret spørgsmål om gyldigheden af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18).

23. På baggrund af disse overvejelser har High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (ret i første instans (England og Wales) (forvaltningsretlige sager), Det Forenede Kongerige) ved kendelse af 30. maj 2016 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Finder kravet i artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), i forordning [...] 2015/751, hvorefter en [BO3], der udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent, anses for at være en [BO4], kun anvendelse, for så vidt som denne co-brandingpartner eller agent handler som »udsteder« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 2, stk. 2, i og 29. betragtning til nævnte forordning (nemlig når partneren eller agenten har en aftale med betaleren, i medfør af hvilken vedkommende stiller et betalingsinstrument til rådighed med henblik på at initiere og behandle betalerens kortbaserede betalingstransaktioner)?
- 2) Hvis svaret på det første spørgsmål er »nej«, er nævnte forordnings artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), da ugyldige, for så vidt som de bestemmer, at sådanne ordninger anses for at være [BO'ere], på grund af:
- a) en manglende begrundelse i overensstemmelse med artikel 296 TEUF
 - b) åbenbart urigtigt skøn og/eller
 - c) tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet?»

24. Amex, MasterCard, Det Forenede Kongeriges regering og den portugisiske regering, Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet har afgivet skriftlige indlæg under retsforhandlingerne ved Domstolen. Amex, MasterCard, Det Forenede Kongeriges regering, Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet gav fremmøde i retsmødet den 27. april 2017.

III. Bedømmelse

25. Kommissionen, Europa-Parlamentet og Rådet har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål bør afvises. Forud for en eventuel behandling af sagens realitet vil jeg se nærmere på deres indsigelser. Hvis der enten direkte eller subsidiært skal foretages en realitetsbehandling af sagen, må denne være ledsaget af en forudgående redegørelse for de retsforhold, der gør sig gældende for de kortbaserede betalingstransaktioner, der gør det muligt at forstå dem.

A. Spørgsmålet, om de præjudicielle spørgsmål kan antages til realitetsbehandling

26. De tre institutioner, der alle har gjort gældende, at de præjudicielle spørgsmål bør afvises, støtter sig på følgende argumenter: a) Der foreligger ikke en reel sag mellem parterne, eftersom sagen vedrørende prøvelse af lovligheden (»judicial review«) af Det Forenede Kongeriges regerings »pligt til og/eller hensigt om« at gennemføre en forordning i realiteten indebærer en form for omgåelse af det klagesystem, som blev indført ved EUF-traktaten, b) det forelagte spørgsmål er af hypotetisk karakter, og c) den forelæggende ret gør hverken rede for de relevante faktiske og retlige omstændigheder eller for baggrunden for spørgsmålet om gyldigheden af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18).

27. Denne præjudicielle forelæggelse er ganske vist atypisk og indeholder en række uregelmæssigheder, der kunne begrunde en afvisning i overensstemmelse med Domstolens praksis og artikel 94 i Domstolens procesreglement.

28. For det første har den forelæggende ret ikke beskrevet sagens faktiske omstændigheder. Den har udelukkende gjort gældende, at Amex' søgsmål vedrører »[Det Forenede Kongeriges økonomi- og finansministeriums] pligt til eller hensigt om at gennemføre visse aspekter af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), i Det Forenede Kongerige«. Den har hverken angivet, hvordan Det Forenede Kongeriges myndigheder har tænkt sig at gennemføre de omtvistede bestemmelser, eller om denne administrative gennemførelse allerede har fundet sted.

29. For det andet fremgår det af forelæggelsesafgørelsen, at Amex som sagsøger og Det Forenede Kongeriges økonomi- og finansministerium som sagsøgt er enige om tvistens afgørelse. Den sagsøgte regering har reelt ikke gjort indsigelse mod den sagsøgende virksomheds søgsmål. Desuden samarbejder den med virksomheden om at fremme den præjudicielle forelæggelse.

30. For det tredje har den forelæggende ret blot anført parternes anbringender og har hverken gjort rede for sin egen begrundelse for at forelægge de præjudicielle spørgsmål eller forklaret, hvorfor dens spørgsmål er nødvendige for at afgøre den (påståede) sag. Den forelæggende ret har forelagt Domstolen et dokument, som parterne har udarbejdet, og som den har vedlagt sin afgørelse⁸.

31. Et præjudicielt spørgsmål, der forelægges under disse omstændigheder, bør ikke antages til realitetsbehandling af Domstolen.

32. Der foreligger imidlertid en særlig omstændighed, som måske kan forklare den forelæggende rets adfærd. Spørgsmålene er opstået i forbindelse med en sag (»judicial review«) vedrørende prøvelse af lovligheden af Det Forenede Kongeriges regerings »pligt til og/eller hensigt om« at gennemføre en EU-retlig bestemmelse. Det er en *sui generis*-procedure i Det Forenede Kongeriges ret, som i praksis gør det muligt for borgere at anmode om en fortolkning af en retsforskrift eller om, at den erklæres ugyldig, selv om den (endnu) ikke er trådt i kraft.

33. Domstolen har efter min opfattelse været yderst *storsindet*, idet den har antaget præjudicielle spørgsmål fra Det Forenede Kongeriges domstole, der udspringer af disse procedurer, og som vedrører en bedømmelse af gyldigheden af EU-retlige bestemmelser⁹. Således gives borgere, der fører sager i Det Forenede Kongerige (i modsætning til borgere i andre medlemsstater), i mine øjne mulighed for at stille spørgsmål ved gyldigheden af generelle EU-retsakter, endda inden de kan få retsvirkning i den nationale retsorden¹⁰. Dette punkt vender jeg tilbage til senere.

8 – Dette dokument, som parterne har vedtaget, indeholder såvel begrundelsen for den præjudicielle forelæggelse som de præjudicielle spørgsmål.

9 – Dom af 10.12.2002, *British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco* (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 32-41), af 3.6.2008, *Intertanko m.fl.* (C-308/06, EU:C:2008:312, præmis 30-35), af 8.7.2010, *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 13-26), af 4.5.2016, *Philip Morris Brand m.fl.* (C-547/14, EU:C:2016:325, præmis 30-36), og af 4.5.2016, *Pillbox 38* (C-477/14, EU:C:2016:324, præmis 14-31).

10 – Dette er f.eks. tilfældet i sager, hvor der er stillet spørgsmål ved gyldigheden eller fortolkningen af direktiver inden udløbet af deres gennemførelsesfrist.

34. Der er imidlertid flere ting, der taler for, at spørgsmålene antages til realitetsbehandling. For det første Domstolens formodning om, at præjudicielle spørgsmål er relevante, som skyldes den forelæggende rets skønsmæssige beføjelse til at vurdere, at forelæggelsen er nødvendig. Det er imidlertid en formodning, der kan afkræftes¹¹.

35. Det er desuden af betydning, at Domstolen allerede har besvaret præjudicielle spørgsmål fra Det Forenede Kongeriges domstole, der er opstået i forbindelse med den samme form for judicial review-procedure¹². Ganske vist omhandler størstedelen af disse sager fortolkning af direktiver, men der er efter min opfattelse ikke uoverstigelige vanskeligheder ved at udvide dem til spørgsmål om en forordnings fortolkning og gyldighed¹³.

36. En forordning gælder umiddelbart (artikel 288, stk. 2, TEUF), hvilket indebærer, at den ikke kan gøres til genstand for udformning af lovgivning i form af medlemsstaternes vedtagelse af lovgivningsmæssige eller reguleringsmæssige bestemmelser, medmindre forordningen tillader dette¹⁴. Forordninger kræver i mange tilfælde, at deres administrative gennemførelse varetages af de nationale myndigheder, og det forekommer ofte, at der ved denne gennemførelse opstår tvivl ved de nationale domstole om fortolkningen af visse af forordningens bestemmelser eller dens gyldighed¹⁵.

37. Dette er tilfældet i denne sag, eftersom der i det mindste er to måder at fortolke og anvende forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), på for så vidt angår BO3'ere, og der kan anføres årsager til, at de er ugyldige.

38. Desuden følger det ikke af Domstolens praksis, at præjudicielle spørgsmål kun kan antages til realitetsbehandling, såfremt der i national ret er blevet vedtaget foranstaltninger til gennemførelse af en EU-retsakt. Det er tilstrækkeligt, at den forelæggende ret er bekendt med en faktisk tvist, hvor retsaktens fortolkning eller gyldighed diskuteres subsidiært.

11 – I henhold til fast retspraksis tilkommer det udelukkende den nationale ret, for hvilken en tvist er indbragt, og som har ansvaret for den retlige afgørelse, som skal træffes, på grundlag af omstændighederne i den konkrete sag at vurdere, såvel om en præjudiciel afgørelse er nødvendig for, at den kan afsige dom, som relevansen af de spørgsmål, den forelægger Domstolen. Når de stillede spørgsmål vedrører fortolkningen af EU-retten eller gyldigheden af en EU-retlig regel, er Domstolen derfor principielt forpligtet til at træffe afgørelse. Heraf følger, at der foreligger en formodning om, at spørgsmål om EU-retten er relevante. Domstolen kan alene afvise at træffe afgørelse vedrørende et præjudicielt spørgsmål forelagt af en national ret, såfremt det klart fremgår, at den ønskede fortolkning af EU-retten eller vurdering af gyldigheden af en EU-retlig regel savner enhver forbindelse med realiteten i hovedsagen eller dennes genstand, når problemet er af hypotetisk karakter, eller når Domstolen ikke råder over de faktiske og retlige oplysninger, som er nødvendige for, at den kan foretage en sagligt korrekt besvarelse af de stillede spørgsmål (dom af 16.6.2015 Gauweiler m.fl., C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 24 og 25, af 4.5.2016, Pillbox 38, C-477/14, EU:C:2016:324, præmis 15 og 16, af 5.7.2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, præmis 19, af 15.11.2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, præmis 54, og af 28.3.2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 50 og 155).

12 – Jf. fodnote 9.

13 – Dom af 8.6.2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321), omhandler et tilfælde, hvor et præjudicielt spørgsmål om en forordning, der blev rejst i forbindelse med en judicial review-procedure i Det Forenede Kongerige, blev antaget til realitetsbehandling. I denne sag henvendte mobiltelefonnetoperatørerne sig til High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (ret i første instans (England og Wales) (forvaltningsretlige sager), Det Forenede Kongerige), for at bekæmpe Mobile Roaming Regulations 2007 (om roamingtakster i forbindelse med mobiltelefoni), som tillod, at visse bestemmelser i forordning (EF) nr. 717/2007 fik virkning i Det Forenede Kongerige. Det er imidlertid vigtigt at understrege, at denne sag, i modsætning til den foreliggende sag, for det første blev anlagt mod nationale bestemmelser til gennemførelse af en forordning, og at der i sagen var tale om en reel tvist mellem mobiltelefonnetoperatørerne og Det Forenede Kongeriges regering. Sidstnævnte anså søgsmålet for ugrundet og gjorde indsigelse mod forelæggelsen af de præjudicielle spørgsmål.

14 – Forordningens artikel 13 giver medlemsstaterne beføjelse til at udpege de nationale kompetente myndigheder, der skal gennemføre den. I henhold til denne bestemmelse pålægger medlemsstaterne ligeledes disse myndigheder at overvåge overholdelsen af forordningens bestemmelser med henblik på at undgå, at betalingstjenesteudbyderne undlader at overholde den. Artikel 14 forpligter ligeledes medlemsstaterne til at fastsætte sanktioner for overtrædelse af forordningen.

15 – Dom af 8.6.2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321), indeholder et eksempel på dette.

39. For det tredje har den forelæggende ret optaget den oprindelige retssag til behandling, hvilken betyder, at sagen efter rettens opfattelse er blevet indledt i overensstemmelse med gældende national lovgivning¹⁶. Muligheden for at vurdere fortolkningen og gyldigheden af de to førnævnte bestemmelser *forud* for deres administrative gennemførelse forekommer ikke at forårsage den nationale ret processuelle problemer.

40. Endelig kan den forelæggende rets udfærdigelse af forelæggelsesafgørelsen tydeligvis forbedres, eftersom den blot har anført parternes beskrivelse af de faktiske og retlige omstændigheder i sagen uden selv at give en redegørelse¹⁷. Afgørelsen giver i sin helhed et passende indblik i de faktiske og retlige omstændigheder¹⁸ og har gjort det muligt for de interesserede parter (Kommissionen, Rådet, Europa-Parlamentet, Det Forenede Kongeriges regering og den portugisiske regering, Amex og MasterCard) at indgive indlæg i overensstemmelse med artikel 23 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol.

41. Selv om disse argumenter vejer tungt, mener jeg, at der er to argumenter for, at spørgsmålene bør afvises, som vejer tungere.

42. Procedurer som denne giver parter i sager ved Det Forenede Kongeriges domstole mulighed for at »omgå« begrænsningerne med hensyn til søgsmålskompetence, som gør sig gældende i forbindelse med annulationssøgsmål mod almen gyldige EU-retsakter. Anvendelsen af den præjudicielle procedure, således som det er tilfældet i denne sag, giver dem en ikke ubetydelig processuel *fordel*, idet de kan anfægte gyldigheden af disse retsakter inden deres administrative gennemførelse og i betragtning af de fremtidige, ikke aktuelle, virkninger for deres modtagers retlige situation¹⁹.

43. Antagelsen af forelæggelser af denne art kan medføre en forskelsbehandling i anvendelsen af den præjudicielle ordning til skade for borgere i de øvrige medlemsstater, som må vente på, at de bliver påvirket af en administrativ gennemførelsesretsakt, før de kan påklage den, og eventuelt nedlægge påstand om, at såvel denne retsakt som den EU-retsakt, der ligger til grund herfor, erklæres ugyldige.

44. Ifølge logikken bag Unionens retsbeskyttelsesordning er ugyldighedssøgsmål forbeholdt sagsøgere, der har en generel søgsmålskompetence, eller borgere, der berøres direkte eller individuelt af en bestemt retsakt. Samtidig med at sidstnævnte kræver, at der inden for en frist anlægges et (direkte) annulationssøgsmål ved Retten, lukkes døren for, at den nationale ret forudgående eller sideløbende forelægger et præjudicielt spørgsmål om gyldigheden²⁰.

45. Dette kendetegn ved retsbeskyttelsesordningen med hensyn til EU-retsakter kan efter min opfattelse bringes i fare, hvis præjudicielle spørgsmål som dette normaliseres. Et forslag om afvisning af spørgsmålene skal ikke opfattes som en kritik, end ikke indirekte, af kendetegnene ved et judicial review, hvis fleksibilitet efter min opfattelse er meget prisværdig. Ifølge medlemsstaternes anerkendte

16 – Følgende fremgår af s. 2 i den engelske version af forelæggelsesafgørelsen: »And upon permission to proceed with the claim for judicial review having been granted by the Order of Mr Justice Blake of 24 September 2015«.

17 – Da anmodningen om præjudiciel afgørelse danner grundlag for retsforhandlingerne ved Domstolen, er det i henhold til fast retspraksis nødvendigt, at den nationale ret i denne anmodning giver en beskrivelse af de faktiske og retlige omstændigheder i hovedsagen og i det mindste i et vist omfang angiver begrundelsen for valget af de EU-retlige bestemmelser, som den ønsker fortolket, og angiver den forbindelse, som efter dens opfattelse består mellem disse bestemmelser og den nationale lovgivning, der finder anvendelse i sagen (jf. især dom af 10.3.2016, *Safe Interenvios*, C-235/14, EU:C:2016:154, præmis 115, og kendelse af 8.9.2006, *Google Ireland*, C-322/15, EU:C:2016:672, præmis 18).

18 – Manglende forudgående konstateringer fra den forelæggende rets side fører imidlertid ikke til, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises fra realitetsbehandling, såfremt Domstolen på trods af disse mangler på baggrund af de oplysninger, der fremgår af sagsakterne, finder, at den er i stand til at give den forelæggende ret et nyttigt svar (jf. i denne retning kendelse af 8.9.2006, *Google Ireland*, C-322/15, EU:C:2016:672, præmis 24, og dom af 28.1.2016, *CASTA m.fl.*, C-50/14, EU:C:2016:56, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

19 – Denne kritisk blev afvist af Domstolen i dom af 8.7.2010, *Afton Chemical* (C-343/09, EU:C:2010:419, præmis 13-26).

20 – Det følger af fast retspraksis, at en borger, der utvivlsomt har søgsmålskompetence til at anfægte en EU-retsakt ved at anlægge et annulationssøgsmål, ikke kan påberåbe sig retsaktens ugyldighed i forbindelse med en præjudiciel procedure (jf. i denne retning dom af 9.3.1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, EU:C:1994:90, præmis 23-25, af 15.2.2001, *Nachi Europe*, C-239/99, EU:C:2001:101, præmis 36 og 37, af 29.6.2010, *E og F*, C-550/09, EU:C:2010:382, præmis 46, og af 28.3.2017, *Rosneft*, C-72/15, EU:C:2017:236, præmis 128).

autonomi til at tilrettelægge deres egen nationale procesret kan de fastlægge deres retsbeskyttelsesordning, som de finder det mest hensigtsmæssigt. I forbindelse med forelæggelsen af præjudicielle spørgsmål må de nødvendigvis overholde artikel 267 TEUF og Domstolens praksis om betingelserne for anfægtelse af EU-retsakternes gyldighed, både for så vidt angår direkte søgsmål og anvendelse af den præjudicielle procedure.

46. Således som jeg allerede har nævnt, har der i denne sag ved den nationale ret ikke været en egentlig konfrontation mellem Amex og Det Forenede Kongeriges regering. Begge parter har det samme synspunkt, og deres henvendelse til den forelæggende ret skyldes ikke et ønske om, at den afgør en reel tvist, hvis løsning de er uenige om, men derimod, at den skal forelægge Domstolen de spørgsmål, som parterne selv har udformet.

47. Det karakteristiske (og centrale) i enhver retssag er, at den indeholder modstridende – ikke sammenfaldende – synspunkter. Her er der derimod tale om en processuel forestilling, der efter fælles aftale er indledt udelukkende med henblik på at opnå Domstolens afgørelse, og uden at der foreligger en reel konflikt mellem sagsøgeren og sagsøgte. Den svarer i realiteten til en anmodning om en rådgivende udtalelse fra Domstolen, der skal opklare tvivl om fortolkningen og gyldigheden af forordningen.

48. Under disse omstændigheder er jeg fortaler for, at Domstolen afviser de præjudicielle spørgsmål. I tilfælde af at Domstolen ikke tilslutter sig dette forslag, vil jeg i det følgende foretage en realitetsbehandling af de forelagte spørgsmål.

B. Generelle bemærkninger til betalingskortordningerne

49. Alle køb med betalingskort omfatter som regel følgende aktører: a) indehaveren af kortet, b) den finansielle institution (som regel en bank), som udsteder dette kort og stiller det til rådighed for sine kunder (herefter »den udstedende bank«)²¹, c) den forretningsdrivende, der sælger sine varer eller leverer sine tjenesteydelser, som betales med kortet, d) den finansielle institution, som leverer de tjenesteydelser til den forretningsdrivende, der gør det muligt for denne at acceptere kortet, og som i reglen også er en bank, der i forbindelse med disse transaktioner benævnes »den indløsende bank«, og e) betalingskortordningerne såsom Visa, MasterCard, American Express og Diners Club. Lokale netværk til behandling af kortbaserede betalingstransaktioner kan ligeledes indgå i betalingsprocessen.

50. Kortbetalinger skaber et indviklet spind af retsforhold mellem aktørerne²². For det første er der en aftale om udstedelse af betalingskortet mellem kortets indehaver og den udstedende bank, som indehaveren som regel betaler et gebyr for. De udstedende banker godkender kundens ordre og verificerer, at denne har tilstrækkelige midler på sin konto (debitkort), eller at betalingen er dækket af den disponible kreditgrænse (kreditkort).

51. For det andet foreligger der en medlemskabsaftale mellem den forretningsdrivende og den indløsende bank, hvorefter banken leverer de tjenesteydelser, der er nødvendige for, at den forretningsdrivende kan acceptere kort som betalingsmiddel. Den forretningsdrivende accepterer et gebyr på den endelig salgspris på sine varer eller tjenesteydelser (som omfatter interbankgebyret) til gengæld for den tjeneste, som banken yder (ved hjælp af en betalingsterminal eller en betalinggateway, der er forbundet med forretningens websted) med henblik på modtagelse af

21 – Jeg vil af klarhedshensyn henvise til disse aktører som »den udstedende bank«, selv om andre finansielle institutioner også kan udstede betalingskort.

22 – Jf. analysen af S. Guibert Echenique, »Consideraciones críticas sobre la legislación de tasas de intercambio en las operaciones de pago con tarjeta de crédito y débito«, *Diario La Ley*, nr. 8566, 22.6.2015, s. 1-3.

forbrugerens betalingsordre og indløsning af betalinger for de købstransaktioner, som den forretningsdrivende foretager. Desuden registrerer de indløsende banker transaktionsdataene, sender dem til de behandlingsenhederne og overfører midlerne til forretningsstedet efter tilbageholdelse af interbankgebyrerne og gebyret på salgsprisen.

52. Betalingskortordningerne udbetaler compensation og foretager opkrævning af betalingsordrerne og modtager for dette et gebyr fra bankerne (de udstedende og de indløsende banker), der har licens til at anvende deres varemærker.

53. Deltagelsen af behandlingsenhederne giver anledning til, at der indgås en aftale om licens til og anvendelse af varemærket mellem disse enheder og betalingskortordningerne. Disse behandlingsenheder agerer som et instrument til de finansielle institutioners fælles deltagelse, og interbankgebyrerne fastsættes som regel i fællesskab.

54. Alt efter antallet af deltagere agerer betalingskortordningerne i henhold til to modeller: BO4'ere eller åbne ordninger og BO3'ere eller lukkede ordninger.

55. BO4'erne (Visa og MasterCard) er dominerende på markedet. Under disse ordninger foretages betalingerne fra en betalers (forbrugerens) konto til en modtagers (den forretningsdrivendes) konto ved hjælp af betalingskortordningen. Den bank, der har udstedt forbrugerens kort, og den indløsende bank, som leverer den tekniske support, således at den forretningsdrivende kan modtage betalingen, indgår i ordningen²³.

56. BO4'erne er benævnt således, fordi de fire parter (indehaveren af kortet og den udstedende bank samt modtageren af betalingen og den indløsende bank) indgår i ordningen sammen med den virksomhed, der forvalter betalingssystemet. De er åbne, fordi der ud over det selskab, der forvalter betalingskortordningen, deltager to finansielle institutioner.

57. I disse ordninger opkræver den bank, der har udstedt kortet, den indløsende bank et gebyr (»interbankgebyret«), hvormed den kompenseres for de omkostninger, som den ikke kan genvinde gennem gebyrerne, der pålægges kortindehaveren (f.eks. gebyr for udstedelse af kortet eller årligt gebyr).

58. Den indløsende bank opkræver til gengæld dette interbankgebyr hos den forretningsdrivende som endnu en omkostning, der er forbundet med de øvrige omkostninger for leverede finansielle tjenesteydelser, som udgør det såkaldte »detailhandelsgebyr«. Interbankgebyret udgør en minimumstærskel og en vigtig andel af de finansielle omkostninger, som den indløsende bank opkræver den forretningsdrivende, som til gengæld plejer at vælte det over på forbrugerpriserne.

59. Den anden model for betalingskortordninger er BO3'en eller den lukkede ordning såsom American Express eller Diners Club, hvor forbrugeren (indehaveren af kortet) og den forretningsdrivende er direkte forbundet med betalingskortordningen. Dermed består de af tre parter, eftersom der ikke deltager andre finansielle institutioner, og er således lukkede ordninger.

60. En transaktion i en BO3 omfatter kun en leverandør af finansielle tjenesteydelser, som agerer som udsteder og som indløser. Idet der hverken er en bank, der har udstedt kortet, eller en bank, der indløser betalingerne, er der intet interbankgebyr. BO3'ere kan individuelt frit fastsætte de gebyrer, som de forretningsdrivende opkræves for de leverede finansielle tjenesteydelser.

23 – Jf. beskrivelsen af disse ordninger i dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 4), og af 24.5.2012, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260, præmis 17), samt i Kommissionens beslutning K(2007) 6474 endelig af 19.12.2007 om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (i sag COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards, 234.-249. betragtning).

61. Sammenlignet med BO4'erne gennemfører BO3'erne i Den Europæiske Union et begrænset antal transaktioner og er rettet mod specifikke forbrugerkategorier. Eftersom BO3'erne ikke har en dominerende position på markedet for betalingskort, har de forretningsdrivende reelt mulighed for at vælge, om de vil benytte dem.

62. Der er imidlertid BO3'ere, som ikke er ægte, og som adskiller sig fra førnævnte model. Dette er tilfældet, når de indgår aftaler om licens til og anvendelse af varemærke med andre finansielle institutioner, med henblik på at sidstnævnte agerer som udstedere af deres betalingskort. I dette tilfælde svarer de aftalte gebyrer til interbankgebyrer.

63. Der findes også de såkaldte »udvidede BO3'ere«, som opstår, når betalingskortordningen udvider sin virksomhed gennem et samarbejde med tredjemand enten ved at benytte sig af udstedelse af kort »med partner under samme varemærke« (»co-branding-udvidelse«²⁴) eller »gennem en agent« (»agentudvidelse«). I de to tilfælde kan de beløb, der overføres mellem BO3'ere og de andre varemærker eller agenter, udgøre gebyrer, der svarer til interbankgebyrerne i BO4'erne. Den forelæggende ret har anmodet Domstolen om at opklare denne tvivl.

64. Interbankgebyrerne gør leveringen af kortbetalingsydelser dyrere til skade for forbrugerne, og der er store forskelle på gebyrernes størrelse medlemsstaterne imellem²⁵. Af denne årsag forsøgte Unionen for det første at begrænse deres størrelse ved at anvende bestemmelserne om konkurrencebeskyttelse og har efterfølgende harmoniseret lovgivningerne i forbindelse med udformningen af de fælles regler for betalinger.

65. Kommissionen anvendte konkurrencereglerne på Visas²⁶ og MasterCards interbankgebyrer²⁷. Disse gebyrer udgjorde en fælles udgift, som blev båret af alle de indløsende banker i en BO4, hvis niveau udgjorde en »prisbund«, når disse banker indgik aftale med deres kunder (de forretningsdrivende) om prisen på de ydelser, som de leverede.

66. Kommissionen erklærede, at aftalerne om interbankgebyrer for BO4'ere var i strid med EU-retten, navnlig idet banker i fællesskab fastsatte en mindstepris over for de forretningsdrivende, hvilket Domstolen senere bekræftede²⁸.

67. Således opnåede Kommissionen løfter om væsentlige nedsættelser af Visas og MasterCards interbankgebyrer, som beløb sig til 0,3% på transaktioner med kreditkort og 0,2% på transaktioner med debetkort.

68. Dette viste sig imidlertid at være utilstrækkeligt til at kontrollere interbankgebyrerne²⁹. Rivaliseringen mellem betalingskortordningerne, som forsøger at overbevise finansielle institutioner, der er betalingstjenesteudbydere, om at udstede deres kort, fører paradoksalt nok til en stigning og ikke en nedsættelse af disse gebyrer i modsætning til den prisdæmpende virkning, som konkurrence

24 – F.eks. kortet, der henhører under ordningen Amex, og som markedsføres under co-brandingen Amex/Iberia eller Amex/British Airways.

25 – Jf. Europa-Kommissionens 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/EU 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, s. 96-108.

26 – Jf. beslutning 2002/914/EF af 24.7.2002 (sag COMP/29.373 – Visa International – multilateralt interbankgebyr) (EFT L 318, s. 17), hvori Visa Internationals intraregionale interbankgebyr blev fritaget i en periode på fem år på visse betingelser, navnlig at dette gebyr var forbundet med niveauet for visse omkostninger og ikke oversteg grænserne for disse. Kommissionen vedtog den 8.12.2010 en anden beslutning om Visa (COMP/D-1/39 398, Visa MIF), hvorved Visas foreslåede løfter, bl.a. om at fastsætte en grænse for deres interbankgebyr, blev gjort bindende.

27 – Kommissionens beslutning K(2007) 6474 endelig af 19.12.2007 om en procedure efter artikel 81 [EF] og EØS-aftalens artikel 53 (i sag COMP/34.579 – MasterCard, COMP/36.518 – EuroCommerce, COMP/38.580 – Commercial Cards).

28 – Dom af 11.9.2014, MasterCard m.fl. mod Kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201, præmis 112).

29 – Jf. Andrea Lista, *EU Competition Law and Financial Service Sector*, Routledge, 2013, s. 145-188.

på et økonomisk marked som regel har³⁰. Denne omstændighed har begrundet, at der er blevet vedtaget en forordning, som fastlægger en ex lege-kontrol af loftet for interbankgebyrerne sammen med andre former for regulering af forholdet mellem de forskellige aktører, der indgår i de kortbaserede betalingstransaktioner. Målet med forordningen er, at interbankgebyrerne ikke skal udgøre en hindring for det integrerede marked for elektroniske betalinger i Unionen.

C. Det første spørgsmål om anvendelsen af forordningen på udvidede BO3'ere

69. Jeg har allerede bemærket, at hverken den forelæggende ret eller parterne nærer tvivl om, at en BO3, der giver andre betalingstjenesteudbydere licens til at udstede dens kort eller indløse betalingstransaktioner med dens kort eller begge opgaver³¹, skal kvalificeres som en BO4 i henhold til forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18).

70. Den forelæggende rets og parternes tvivl vedrører de to øvrige tilfælde i forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), dvs. når en BO3 udsteder »kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent«. Domstolen skal afgøre, om den udvidede BO3 i disse to tilfælde skal kvalificeres som en BO4, eller om dette kun er tilfældet, når partneren eller agenten forestår udstedelsen af kortet og/eller indløsningen af betalingerne.

71. Affattelsen af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), er ikke helt entydig, og det er ikke muligt at fjerne dens tvetydighed ved en simpel læsning af bestemmelserne.

72. Amex og Det Forenede Kongeriges regering taler for en restriktiv fortolkning af disse bestemmelser. De har gjort gældende, at det kun er muligt at kvalificere BO3'ere som BO4'ere, når partneren eller agenten, som indgår i den udvidede ordning, udsteder kort eller indløser betalinger. Omvendt har MasterCard, den portugisiske regering og Kommissionen plæderet for en udvidende fortolkning af disse bestemmelser, i henhold til hvilken alle co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere kvalificeres som BO4'ere.

73. Valget mellem disse to fortolkninger af bestemmelsen har væsentlige konsekvenser. Den restriktive fortolkning medfører, at BO3'ere (med co-branding-udvidelser og agentudvidelser) ikke pålægges flere begrænsninger i forordningen, jf. artikel 1, stk. 3 og 4. De gebyrer, som aftales inden for disse ordninger, vil navnlig ikke blive betragtet som interbankgebyrer og vil således være fritaget for de nævnte lofter (0,2% for debetkort og 0,3% for kreditkort). De vil heller ikke blive berørt af forbuddet mod at omgå disse lofter i forbindelse med fastsættelsen af gebyrer med tilsvarende virkning som interbankgebyret. De vil desuden ikke være underlagt forpligtelsen til at adskille betalingskortordningerne og behandlingsenhederne (forordningens artikel 7).

74. Jeg kan allerede nu nævne, at jeg vil plædere for en udvidende fortolkning af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18). Jeg vil som vanligt anvende fortolkningskriterierne vedrørende ordlyd, opbygning og formål for at udlede betydningen af de nævnte bestemmelser.

30 – Jf. Europa-Kommissionens publikation, *The Interchange Fees Regulation*, Competition Policy Brief 2015-3, juni 2015.

31 – Der er tale om uægte BO3'ere, idet de yderligere omfatter en leverandør af finansielle tjenesteydelser, hvorved ordningens treenighed brydes. De gebyrer, der overføres mellem de forskellige aktører i disse ordninger, kan uden problemer ligestilles med interbankgebyrer.

1. Ordlydsfortolkning

75. Ordlyden af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), er den samme, og det følger deraf, at BO4'ere og BO3'ere ligestilles i tre tilfælde:

- BO3'ere, der giver andre betalingstjenesteudbydere licens til at udstede deres kort eller indløse kortbaserede transaktioner, der foretages med deres kort (uægte BO3'ere³²)
- BO3'ere, der udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter under samme varemærke (co-branding-udvidelse af en BO3³³)
- BO3'ere, der udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter gennem en agent (agentudvidelse af en BO3).

76. De to sidstnævnte kategorier optræder hyppigst på markedet. I disse kategorier gør det sig gældende for den virksomhed, som ejer co-brandet, eller agenten, at de enten ikke er eller ikke agerer som finansielle institutioner. De udsteder således ikke kort, indløser ikke betalinger, men tilbyder blot BO3'en adgang til deres kundeportefølje.

77. De bestemmelser, der er genstand for analysen, fastlægger intet for så vidt angår nødvendigheden af, at tredjemænd, der indgår disse aftaler med BO3'en, skal »udstede kortbaserede betalingsinstrumenter eller indløse kortbaserede betalingstransaktioner«. Det er netop denne omstændighed, der er omhandlet i eksemplet med uægte BO3'ere. Hvis co-branding- eller agentaftalen indebærer, at den tredje samarbejdspartner skal fungere som udsteder³⁴ eller indløser³⁵, er der ikke tale om aftale om udvidelse, men derimod udstedelse af en licens.

78. Den portugisiske regering har med rette anført, at en anden fortolkning ikke ville give mening, idet den ville medføre, at de to sidste tilfælde i forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), er omfattet af det første tilfælde.

79. En ordlydsfortolkning af disse to bestemmelser taler således for, at co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere ligestilles med BO4'ere, uanset om partnerne eller agenterne er betalingstjenesteudbydere³⁶ eller fungerer som kortudstedere og/eller indløser af betalinger.

80. Det Forenede Kongeriges regering og Amex er ikke enige i denne fortolkning. Ifølge disse parter omhandler forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), BO3'ere, der »udsteder [...] sammen med en partner under samme varemærke«, og som »udsteder [...] gennem en agent«. Efter deres opfattelse viser formuleringerne »sammen med« og »gennem«, at partneren under samme varemærke eller agenten skal deltage i udstedelsen af kortet, og de henviser i denne forbindelse til deres sammenhæng med de andre bestemmelser i forordningen.

32 – Som nævnt bestrides det ikke, at disse uægte BO3'ere (f.eks. kort fra Banco Santander/Amex, hvor banken fungerer som udsteder) ligestilles med BO4'ere.

33 – F.eks. kort fra Amex/Air France eller Amex/Costco.

34 – Forordningens artikel 2, stk. 2, definerer »udsteder« som »en betalingstjenesteudbyder, der indgår en aftale om at stille et betalingsinstrument til rådighed for betaleren med henblik på at initiere og behandle betalerens kortbaserede betalingstransaktioner«.

35 – Forordningens artikel 2, stk. 1, definerer »indløser« som »en betalingstjenesteudbyder, som indgår en aftale med en betalingsmodtager om at modtage og behandle kortbaserede betalingstransaktioner, der resulterer i en overførsel af midler til betalingsmodtageren«.

36 – Ifølge forordningens artikel 2, stk. 24), er en »betalingstjenesteudbyder« »alle fysiske eller juridiske personer, som er meddelt tilladelse til at yde de betalingstjenester, der er opført i bilaget til direktiv 2007/64/EF, eller anerkendt som en udsteder af elektroniske penge i overensstemmelse med artikel 1, stk. 1, i direktiv 2009/110/EF. En betalingstjenesteudbyder kan være en udsteder eller en indløser eller såvel en udsteder som en indløser«.

81. Jeg kan som nævnt ikke tilslutte mig dette synspunkt, som i realiteten ikke er bygget på en ren terminologisk analyse, men derimod på en systematisk tilgang, som jeg vil se nærmere på i det følgende.

2. Systematisk og formålsbestemt fortolkning

82. Det Forenede Kongeriges regering og Amex har støttet sig på en systematisk fortolkning med henvisning til begreberne udsteder og udstedelse af betalingskort, som indgår i artikel 2, nr. 2), og i 29. betragtning³⁷ til forordningen. Heraf udleder de, at når parterne under samme varemærke og agenterne ikke stiller betalingskort til rådighed for betaleren, ikke godkender transaktioner i terminaler eller lignende og ikke garanterer betaling til indløseren for transaktioner, kan de ikke anses for partnere, som en BO3 udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med (eller gennem).

83. Amex og Det Forenede Kongeriges regering har i samme retning anført, at hvis partneren under samme varemærke eller agenten begrænser deres virksomhed til levering af betalingskort, tekniske tjenesteydelser eller den blotte behandling og lagring af data, fungerer de ikke som udstedere, og dermed er aftalerne om udvidelse af BO3'erne ikke omfattet af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), og kan dermed ikke ligestilles med BO4'ere.

84. Efter Det Forenede Kongeriges regerings og Amex' opfattelse underbygges dette synspunkt af 28. betragtning til forordningen³⁸, som udelukkende ligestiller BO3'ere med BO4'ere, når førstnævnte anvender andre betalingstjenesteudbydere som udstedere eller indlødere. Den manglende henvisning til aftaler med partnere under samme varemærke eller med agenter, der ikke fungerer som udstedere eller indlødere af kort, fører til en fortolkning, hvorefter der i disse tilfælde ikke er indirekte gebyrer, der kan ligestilles med interbankgebyrerne. Det er således ikke begrundet at ligestille BO3'ere og BO4'ere.

85. Amex har tilføjet, at dens fortolkning af artikel 1, stk. 5, er i overensstemmelse med bestemmelsens opbygning, idet der i de tre omhandlede tilfælde stilles krav om deltagelse af en yderligere betalingstjenesteudbyder ud over BO3'en, som modtager gebyrer, og som medfører, at disse tilfælde behandles som BO4'ere.

86. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at denne fortolkning af begreberne »udstedelse« (af et betalingskort), »samme varemærke« og »agent« fører til et resultat, der hverken er i overensstemmelse med forordningens rammer, opbygning eller formål. I modsætning til andre begreber defineres disse ikke i denne bestemmelse og skal i henhold til Domstolens faste praksis, idet den ikke indeholder nogen udtrykkelig henvisning til medlemsstaternes ret med henblik på at fastlægge dens betydning og rækkevidde, undergives en selvstændig og ensartet fortolkning i hele Den Europæiske Union³⁹.

87. Således som jeg har nævnt, sonderer forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), ikke mellem udvidelser (ved hjælp af co-branding eller agent), hvor partneren eller agenten er betalingstjenesteudbydere, der udsteder kort og/eller modtager kortbetalinger, på den ene side, og udvidelser, hvor partneren eller agenten blot udøver andre former for virksomhed, på den anden side. Kommissionen har med rette påpeget, at denne sondring skyldes Amex' fortolkning, men en tolk bør ikke foretage en sondring, hvis bestemmelsen ikke gør det.

37 – Denne betragtning, som er gengivet i punkt 7, er affattet således: »Udstederen stiller betalingskort til rådighed for betaleren, godkender transaktioner i terminaler eller lignende og kan garantere betaling til indløseren for transaktioner, der er i overensstemmelse med den relevante ordnings bestemmelser.« I betragtningens sidste sætning præciseres det, at »[d]en blotte levering af betalingskort eller tekniske tjenesteydelser, såsom den blotte behandling og lagring af data, udgør derfor ikke i sig selv udstedelse«.

38 – Betragtningen er affattet således: »For at tage højde for implicite interbankgebyrer og skabe lige vilkår bør betalingskortordninger med tre parter, som anvender betalingstjenesteudbydere som udstedere eller indlødere, betragtes som betalingskortordninger med fire parter og bør følge de samme regler [...]«

39 – Jf. i denne retning dom af 17.7.2008, Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437, præmis 42), af 24.5.2016, Dworzecki (C-108/16 PPU, EU:C:2016:346, præmis 28), og af 18.10.2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774, præmis 28).

88. Det taler imod denne sontring, at den ikke indgår i begrebet »co-branding« i artikel 2, nr. 32)⁴⁰. Denne bestemmelse fastlægger derimod, at co-branding indbefatter mindst et betalingsvaremærke (f.eks. Amex) og »ét varemærke, der anvendes til andre formål end betaling«, som tilhører en virksomhed, som ikke er den virksomhed, der leverer de finansielle tjenesteydelser⁴¹.

89. Sondringen mellem de to former for udvidelse, afhængig af, hvorvidt partneren under samme varemærke eller agenten fungerer som finansielle institutioner, støttes desuden på en samlet læsning af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), samt 29. betragtning hertil, som heller ikke forekommer mig at være overbevisende.

90. Disse artikler omhandler ordret BO3'ere, der »udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent«. BO3'erne er således udstedere af kortbaserede betalingsinstrumenter. Der er intet i de nævnte bestemmelser, der taler for, at det skal være co-branding-partnere eller agenter, der udsteder betalingskortene og/eller accepterer de betalinger, der foretages hermed.

91. Således som den forelæggende ret har forklaret i præmis 29-31 i sin afgørelse, udgøres de mest hyppige co-branding-udvidelser eller agentudvidelser af BO3'ere af aftaler, der indgås med virksomheder, der ikke leverer finansielle tjenesteydelser⁴². Disse udvidelser udgør en fælles marketingsmanøvre, hvorved de to selskaber får adgang til hinandens kundeporteføljer og opmuntrer til køb af de varer og tjenesteydelser, som de udbyder. For så vidt angår BO3'ere er denne form for udvidelse et vigtigt middel til at opnå adgang til nye kunder, idet de i modsætning til BO4'ere ikke samarbejder med andre finansielle institutioner.

92. Således som Kommissionen har anført, indebærer en henvisning til en systematisk fortolkning desuden, at der tages højde for begreberne »nettokompensation« og »interbankgebyr«, som er defineret i forordningens artikel 2, nr. 10) og 11), og de indirekte interbankgebyrer, som nævnes i 31. betragtning⁴³, samt forbuddet mod at omgå de fastsatte lofter (artikel 5).

93. En systematisk fortolkning af disse bestemmelser fører mig til at foreslå en bred forståelse af begrebet interbankgebyr. I modsat fald ville det være let for BO3'ere at omgå de bestemmelser, der begrænser gebyrernes størrelse, og de ville kunne se stort på dem ved at anvende indirekte betalinger og kompensationer. Denne omgåelse nævnes i forordningens artikel 5, som opfatter begrebet i bred forstand: Interbankgebyret omfatter enhver aftalt betaling, herunder nettokompensation, med tilsvarende formål eller virkning som interbankgebyret, som modtages af en indløser eller ethvert andet mellemlid i forbindelse med betalingstransaktioner eller tilknyttede aktiviteter.

40 – Ved »co-branding« forstås »indbefatning af mindst ét betalingsvaremærke og mindst ét varemærke, der anvendes til andre formål end betaling, på det samme kortbaserede betalingsinstrument«.

41 – I forelæggelsesafgørelsens præmis 28 nævnes varemærkerne »British Airways«, »Nectar« og »Costco«.

42 – Dette bekræftes i publikationen fra UK Financial Conduct Authority, *Credits card market study: final findings report*, juli 2016, s. 252, som definerer »affinity or co-brand partners« som »typically charities, membership groups or commercial businesses not directly involved in issuing credit cards or processing transactions but lend their brands and give access to their customers or members to card issuers in return for a share of revenues or profits«.

43 – »Det er vigtigt at sikre, at bestemmelserne om de interbankgebyrer, som betalings tjenesteydere skal betale eller modtage, ikke omgås ved hjælp af alternative gebyrstrømme til udstedere. For at undgå dette bør »nettokompensationen« i form af gebyrer, herunder eventuelle godkendelsesgebyrer, som udstederen betaler til eller modtager fra en betalingskortordning, en indløser eller et andet mellemlid, betragtes som et interbankgebyr. Ved beregning af interbankgebyret med henblik på at undersøge, om der er tale om omgåelse, bør der tages hensyn til summen af de betalinger og incitamenter, som en udsteder har modtaget fra en betalingskortordning i forbindelse med de regulerede transaktioner, fratrukket de gebyrer, som den udstedende betalings tjenesteyder har betalt til betalingskortordningen. De betalinger, incitamenter og gebyrer, der kommer i betragtning, kan være direkte (dvs. mængdebaserede eller transaktionsspecifikke) eller indirekte (herunder markedsføringsincitamenter, bonusser og rabatter for at nå op på bestemte transaktionsmængder). Når det kontrolleres, om der sker omgåelse af denne forordnings bestemmelser, bør der navnlig tages hensyn til den fortjeneste, som udstederne har som følge af særlige programmer, der gennemføres af udstedere og betalingskortordninger i fællesskab samt indtægter fra behandlingsgebyrer, licensgebyrer og andre gebyrer, der skaber indtægter for betalingskortordninger [...]«

94. Begrebet interbankgebyr skal således omfatte det samlede nettobeløb af de betalinger, rabatter eller incitamenter, som betalingskortordningen betaler til co-branding-virksomheden og/eller til agenten (nettokompensation). Dvs. at det skal omfatte alle gebyrer, der betales direkte eller indirekte. 31. betragtning til forordningen nævner såvel direkte (mængdebaserede eller transaktionsspecifikke) som indirekte betalinger (herunder markedsføringsincitamenter, bonusser og rabatter for at nå op på bestemte transaktionsmængder). Den henviser især til den fortjeneste, som udstederne har som følge af særlige programmer, der gennemføres af udstedere og betalingskortordninger i fællesskab.

95. De gebyrer, som en BO3 betaler enten direkte eller indirekte til virksomheder eller agenter, med hvilke den har indgået en aftale om udvidelse, har efter min opfattelse et tilsvarende formål eller virkning som de kompensationer, der udgør interbankgebyret for BO4'ere⁴⁴.

96. Ifølge logikken bag og formålet med forordningen skal en kompensation, der udbetales af en BO3 til en tredjemand, der medvirker til ordningens virksomhed (hvilket er tilfældet med co-branding-virksomheder eller agenter), væltes over på prisen på tjenesteydelsen og betales af forbrugerne. De er ganske vist indirekte kompensationer for muligheden for at få adgang til kundeporteføljerne hos partnervirksomhederne, men dette betyder ikke, at de ophører med at være gebyrer med en tilsvarende virkning som de interbankgebyrer, der gør sig gældende for BO4'ere eller for uægte BO3'ere.

97. Desuden skyldes co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'erne ikke årsager, der berettiger, at lofterne for interbankgebyrerne for ægte BO3'ere ikke finder anvendelse.

98. Ved at handle med støtte fra formidlere over for forbrugere af kortbetalingsydelse (hvilket de ægte BO3'ere ikke gør) er der risiko for, at der fastsættes for høje gebyrer, som co-branding-partnerne og agenterne kan vælte over på forbrugerne, hvorved prisen på kortbetalingsydelserne stiger. Samme risiko gør sig gældende for BO4'ere, der samarbejder med andre finansielle institutioner.

99. Logikken bag nedsættelsen af disse indirekte interbankgebyrer er efter min opfattelse den samme i begge tilfælde. Derfor må forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), fortolkes således, at co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere ligestilles med BO4'ere.

100. Det samme resultat nås ved at tage højde for nødvendigheden af at sikre lige konkurrencevilkår mellem de forskellige modeller for betalingskortordninger, som er et andet vigtigt element i en systematisk og formålsfortolkning af forordningen.

101. En anvendelse af lofterne udelukkende på interbankgebyrer for BO4'ere, samtidig med at co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere frit kan fastsætte deres gebyrer, vil medføre en fordel for sidstnævnte, idet det giver dem mulighed for at benytte tredjemand til at udbrede deres kort på mere gunstige vilkår.

44 – American Express' tildeling af point i forbindelse med luftfartsselskabernes bonusprogrammer til co-branding-kortene (Amex/Alitalia, Amex/Iberia, Amex/Air France, osv.) er et eksempel på denne form for indirekte gebyr med tilsvarende virkning som interbankgebyret.

102. Hvis de udvidede BO3'ere fritages for de lofter, der gør sig gældende for BO4'ere, opnår de en uretmæssig fordel, idet de har flere muligheder for at honorere de virksomheder, der samarbejder med dem om markedsføringen af deres kort⁴⁵. Man kan ligeledes forestille sig, at en bank fungerer som agent for en BO3 uden at deltage i hverken udstedelse af kortet eller accept af betalinger med henblik på at opnå et højere gebyr⁴⁶.

103. Den mindre udbredelse af BO3'erne berettiger en fordelagtig behandling, når de udøver virksomhed uden at anvende en formidler. Når forordningen yder dem denne fordelagtige behandling og giver dem tilladelse til at forhandle gebyrer med de forretningsdrivende uden de begrænsninger, der gør sig gældende for BO4'erne, er det netop for at øge konkurrencen i sektoren for kortbetalinger. Denne konkurrencemæssige fordel er imidlertid ikke berettiget for uægte BO3'ere eller for ordninger, der anvender en co-branding-partner eller en agent⁴⁷, eftersom der i disse ordninger indgår en formidler, der skal honoreres, og hvor loftet for interbankgebyrerne eller lignende gebyrer bør finde anvendelse. Kendetegnene ved disse to ordninger ligger tæt op ad hinanden⁴⁸ på dette punkt, og dermed giver det ikke mening at give den ene ordning en fordel over for den anden.

104. Når alt kommer til alt, skal forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), fortolkes således, at BO3'ere, der udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent, skal anses for BO4'ere, uanset hvorvidt partneren eller agenten deltager i udstedelse og/eller accept af betalinger.

D. Det andet spørgsmål om gyldigheden af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18)

105. Den ligestilling, som jeg netop har plæderet for, baner vejen for den forelæggende rets andet spørgsmål, som er blevet stillet med henblik på netop denne situation. De argumenter, der fremlægges vedrørende gyldigheden af disse bestemmelser i forordningen, er forbundet med pligten til at fremsætte en begrundelse i artikel 296 TEUF, proportionalitetsprincippet og forekomsten af et eventuelt åbenbart urigtigt skøn foretaget af EU-lovgiver.

106. Jeg kan allerede nu nævne, at ingen af disse ugyldighedsgrunde forekommer mig at være begrundede. Jeg vil foretage en analyse af dem og forsøge ikke at gentage, hvad jeg allerede har gjort rede for.

1. Manglende begrundelse

107. Den forelæggende ret, som har gengivet Amex' anbringender, nærer tvivl for så vidt angår begrundelsen for forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18). Hverken forordningens bestemmelser eller betragtningerne hertil indeholder begrundelserne for, at BO3'ere med co-branding-udvidelser og agentudvidelser ligestilles med BO4'ere.

45 – I sit skriftlige indlæg nævner MasterCard som et eksempel på denne fordel den forskelsbehandling, som Alitalia siden den 9.12.2015 har foretaget mellem deres co-branding-kort med MasterCard (0,5 miles, når der købes for 1 EUR) og med Amex (1 mile, når der købes for 1 EUR). Betalingskortet BNL Duo nævnes også: Selv om dette kort gør det muligt at betale med MasterCard og Amex ved hjælp af den samme pin-kode, gør banken BNL i sit bonusprogram BNL PAYBACK forskel mellem betalinger med MasterCard (1 point, når der købes for 2 EUR) og med Amex (2 point, når der købes for 2 EUR).

46 – Det Forenede Kongeriges regering har henvist til risikoen for, at BO4'ere omdanner sig til BO3'ere med agentudvidelse (den finansielle institution bliver til agent) for at omgå de i forordningen fastsatte lofter for interbankgebyret.

47 – Den eneste fordel, der indrømmes de uægte BO3'ere over for BO4'erne, er fastlagt i forordningens artikel 1, stk. 5, in fine, som bestemmer: »For så vidt angår indenlandske betalingstransaktioner kan denne type betalingskortordning med tre parter dog fritages fra forpligtelserne i kapitel II indtil den 9.12.2018, forudsat at de kortbaserede betalingstransaktioner i en medlemsstat under en sådan betalingskortordning med tre parter ikke på årsbasis overstiger 3% af værdien af alle kortbaserede betalingstransaktioner foretaget i den pågældende medlemsstat«.

48 – MasterCard henviser i sit skriftlige indlæg til de eksempler på betalingskort, hvor det samme kort under samme varemærke anvendes af en BO3 og af en BO4. MasterCard har navnlig henvist til kortene Virgin Atlantic White Card og Virgin Atlantic Black Card, som er udstedt i en ordning under samme varemærke af Amex og af Visa sammen med luftfartsselskabet Virgin, samt kortene TSB Avios og Premier Avios, som er udstedt af Amex og MasterCard under samme varemærke sammen med den britiske bank TSB.

108. Nogle af betragtningerne forklarer navnlig begrundelsen for indførelsen af prislofter for interbankgebyrer, men de forklarer ikke udvidelsen heraf til de af BO3'erne anvendte aftaler om co-branding og agenturaftaler. 28. betragtning begrundede udvidelsen af anvendelsesområdet for forordningens bestemmelser fra BO4'ere til BO3'ere under visse omstændigheder, men den nævner ikke (ikke engang indirekte) co-branding- eller agenturaftaler.

109. Ifølge forelæggelsesafgørelsen er der heller ingen begrundelser for udvidelserne i forslaget til forordningen eller i den ledsagende konsekvensvurdering⁴⁹. Desuden var der i det forberedende arbejde fokus på ikke at gøre de lovbestemte lofter for BO4'ere i forordningen gældende for udvidede BO3'ere i betragtning af faktorer såsom sidstnævntes ringe markedsandel, begrænsede vækstudsigter og fokus på specifikke kunder⁵⁰.

110. Domstolen har foretaget en udtømmende fortolkning af pligten til at begrunde EU-retsakter, som er fastlagt i artikel 296 TEUF, stk. 2. Det fremgår af Domstolens faste praksis, at selv om begrundelsen af en retsakt skal være klar og utvetydig, kræves det ikke, at den angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige forhold. Spørgsmålet om, hvorvidt begrundelsespligten er overholdt, skal desuden ikke blot vurderes i forhold til retsaktens ordlyd, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt alle de retsregler, som gælder på det pågældende område⁵¹.

111. Når der er tale om en almen gyldig retsakt, behøver begrundelsen kun at angive de samlede omstændigheder, der har ført til, at retsakten er blevet udstedt, og de generelle formål, den skal opfylde. Domstolen har desuden ved flere lejligheder udtalt, at hvis det mål, der forfølges af institutionen, i det væsentlige fremgår af den almen gyldige retsakt, vil det være overflødigt at kræve en særlig begrundelse for de enkelte afgørelser af teknisk art, som institutionen har truffet⁵².

112. I betragtning af denne retspraksis er der efter min opfattelse ingen manglende begrundelse i forordningen, der kan berøre dens gyldighed for så vidt angår behandlingen af udvidede BO3'ere. Betragtningerne (navnlig 28. betragtning), som jeg har henvist til i forbindelse med behandlingen af det første præjudicielle spørgsmål, gør det muligt at forstå logikken bag ligestillingen af udvidede BO3'ere og BO4'ere. Dette har den portugisiske regering, Kommissionen, Rådet og Europa-Parlamentet anerkendt i deres indlæg.

113. Når det forberedende arbejde (konsekvensvurderingen og Kommissionens forslag) til forordningen ikke indeholder henvisninger til denne ligestilling, skyldes det, at den blev indført efterfølgende på Europa-Parlamentets initiativ i forbindelse med vedtagelsen, hvilket er fuldt ud lovligt.

114. De nævnte betragtninger begrundede behovet for at harmonisere og fastsætte lofter for interbankgebyrer i forbindelse med kortbaserede betalingstransaktioner på grund af forskellene medlemsstaterne imellem og den manglende mulighed for at kontrollere dem ved at anvende bestemmelserne om konkurrencebeskyttelse.

49 – Forslaget indgår i forslag til Europa-Parlamentets og Rådets forordning af 29.4.2015 om interbankgebyrer for kortbaserede betalingstransaktioner, COM(2013) 550 final. Konsekvensvurderingen indgår i Kommissionens Staff Working Document, SWD(2013) 288 final, af 24.7.2013, 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.

50 – Jf. 22. betragtning til og artikel 1, stk. 3, og artikel 2, stk. 15, i forslaget til forordning samt punkt 6.2.1.5, s. 56, i konsekvensvurderingen samt bilag 9 hertil, punkt 2.6, s. 194.

51 – Jf. i denne retning dom af 9.11.2013, Kommissionen mod Rådet (C-63/12, EU:C:2013:752, præmis 98 og 99), og af 16.6.2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 70).

52 – Jf. bl.a. dom af 18.6.2015, Estland mod Parlamentet og Rådet (C-508/13, EU:C:2015:403, præmis 60), og af 3.3.2016, Spanien mod Kommissionen (C-26/15 P, EU:C:2016:132, præmis 30 og 31).

115. Navnlig 28. betragtning, som blev indføjet af Europa-Parlamentet i forbindelse med vedtagelsen af forordningen, sammen med sidste punktum i artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), indeholder en tilstrækkelig begrundelse af forskellen mellem BO4'ere og BO3'ere. Efter en anerkendelse af, at indirekte interbankgebyrer forekommer, tilføjer Europa-Parlamentet, at BO3'ere skal ligestilles med BO4'ere, når de anvender andre tjenesteudbydere, for at skabe lige konkurrencevilkår.

116. Begrundelsen fuldendes med 31. betragtning, som nævner vigtigheden af at forhindre omgåelse af lofterne for interbankgebyret. Det anføres, at denne omgåelse kan opstå, hvis interbankgebyrerne ikke beregnes under hensyntagen til alle direkte eller indirekte betalinger, som en betalingskortordning kan foretage til de virksomheder, der samarbejder med ordningen om kortbaserede betalinger.

117. Disse begrundelser i forordningen forekommer mig at være tilstrækkelige og mere end opfylder begrundelsespligten for almen gyldige retsakter, som Domstolen har fastlagt. De forklarer de samlede omstændigheder, der har ført til, at retsakten er blevet udstedt, og de generelle formål, den skal opfylde. De henviser desuden til de enkelte afgørelser af teknisk art, som den omfatter, uden at det er nødvendigt, at de omfatter alle disse afgørelser.

118. Navnlig beslutningen om at ligestille BO4'ere med co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere udledes især af 28. og 31. betragtning. Der foreligger således ingen manglende begrundelse i forordningen, som kan føre til, at den er ugyldig.

2. Åbenbart urigtigt skøn

119. Den forelæggende ret, som atter gengiver Amex' argumenter, har udtrykt tvivl om gyldigheden af forordningen, idet EU-institutionerne i forbindelse med vedtagelsen heraf kan have foretaget et åbenbart urigtigt skøn ved at ligestille de omtvistede ordninger.

120. I henhold til Domstolens faste praksis må der indrømmes EU-lovgiver et vidt skøn inden for områder, der for lovgiver indebærer valg af politisk, økonomisk og social karakter, og hvor lovgiver skal foretage komplekse vurderinger. Kun såfremt en foranstaltning på disse områder er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det mål, som vedkommende institution forfølger, vil en sådan foranstaltning således kunne kendes ulovlig⁵³.

121. EU-institutionerne har efter min opfattelse ikke foretaget et urigtigt (og da slet ikke et *åbenbart* urigtigt) skøn ved at lade artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), indgå i forordningen. De af Amex anførte argumenter⁵⁴ mod EU-lovgivers beslutning om at ligestille co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere med BO4'ere afspejler selskabets interesse i, at denne ligestilling ikke finder sted, eftersom den begrænser dets muligheder for at konkurrere med Visa og MasterCard.

122. EU-institutionerne har imidlertid under lovgivningsproceduren taget de forskellige argumenter i betragtning og har endelig tilsluttet sig de argumenter, der taler for en ligestilling af ordningerne. Der er tale om et lovgivningspolitisk valg, der vedrører et kompleks økonomisk område (som interbankgebyrer for kortbetalinger er), og som uden tvivl lovligt kan træffes, hvis Unionens kompetente myndigheder er af den opfattelse, at det er at foretrække frem for det modsatte valg.

53 – Dom af 1.3.2016, National Iranian Oil Company mod Rådet (C-440/14 P, EU:C:2016:128, præmis 77), af 1.2.2007, Sison mod Rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75, præmis 33), af 16.12.2008, Arcelor Atlantique et Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728, præmis 57), af 8.6.2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 52), og af 17.10.2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661, præmis 47).

54 – Efter Amex' opfattelse er der intet rationelt grundlag for at behandle en BO3 som en BO4, blot fordi BO3'en har indgået en co-branding- eller agenturaftale. Ingen af disse strukturer ændrer ordningens grundlæggende karakter af en BO3. Opgaverne vedrørende udstedelse af kort og indløsning af betalinger udføres af betalingskortordningen på samme måde og af de samme parter ligesom ved ægte BO3'ere, som om de nævnte aftaler ikke fandtes. Ligestillingen er til skade for forbrugerne og for konkurrencen, idet det vil give BO3'erne et stærkt incitament til at undlade at indgå sådanne aftaler. Virkningen vil være en forringelse af forbrugernes valgmuligheder og mistede fordele for den effektive konkurrence mellem betalingsordninger.

123. Således som Rådet og Europa-Parlamentet har forklaret, har institutionerne forstået det således, at en manglende anvendelse af forordningens lofter på co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere ville give dem en uretmæssig konkurrencemæssig fordel i forhold til BO4'ere i sager som den foreliggende, hvor forskellen mellem ordningerne udviskes. Dette ville desuden give mulighed for at omgå lofterne for interbankgebyrerne.

124. Denne lovgivningspolitiske beslutning kan naturligvis blive udsat for kritik fra dens modtagere. Såfremt den, således som det her er tilfældet, er blevet vedtaget inden for rammerne af EU-lovgivers vide skønsbeføjelse efter en passende vurdering af de implicerede interesser, er de af Amex anførte argumenter imidlertid ikke tilstrækkelige til at bevirke, at vurderingen bliver usandsynlig, og kan på ingen måde begrunde, at beslutningen er foretaget på grundlag af et åbenbart urigtigt skøn.

3. Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet

125. Den forelæggende ret, som endnu en gang gengiver Amex' påstande, har udtrykt tvivl om ligestillingen af co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere med BO4'ere, denne gang henset til proportionalitetsprincippet.

126. Ifølge Amex udgør disse udvidelser, som BO3'erne har indgået aftale om med partnere eller agenter, et rimeligt og forholdsmæssigt afpasset middel til at indfri forordningens formål. Gennem ligestillingen med BO4'ere pålægges BO3'erne en drakonisk prisregulering uden god grund. Efter Amex' opfattelse er denne byrde åbenbart urimelig og er hverken passende eller nødvendig for at opnå de formål, der forfølges med forordningen, og tilsidesætter således proportionalitetsprincippet (artikel 5 TEU og artikel 5 i protokol nr. 2). Dermed er den ugyldig.

127. I henhold til Domstolens faste praksis kræver proportionalitetsprincippet, at EU-institutionernes retsakter skal være egnede til at nå de legitime mål, der forfølges med den omhandlede lovgivning, og ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at nå disse mål, hvorved det forudsættes, at såfremt det er muligt at vælge mellem flere egnede foranstaltninger, skal den mindst indgribende foranstaltning vælges, og de forvoldte ulemper må ikke være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål⁵⁵.

128. Domstolen har kun en begrænset mulighed for at foretage en kontrol af overholdelsen af de krav, som følger af proportionalitetsprincippet. Ifølge Domstolens faste praksis tilkommer der EU-lovgiver et vidt skøn på områder, hvor de foranstaltninger, der skal træffes, indebærer valg af både politisk og økonomisk og social karakter, og når EU-lovgiver skal foretage komplekse vurderinger. Det drejer sig således ikke om at få oplyst, om en foranstaltning på dette område var den eneste eller bedst mulige, idet det kun er såfremt foranstaltningen er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det mål, som de pågældende institutioner forfølger, at en sådan foranstaltning vil kunne kendes ulovlig⁵⁶.

129. EU-institutionerne har efter min opfattelse heller ikke overtrådt de krav, der følger af proportionalitetsprincippet i henhold til Domstolens fortolkning heraf, idet de har ligestillet co-branding-udvidelser og agentudvidelser af BO3'ere med BO4'ere.

130. Med fare for at gentage mig selv vil jeg minde om, at forordningen havde til formål at mindske konsekvenserne af omkostningerne ved kortbetalinger for forbrugerne, hvor interbankgebyret er den største post. Eftersom det er umuligt at nedsætte dem ved at anvende bestemmelserne om konkurrencebeskyttelse og i betragtning af gebyrernes varierende størrelse i de enkelte medlemsstater,

55 – Jf. i denne retning dom af 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 122), af 16.6.2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400, præmis 67 og 91), og af 4.5.2016, Polen mod Parlamentet og Rådet (C-358/14, EU:C:2016:323, præmis 78 og 79).

56 – Jf. i denne retning dom af 12.7.2001, Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420, præmis 82 og 83), af 10.12.2002, British American Tobacco (Investments) og Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741, præmis 123), af 8.6.2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321, præmis 52), og af 4.5.2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324, præmis 49).

besluttede EU-lovgiver at fastsætte maksimumsbeløb ex lege. Interbankgebyrerne kan let identificeres ved kortbetalinger foretaget af BO4'ere, som forordningen i sin helhed finder anvendelse på, og de gør sig ikke gældende for BO3'ere, hvilket forklarer, hvorfor sidstnævnte ikke er pålagt denne begrænsning, selv om de skal overholde andre af de i forordningen fastlagte betingelser.

131. Denne udelukkelse var begrænset til ægte BO3'ere, dvs. ordninger, som ikke indebærer et samarbejde med tredjemand, og hvor der hverken findes interbankgebyrer eller tilsvarende gebyrer. EU-lovgiver var imidlertid af den opfattelse, at når der indgår en tredjemand, må BO3'en tilbyde denne en betaling, som kan have en tilsvarende virkning som interbankgebyrerne. Denne omstændighed foreligger i de tre tilfælde, som er nævnt i forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), dvs. når BO3'en samarbejder med tredjemand gennem licens til udstedelse eller indløsning af betalinger, co-branding-udvidelser og agentudvidelser.

132. Som Rådet, Kommissionen og Europa-Parlamentet har anført i deres skriftlige indlæg, har EU-lovgiver således ikke truffet en foranstaltning, der er åbenbart uhensigtsmæssig i forhold til det forfulgte mål. Den ligestilling, som foretages på de allerede nævnte betingelser, overholder proportionalitetsprincippet, fordi det er en foranstaltning, der er relevant for at genoprette lige konkurrencevilkår mellem betalingskortordninger, der anvender tredjemand til at udvide deres forretninger og honorerer dem⁵⁷ med interbankgebyrer eller gebyrer med tilsvarende virkning. Jeg er ligeledes af den opfattelse, at det er en hensigtsmæssig, nødvendig og forholdsmæssigt afpasset foranstaltning til at forhindre omgåelsen af lofterne for interbankgebyrerne.

133. Amex har endelig anført, at denne ligestilling er en uforholdsmæssig foranstaltning, idet den krænker friheden til at oprette og drive egen virksomhed, som er beskyttet ved artikel 16 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«). Denne påstand er imidlertid ikke overbevisende efter min opfattelse.

134. Friheden til at oprette og drive egen virksomhed, fortolket i lyset af chartrets artikel 52, stk. 1, er ikke uforenelig med forordningen. Det er muligt at begrænse den, hvis dette sker ved lov, og såfremt det er i overensstemmelse med frihedens kerneindhold, begrænsningerne er nødvendige og faktisk opfylder mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder⁵⁸.

135. Lofterne for størrelsen på interbankgebyrerne, som er fastlagt i forordningen, har til formål at beskytte forbrugernes interesse, dvs. at undgå, at kortbetalinger medfører uberettigede prisstigninger, således som jeg har nævnt.

136. Denne samt andre begrænsninger i forordningen berører ikke kerneindholdet af friheden til at oprette og drive egen virksomhed, blot fordi den gør sig gældende for en bestemt kategori af BO3'ere samt BO4'ere. Det fremgår ikke, hvorfor friheden til at oprette og drive egen virksomhed er overholdt for så vidt angår sidstnævnte, men ikke for så vidt angår førstnævnte.

57 – Jeg tilslutter mig Europa-Parlamentets interessante argument, som fremgår af punkt 58 i dets skriftlige indlæg: Hvis co-branding-udvidelser og agentudvidelser ikke indebærer nogen direkte eller indirekte betaling til partnerne eller agenterne under BO3'en, finder forordningens lofter ikke anvendelse, idet der hverken foreligger et interbankgebyr eller gebyrer med tilsvarende virkning.

58 – Dom af 6.9.2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10, EU:C:2012:526, præmis 54), og af 17.12.2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2015:823, præmis 66 og 68).

137. Der er ganske enkelt tale om en regulering af en sektor, der er kendetegnet ved de offentlige myndigheders indgriben, med henblik på at sikre, at markedet fungerer bedst muligt, og beskytte brugerne af betalingskort. Desuden må det tages i betragtning, at lofterne for interbankgebyrerne er blevet beregnet af EU-lovgiver under anvendelse af den såkaldte »Merchant Indifference Test«⁵⁹, netop for ikke at berøre betalingskortordningernes økonomiske levedygtighed.

138. Under alle omstændigheder bør det bemærkes, at forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), er omfattet af en overgangsperiode for BO3'erne, der udløber den 9. december 2018.

139. Den foregående gennemgang har ikke afdækket noget, der kan berøre gyldigheden af forordningens artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18).

IV. Forslag til afgørelse

140. På baggrund af disse overvejelser foreslår jeg, at Domstolen afviser de af High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (ret i første instans (England og Wales) (forvaltningsretlige sager), Det Forenede Kongerige) forelagte spørgsmål og, subsidiært, besvarer dem således:

- »1) Artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/751 af 29. april 2015 om interbankgebyrer for kortbaserede betalingstransaktioner skal fortolkes således, at [BO3'ere], der udsteder kortbaserede betalingsinstrumenter sammen med en partner under samme varemærke eller gennem en agent, skal anses for betalingskortordninger med fire parter, uanset hvorvidt partneren eller agenten deltager i udstedelse og/eller accept af betalinger.
- 2) Intet er blevet frembragt, der kan berøre gyldigheden af artikel 1, stk. 5, og artikel 2, nr. 18), i forordning 2015/751.«

59 – 20. betragtning til direktivet er affattet således: »Lofterne i denne forordning er baseret på den såkaldte »Merchant Indifference Test«, der er beskrevet i den økonomiske faglitteratur, og som gør det muligt at identificere det gebyr, som en forretningsdrivende vil være rede til at betale, hvis den forretningsdrivende sammenligner de omkostninger, der er forbundet med en forbrugers brug af et betalingskort, med de omkostninger, der er forbundet med (kontant)betalinger uden kort.« Dermed er lofterne for interbankgebyrerne blevet beregnet således, at de ikke tilskynder til at anvende kontantbetaling eller andre betalingsformer frem for kortbetalinger.