



Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
föredraget den 6 juli 2017¹

Mål C-304/16

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

(begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Administrative Court) (Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench (avdelningen för förvaltningsmål), Förenade kungariket)

”Förordning (EU) 2015/751 – Kortbaserade betalningstransaktioner – Förmedlingsavgifter för kortbaserade betalningstransaktioner – Fyrpartsbetalningsordning för kontokort – Trepartsbetalningsordning för kontokort – Begreppet kortutgivare – Trepartsbetalningsordning med en *co-branding-partner* – Trepartsbetalningsordning med en agent”

1. Bakom en så vanlig och till synes enkel transaktion som en kortbetalning vid köp av varor och tjänster döljer sig ett komplicerat nät av rättsförhållanden som konsumenterna knappast märker av. Utöver konsumenten och handlaren medverkar åtminstone deras bank eller banker och kontokortsföretaget i varje kortbaserad transaktion.

2. Ett av de viktigaste inslagen i det nätet är avgifterna² som finansinstituten tar ut för tjänster de tillhandahåller konsumenterna och handlare för att göra det möjligt att använda kontokort. Efter det att Europeiska kommissionen tillämpade konkurrensreglerna på betalningssystemet MasterCard's ”multilaterala förmedlingsavgifter”³ har domstolen haft tillfälle att uttala sig om dessa.⁴

3. Domstolen har nu att ta ställning till en annan fråga som rör skillnaden mellan de två viktigaste typerna av betalningsordningar⁵ för kontokort: fyrpartsbetalningsordningar (som är den vanligaste typen och som bland annat innefattar MasterCard och Visa) och trepartsbetalningsordningar (som bland annat används av American Express och Diners Club).

1 Originalspråk: spanska.

2 Ordet ”avgift” används här i vid mening, och jag kommer behandla dess egenskaper och underkategorier längre fram. Den vanligaste underkategorin (som är relevant för förevarande mål) är den så kallade förmedlingsavgiften.

3 Nedan kallade multilaterala förmedlingsavgifter.

4 Dom av den 11 september 2014, MasterCard/kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201).

5 Uttrycken ”kontokorts nätverk” och ”kontokortssystem” används som synonymer till ”betalningsordningar för kontokort”.

4. I förordning (EU) 2015/751⁶ föreskrivs ett tak för förmedlingsavgifterna i fyrpartsbetalningsordningar, medan avgifterna får fastställas fritt i trepartsordningar. Eftersom skillnaderna mellan de två systemen inte framgår klart av förordningen, ankommer det på domstolen att klargöra dessa om den hänskjutande domstolens fråga tas upp till sakprövning.

I. Tillämpliga bestämmelser: unionsrätt

5. Förmedlingsavgiften utgör en av de viktigaste kostnaderna vid kortbaserade betalningstransaktioner. På grund av skillnaderna mellan medlemsstaterna, vilka hade en negativ inverkan på integrationen av den europeiska marknaden för massbetalningar (till skillnad från kontantbetalningar), valde unionen att harmonisera förmedlingsavgifterna för att sänka och förbättra kontrollen av dem.

6. Det var syftet med att anta förordningen. Eftersom det rör sig om en rättsakt som är direkt tillämplig, krävs det i princip inte att det utarbetas några nationella genomförandebestämmelser (utom med avseende på sanktioner, vars fastställande och tillämpning har anförtrotts medlemsstaterna, enligt den uttryckliga hänvisningen i artikel 14.1 i förordningen).

7. I förordningen har båda typerna av betalningsordningar för kontokort beaktats: fyrpartsbetalningsordningar och trepartsbetalningsordningar. I de nedan återgivna skälen anges följande med avseende på dessa betalningsordningar:

”(28) Kortbaserade betalningstransaktioner utförs normalt på grundval av två huvudsakliga affärsmodeller, s.k. *trepartsbetalningsordning för kontokort* (kortinnehavare – ordning för inlösen och utgivande – handlare) och *fyrpartsbetalningsordning för kontokort* (kortinnehavare – utgivande bank – inlösande bank – handlare). Många fyrpartsbetalningsordningar för kontokort använder en explicit förmedlingsavgift, som oftast är multilateral. För att ta hänsyn till förekomsten av implicita förmedlingsavgifter och bidra till att skapa lika villkor bör de trepartsbetalningsordningar för kontokort som använder betaltjänstleverantörer som utgivare eller inlösare anses vara fyrpartsbetalningsordningar för kontokort och de bör följa samma regler, samtidigt som öppenhet och andra företagsrelaterade regler bör gälla för alla leverantörer. Med tanke på de särdrag som dessa trepartsbetalningsordningar för kontokort uppvisar är det dock lämpligt att under en övergångsperiod då medlemsstaterna får besluta att inte tillämpa reglerna för tak för förmedlingsavgiften om sådana ordningars marknadsandel är mycket begränsad i den berörda medlemsstaten.

(29) Utgivningstjänsten är grundad på ett avtalsförhållande mellan utgivaren av betalningsinstrumentet och betalaren, oberoende av om utgivaren innehar medlen för betalarens räkning. Utgivaren tillhandahåller betalaren kontokort, godkänner transaktioner vid terminaler eller deras motsvarighet och kan garantera betalning till inlösaren för transaktioner som överensstämmer med reglerna för den relevanta ordningen. Att endast tillhandahålla kontokort eller tekniska tjänster, t.ex. att bara bearbeta och lagra uppgifter, innebär inte ett utgivande.

...

(32) Konsumenterna är ofta inte medvetna om de avgifter som handlarna betalar för de betalningsinstrument som de använder. Samtidigt kan ett antal incitament som tillämpas av utgivare (t.ex. resevoucharer, bonusar, rabatter, återbetalning av vissa belopp, kostnadsfria försäkringar osv.) styra konsumenterna till att använda betalningsinstrument som därmed genererar höga avgifter för utgivare. För att motverka detta bör åtgärderna med restriktioner för förmedlingsavgifter endast tillämpas på kontokort som har blivit massprodukter och som det i

⁶ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/751 av den 29 april 2015 om förmedlingsavgifter för kortbaserade betalningstransaktioner (EUT L 123, 2015, s. 1, nedan kallad förordningen).

allmänhet är svårt för handlarna att neka att ta emot eftersom de ges ut och används i stor utsträckning (dvs. debet- och kreditkort för konsumenter). För att stärka en effektivt fungerande marknad i icke-reglerade delar av sektorn och för att begränsa överföring av verksamhet från de reglerade till de icke-reglerade delarna av sektorn är det nödvändigt att anta en rad åtgärder, bland annat att separera ordningar och infrastruktur, att betalningsmottagaren kan rikta styråtgärder mot betalaren och att betalningsmottagaren kan välja vilka betalningsinstrument som godtas.

- (33) En separation av ordningarna och infrastrukturen bör ge alla bearbetare möjlighet att konkurrera om ordningarnas kunder. Eftersom bearbetningskostnaderna utgör en betydande del av de sammanlagda kostnaderna vid kortbetalningar är det viktigt att denna del av värdekedjan öppnas för ändamålsenlig konkurrens. På grundval av en separation av ordningarna och infrastrukturen bör betalningsordningarna för kontokort och bearbetningsenheterna vara oberoende vad gäller redovisning, organisation och beslutsfattande.

...”

8. I artikel 1, som ingår i kapitel I ("Allmänna bestämmelser), föreskrivs följande:

”1. I denna förordning fastställs enhetliga tekniska krav och verksamhetskrav för sådana kortbaserade betalningstransaktioner inom unionen där både betalarens betaltjänstleverantör och betalningsmottagarens betaltjänstleverantör är belägna i unionen.

...

3. Kapitel II ska inte tillämpas på följande:

- a) Transaktioner med företagskort.
- b) Kontantuttag i uttagsautomater eller över disk hos en betaltjänstleverantör.
- c) Transaktioner med kontokort som utgivits av trepartsbetalningsordningar för kontokort.

4. Artikel 7 ska inte tillämpas på trepartsbetalningsordningar för kontokort.

5. När en trepartsbetalningsordning för kontokort ger andra betaltjänstleverantörer licens att ge ut kortbaserade betalningsinstrument eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner, eller båda, eller ger ut kortbaserade betalningsinstrument med *co-branding*-partner eller genom en agent, anses det vara en fyrapartsbetalningsordning för kontokort. När det gäller inhemska betalningstransaktioner kan dock en sådan trepartsbetalningsordning för kontokort fram till den 9 december 2018 undantas från skyldigheterna enligt kapitel II, under förutsättning att de kortbaserade betalningstransaktioner som görs i en medlemsstat inom ramen för en sådan trepartsbetalningsordning för kontokort på årsbasis inte överstiger 3 % av värdet av alla kortbaserade betalningstransaktioner i den medlemsstaten.”

9. Artikel 2 innehåller en lång förteckning över definitioner av de termer som används: I förevarande mål är leden 2, 10–12, 15–18 och 32 av särskilt intresse och de har följande ordalydelse:

”I denna förordning gäller följande definitioner:

...

- 2) *Utgivare*: en betaltjänstleverantör som ingår avtal om att tillhandahålla en betalare ett betalningsinstrument för att initiera och bearbeta betalarens kortbaserade betalningstransaktioner.

...

- 10) *Förmedlingsavgift*: en avgift som betalas för varje transaktion direkt eller indirekt (t.ex. genom en tredje part) mellan den utgivare och den inlösare som deltar i en kortbaserad betalningstransaktion. Nettokompensationen eller andra överenskomna ersättningar anses utgöra en del av förmedlingsavgiften.
- 11) *Nettokompensation*: det totala nettobeloppet på betalningar, rabatter eller incitament som en utgivare mottagit av en betalningsordning för kontokortverk, en inlösare eller varje annan mellanhand vid kortbaserade betalningstransaktioner eller relaterad verksamhet.
- 12) *Handlarens serviceavgift*: en avgift som betalas av betalningsmottagaren till inlösaren vid kortbaserade betalningstransaktioner.

...

- 15) *Kontokort*: en kategori betalningsinstrument som gör det möjligt för betalaren att initiera en debetkorts- eller kreditkortstransaktion.
- 16) *Betalningsordning för kontokort*: En uppsättning regler, förfaranden och standarder och/eller genomföranderiktlinjer för att genomföra kortbaserade betalningstransaktioner och som är avskilda från de infrastrukturer eller betalningssystem som driften sker på och som omfattar ett särskilt beslutsfattande organ, en särskild organisation eller enhet som ansvarar för att ordningen fungerar.
- 17) *Fyrpartsbetalningsordning för kontokort*: en betalningsordning för kontokort där de kontokortbaserade betalningstransaktionerna görs från en betalares betalkonto till en betalningsmottagares betalkonto med hjälp av ordningen, en utgivare (på betalarens sida) och en inlösare (på betalningsmottagarens sida).
- 18) *Trepartsbetalningsordning för kontokort*: en betalningsordning för kontokort där ordningen själv står för utgivande och inlösande tjänster och kortbaserade betalningstransaktioner görs från betalarens betalkonto till betalningsmottagarens betalkonto inom ordningen. När en trepartsbetalningsordning för kontokort ger andra betaltjänstleverantörer licens att ge ut kortbaserade betalningsinstrument eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner, eller båda, eller ger ut kortbaserade betalningsinstrument med en co-branding-partner eller genom en agent, anses det vara en fyrpartsbetalningsordning för kontokort.

...

- 32) *Co-branding*: inbegripande av minst ett betalmärke och minst ett varumärke som inte är ett betalmärke på samma kortbaserade betalningsinstrument.

...”

10. Artikel 3.1 har följande lydelse:

”Leverantörer av betalningstjänster får inte erbjuda eller begära en förmedlingsavgift per transaktion som överstiger 0,2 % av transaktionsvärdet för någon debetkortstransaktion.”

11. I artikel 4 föreskrivs följande:

”Betaltjänstleverantörer ska inte erbjuda eller begära en förmedlingsavgift per transaktion som överstiger 0,3 % av transaktionsvärdet för någon kreditkortstransaktion. För inhemska kreditkortstransaktioner får medlemsstaterna fastställa ett lägre tak på förmedlingsavgiften per transaktion.”

12. Artikel 5 har följande lydelse:

”Vid tillämpningen av de tak som avses i artiklarna 3 och 4 ska eventuell annan överenskommen ersättning, inbegripet nettokompensation, med motsvarande syfte eller verkan för förmedlingsavgiften, som en utgivare mottagit från en betalningsordning för kontokort, en inlösare eller varje annan mellanhand, vid betalningstransaktioner eller relaterad verksamhet behandlas som en del av förmedlingsavgiften.”

13. I artikel 7, som inte är tillämplig på trepartsbetalningsordningar, regleras separation av betalningsordningar för kontokort och bearbetningsenheter.

II. Målet vid den nationella domstolen och tolkningsfrågor

14. American Express Company (nedan kallat Amex) är ett internationellt tjänsteföretag med säte i New York, som genom sina dotterbolag tillhandahåller betalnings-, rese- och valutatjänster samt lojalitetsprogram, och samtidigt bedriver verksamhet i form av utgivande och inlösen av kontokort i hela världen, inbegripet Europeiska unionen.

15. Detta företag använder American Express betalningsordning för kontokort, vilken betecknas som en trepartsbetalningsordning. Amex har i EU ingått ett antal avtal med andra företag om *co-branding* och tillhandahållande av tjänster. Enligt dessa avtal, med förbehåll för hur förordningen ska tolkas, är de restriktioner som föreskrivs för fyrpartsbetalningsordningar för kontokort i förordningen tillämpliga på företagets transaktioner.

16. Diners Club International Limited, som är ett dotterbolag till Discover Financial Services och använder Diners Clubs trepartsbetalningsordning för kontokort, befinner sig i en liknande situation och stödjer Amex argument i målet vid den nationella domstolen.

17. MasterCard Europe SA (nedan kallat MasterCard), som är det viktigaste europeiska dotterbolaget till MasterCard Incorporated, medverkar också i målet. Företaget driver världsomspännande fyrpartsbetalningsordningar för kredit- och debetkort under namnet MasterCard. Detta företag, som har fått tillstånd av den hänskjutande domstolen att intervensera i målet, har vänt sig mot Amex argument.

18. Amex har ansökt om prövningstillstånd vid den hänskjutande domstolen och begärt prövning av Her Majesty's Treasury's (Förenade kungarikets ekonomi- och finansdepartement)⁷ skyldighet eller avsikt att genomföra och tillämpa vissa aspekter av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen.

19. Tvistefrågan rör närmare bestämt två av de tre situationer som avses i artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen, i vilka det föreskrivs att vissa trepartsbetalningsordningar för kontokort ska anses vara fyrpartsbetalningsordningar.

⁷ Nedan kallat finansministeriet. Det är det förvaltningsorgan som ansvarar för att tillämpa förordningen i Förenade kungariket.

20. Den hänskjutande domstolen har angett att parterna är eniga om, och att den inte hyser något tvivel om, tillämpningen av den första situationen som anges i de bestämmelserna: När en trepartsbetalningsordning ger andra betaltjänstleverantörer licens att ge ut kontokort eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner, eller båda, omfattas denna ordning av förordningen på samma sätt som fyrpartsbetalningsordningar.

21. Tvivlen rör de andra två situationerna, det vill säga när en trepartsbetalningsordning ger ut "kortbaserade betalningsinstrument med en *co-branding*-partner eller genom en agent". Den hänskjutande domstolen vill att EU-domstolen ska klargöra huruvida en trepartsbetalningsordnings verksamhet i sådana fall kan likställas med en fyrpartsbetalningsordning, i den mening som avses i förordningen, under alla förhållanden (det vill säga att det räcker att det finns en *co-branding*-partner eller en agent) eller enbart när denna partner eller agent är en betaltjänstleverantör som ger ut kontokorten.

22. Om en trepartsbetalningsordning ska anses vara en fyrpartsbetalningsordning till följd av att en *co-branding*-partner eller en agent medverkar, undrar den hänskjutande domstolen avslutningsvis om artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen är giltiga.

23. Mot bakgrund av detta beslutade High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench (avdelningen för förvaltningsmål) den 30 maj 2016 att hänskjuta följande tolkningsfrågor till domstolen:

"1) Gäller kravet i artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordning ... 2015/751 på att en trepartsbetalningsordning för kontokort som ger ut kortbaserade betalningsinstrument med en *co-branding*-partner eller genom en agent ska anses vara en fyrpartsbetalningsordning för kontokort, endast såvitt *co-branding*-partnern eller agenten är 'utgivare' i den mening som avses i artikel 2.2 och skäl 29 i den förordningen (nämligen om nämnda partner eller agent har ett avtalsförhållande med betalaren, i enlighet med vilket partnern eller agenten har avtalat att tillhandahålla betalaren ett betalningsinstrument för att initiera och bearbeta betalarens kortbaserade betalningstransaktioner)?

2) Om fråga 1 ska besvaras nekande, är artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen om förmedlingsavgifter ogiltiga, i den del det i dessa föreskrivs att sådana arrangemang ska anses utgöra fyrpartsbetalningsordningar, på grund av

- a) underlåtenhet att tillhandahålla en motivering i enlighet med artikel 296 FEUF,
- b) en uppenbart oriktig bedömning och/eller
- c) åsidosättande av proportionalitetsprincipen?"

24. I förfarandet vid domstolen har Amex, MasterCard, Förenade kungarikets och Portugals regeringar, kommissionen, rådet och Europaparlamentet gett in skriftliga yttranden. Vid förhandlingen som hölls den 27 april 2017 medverkade Amex, MasterCard, Förenade kungarikets regering, kommissionen, rådet och Europaparlamentet.

III. Bedömning

25. Kommissionen, Europaparlamentet och rådet anser att tolkningsfrågorna bör avvisas. Innan jag eventuellt gör en prövning i sak, ska jag behandla deras invändningar. Om en sakprövning ska göras, direkt eller i andra hand, bör den för att underlätta förståelsen föregås av en redogörelse för de rättsförhållanden som föreligger vid kortbaserade betalningstransaktioner.

A. Huruvida tolkningsfrågorna kan tas upp till sakprövning

26. De tre institutionerna, som alla anser att tolkningsfrågorna bör avvisas, har anfört följande argument: a) Det föreligger inte någon verklig tvist mellan parterna, eftersom frågan om laglighetsprövning ("judicial review") av Förenade kungarikets regerings "avsikt och/eller skyldighet" att tillämpa en förordning i själva verket innebär ett sätt att kringgå det rättsmedelssystem som infördes genom FEUF. b) Den fråga som ställts är av hypotetisk karaktär. c) Den hänskjutande domstolen har inte redogjort för de relevanta faktiska och rättsliga omständigheterna och inte heller för bakgrunden till frågan om giltigheten av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen.

27. Denna begäran om förhandsavgörande är förvisso atypisk och innehåller en rad besynnerligheter som skulle kunna motivera att den avvisas, i enlighet med domstolens praxis och artikel 94 i dess rättegångsregler.

28. För det första har den hänskjutande domstolen inte redogjort för tvistens faktiska sammanhang. Den har bara angett att Amex ansökan om prövningstillstånd rör "motpartens [(finansministeriets)] skyldighet eller avsikt att tillämpa vissa aspekter av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen i Förenade kungariket". Den har inte klargjort närmare på vilket sätt de brittiska myndigheterna har för avsikt att tillämpa de omtvistade bestämmelserna och inte heller om de redan har tillämpat dem.

29. För det andra anges det i beslutet att begära förhandsavgörande att Amex, i egenskap av sökande, och finansministeriet, i egenskap av motpart, är eniga om hur tvisten ska lösas. Motparten har i själva verket inte bestritt sökandens ansökan. Dessutom har motparten samarbetat med sökanden för att få till stånd en begäran om förhandsavgörande.

30. För det tredje har den hänskjutande domstolen bara återgett parternas argument och inte angett skälen till att den har begärt ett förhandsavgörande eller varför dess frågor är nödvändiga för att avgöra (den påstådda) tvisten. I själva verket har den hänskjutande domstolen vidarebefordrat en handling som parterna har utarbetat och som den har fört in i sitt beslut.⁸

31. En begäran om förhandsavgörande som framställs under sådana omständigheter borde inte tas upp till sakprövning av domstolen.

32. Det föreligger emellertid en speciell omständighet som kanske kan förklara den hänskjutande domstolens agerande. Frågorna har uppkommit i samband med en ansökan om laglighetsprövning ("judicial review") av Förenade kungarikets "avsikt och/eller skyldighet" att tillämpa en bestämmelse i unionens sekundärrätt. Det är ett sui generis-förfarande i brittisk rätt som i praktiken gör det möjligt för enskilda att begära en tolkning eller en ogiltigförklaring av en rättsakt som (ännu) inte har tillämpats på dem.

33. Jag anser att domstolen har varit ganska generös då den godtagit tolkningsfrågor från brittiska domstolar som hänskjutits inom ramen för sådana förfaranden, när det handlar om att pröva giltigheten av unionsrättsliga bestämmelser.⁹ På så sätt får enskilda som tvistar i Förenade kungariket (till skillnad från enskilda i andra medlemsstater) enligt min uppfattning möjlighet att ifrågasätta giltigheten av allmänt tillämpliga unionsrättsakter, redan innan de kan få rättsverkningar i den nationella rätten.¹⁰ Jag ska återkomma till denna fråga längre fram.

⁸ I den handlingen, som parterna har enats om, anges däremot skälen till att ett förhandsavgörande bör begäras och vilka frågor som bör ställas.

⁹ Dom av den 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), punkterna 32–41, dom av den 3 juni 2008, Intertanko m.fl. (C-308/06, EU:C:2008:312), punkterna 30–35, dom av den 8 juli 2010, Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419), punkterna 13–26, dom av den 4 maj 2016, Philip Morris Brand m.fl. (C-547/14, EU:C:2016:325), punkterna 30–36, och dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), punkterna 14–31.

¹⁰ Så var till exempel fallet i de mål som rörde giltigheten eller tolkningen av vissa direktiv innan fristen för införlivande av dem hade löpt ut.

34. Det finns emellertid flera skäl som talar för att begäran ska tas upp till sakprövning. Det första är att EU-domstolen presumerar att tolkningsfrågorna är relevanta, till följd av den nationella domstolens utrymme för att skönsmässigt bedöma om en begäran om förhandsavgörande är nödvändig. Det är emellertid en presumtion som kan motbevisas.¹¹

35. Det är dessutom av betydelse att EU-domstolen tidigare har besvarat tolkningsfrågor som brittiska domstolar har hänskjutit i samma typ av förfaranden rörande *judicial review*.¹² Visserligen har merparten av dessa tidigare fall rört tolkningen av direktiv, men det föreligger enligt min uppfattning inte några oöverstigliga hinder för att utvidga dem till att omfatta tolkningen eller giltigheten av en förordning.¹³

36. En förordning är direkt tillämplig (artikel 288 andra stycket FEUF), vilket innebär att den inte kan bli föremål för närmare precisering genom att medlemsstaterna antar lagar och andra författningar, om det inte föreskrivs i själva förordningen.¹⁴ Förordningar kräver i många fall att de nationella myndigheterna ska svara för deras administrativa genomförande, och det förekommer ofta att detta genomförande ger upphov till frågor vid de nationella domstolarna om hur vissa av bestämmelserna i dem ska tolkas eller om deras giltighet.¹⁵

37. Så är fallet i förevarande mål, eftersom det finns minst två olika sätt att tolka och tillämpa artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen på trepartsbetalningsordningar för kontokort och det kan anföras skäl för att dessa ska anses ogiltiga.

38. Dessutom följer det inte av domstolens praxis att tolkningsfrågor bara kan tas upp till sakprövning om det i den nationella lagstiftningen verkligen har föreskrivits åtgärder för att genomföra en unionsrättsakt. Det räcker att en verklig tvist har anhängiggjorts vid domstolen där rättsaktens tolkning eller giltighet ifrågasätts.

39. För det tredje har den hänskjutande domstolen tagit upp den ursprungliga talan till prövning, vilket betyder att den anser att tvisten har anhängiggjorts i enlighet med gällande regler i den nationella lagstiftningen.¹⁶ Möjligheten att pröva tolkningen och tillämpningen av de två ovannämnda artiklarna före deras administrativa tillämpning, tycks inte vålla den hänskjutande domstolen några processuella problem.

11 Det följer av fast rättspraxis att det ankommer uteslutande på den nationella domstolen, vid vilken målet anhängiggjorts och vilken har ansvaret för det rättsliga avgörandet, att mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i målet bedöma såväl om ett förhandsavgörande är nödvändigt för att döma i saken, som relevansen av de frågor som ställs till EU-domstolen. EU-domstolen är följaktligen i princip skyldig att meddela ett förhandsavgörande när de frågor som ställs av den nationella domstolen avser tolkningen eller giltigheten av unionsrätt. Av detta följer att frågor som rör unionsrätt presumeras vara relevanta. En begäran från en nationell domstol kan bara avvisas då det är uppenbart att den begärda tolkningen eller giltighetsprövningen av unionsrätten inte har något samband med de verkliga omständigheterna eller saken i det nationella målet eller då frågorna är hypotetiska eller EU-domstolen inte har tillgång till sådana uppgifter om de faktiska eller rättsliga omständigheterna som är nödvändiga för att kunna ge ett användbart svar på de frågor som ställs till den (dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl., C-62/14, EU:C:2015:400, punkterna 24 och 25, dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), punkterna 15 och 16, dom av den 5 juli 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, punkt 19, dom av den 15 november 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, punkt 54, och dom av den 28 mars 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, punkterna 50 och 155).

12 Se fotnot 9.

13 Dom av den 8 juni 2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321), utgör ett fall där domstolen tog upp en tolkningsfråga rörande en förordning till sakprövning, vilken hade hänskjutits inom ramen för ett brittiskt domstolsförfarande för giltighetsprövning. I det fallet vände sig mobiltelefonnätoperatörerna till High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench (avdelningen för förvaltningsmål)) och väckte talan mot Mobile Roaming Regulations 2007 (förordning om roaming vid mobiltelefoni), vilken innehöll föreskrifter för att genomföra vissa bestämmelser i förordning nr 717/2007 i Förenade kungariket. Det är emellertid viktigt att understryka att den talan, till skillnad från den här aktuella dels riktade sig mot nationella bestämmelser om tillämpning av en förordning, dels att det där förelåg en verklig tvist mellan mobiltelefonnätoperatörerna och den brittiska regeringen. Den sistnämnda ansåg att talan var orgrundad och att inget förhandsavgörande skulle begäras.

14 Enligt artikel 13 i förordningen får medlemsstaterna utse behöriga myndigheter som ska se till att den genomförs. Medlemsstaterna ska dessutom kräva att de behöriga myndigheterna effektivt övervakar efterlevnaden av bestämmelserna i förordningen, för att förhindra att betaltjänstleverantörerna kringgår dess efterlevnad. Enligt artikel 14 ska medlemsstaterna också fastställa bestämmelser om sanktioner för överträdelse av förordningen.

15 Domen av den 8 juni 2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321) är ett exempel på detta.

16 På sidan 2 i den engelska versionen av beslutet att begära förhandsavgörande anges följande: "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".

40. Avslutningsvis är det uppenbart att den hänskjutande domstolens sätt att utforma beslutet att begära förhandsavgörande skulle kunna förbättras, med tanke på att den bara har återgett parternas beskrivning av de faktiska och rättsliga omständigheterna, utan att själv redogöra för dem.¹⁷ Trots det gör beslutet som helhet det möjligt att i tillräcklig mån skapa sig en uppfattning om de faktiska och de rättsliga omständigheterna,¹⁸ och det har gjort det möjligt för de berörda parterna (kommissionen, rådet, Europaparlamentet, Förenade kungarikets regering och den portugisiska regeringen, Amex och MasterCard) att inkomma med synpunkter i enlighet med artikel 23 i stadgan för Europeiska unionens domstol.

41. Även om dessa argument väger tungt, anser jag att det finns två argument för att tolkningsfrågorna ska avvisas som väger tyngre.

42. Förfaranden som detta ger parterna i mål vid Förenade kungarikets domstolar möjlighet att ”kringgå” de begränsningar av talerätten som föreskrivs för talan om ogiltigförklaring av allmänt tillämpliga unionsrättsakter. Genom att, såsom är fallet här, använda sig av förfarandet för förhandsavgörande får de betydande processuella fördelar, eftersom de kan ifrågasätta dessa rättsakters laglighet redan före deras administrativa genomförande och med beaktande av de framtida, och inte de aktuella, verkningarna för den rättsliga ställningen för dem som rättsakterna riktar sig till.¹⁹

43. Om en begäran om förhandsavgörande av det här slaget tas upp till sakprövning, kan det ge upphov till diskriminering vid användningen av förfarandet för förhandsavgörande, till men för enskilda i de andra medlemsstaterna som måste vänta på att de berörs av ett förvaltningsbeslut där rättsakten tillämpas innan de kan angripa den och eventuellt väcka talan om ogiltigförklaring av såväl förvaltningsbeslutet som den unionsrättsliga bestämmelse som ligger till grund för det.

44. Enligt logiken bakom unionens rättsmedelssystem, får talan om ogiltigförklaring endast väckas av sökande som har en allmän talerätt eller av enskilda som direkt och individuellt berörs av en viss rättsakt. Samtidigt som de sistnämnda inom en viss tid måste väcka (direkt) talan om ogiltigförklaring vid tribunalen, ges de ingen möjlighet att yrka att den nationella domstolen, dessförinnan eller parallellt, ska begära ett förhandsavgörande rörande giltigheten.²⁰

45. Jag anser att denna egenskap hos systemet för rättsmedel mot unionsrättsakter skulle kunna bli fragmenterad om tolkningsfrågor som dessa skulle bli vanligt förekommande. Ett förslag om att tolkningsfrågorna ska avvisas ska inte uppfattas som en kritik, inte ens indirekt, mot det som kännetecknar en *judicial review*, vars flexibilitet jag finner berömvärd. Den autonomi som medlemsstaterna har tillerkänts för att utforma sin nationella processrätt innebär att de får utforma sitt rättsmedelssystem på det sätt de finner lämpligast. Vid en begäran om förhandsavgörande måste de följa artikel 267 FEUF och domstolens praxis rörande villkoren för att få angripa unionsrättsakters giltighet, såväl direkt som genom en begäran om förhandsavgörande.

17 Det följer av fast rättspraxis att eftersom begäran om förhandsavgörande ligger till grund för förfarandet vid domstolen, är det nödvändigt att den nationella domstolen, i beslutet om hänskjutande, klargör den faktiska och rättsliga bakgrunden till det nationella målet och åtminstone i någon mån förklarar varför den begär tolkning av just de angivna unionsbestämmelserna samt redogör för det samband som den har funnit föreliggande mellan dessa bestämmelser och den i målet tillämpliga nationella lagstiftningen (se bland annat dom av den 10 mars 2016, Safe Interenvíos, C-235/14, EU:C:2016:154, punkt 115, och beslut av den 8 september 2006, Google Ireland, C-322/15, EU:C:2016:672, punkt 18).

18 Den omständigheten att den hänskjutande domstolen inte har fastställt de faktiska uppgifter som behövs, leder inte nödvändigtvis till att begäran om förhandsavgörande ska avvisas, om EU-domstolen, trots dessa brister, med beaktande av de uppgifter som framgår av handlingarna i målet anser sig kunna ge ett användbart svar till den hänskjutande domstolen (se, för ett liknande resonemang, beslut av den 8 september 2006, Google Ireland, C-322/15, EU:C:2016:672, punkt 24, och dom av den 28 januari 2016, CASTA m.fl., C-50/14, EU:C:2016:56, punkt 48 och där angiven rättspraxis).

19 Domstolen avvisade denna kritik i sin dom av den 8 juli 2010, Afton Chemical (C-343/09, EU:C:2010:419), punkterna 13–26.

20 Det följer av fast rättspraxis att om en enskild otvivelaktigt har talerätt för att angripa en unionsrättsakt genom att väcka talan om ogiltigförklaring, får han eller hon inte göra gällande att den är ogiltig inom ramen för ett förfarande om förhandsavgörande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 mars 1994, TWD Textilwerke Deggendorf, C-188/92, EU:C:1994:90, punkterna 23–25, dom av den 15 februari 2001, Nachi Europe, C-239/99, EU:C:2001:101, punkterna 36 och 37, dom av den 29 juni 2010, E och F, C-550/09, EU:C:2010:382, punkt 46, och dom av den 28 mars 2017, Rosneft, C-72/15, EU:C:2017:236, punkt 128).

46. Som jag tidigare nämnt föreligger det i förevarande mål inte någon verklig tvist vid den nationella domstolen mellan Amex och de brittiska myndigheterna. Parterna har intagit samma ståndpunkt och de har inte vänt sig till den nationella domstolen för att den ska avgöra en tvist som de har olika uppfattning om hur den ska lösas, utan enbart för att den ska hänskjuta de frågor till EU-domstolen som parterna själva har formulerat.

47. Det som utmärker (och är centralt i) en tvist är att den innefattar motstridiga – inte sammanfallande – ståndpunkter. I det här fallet rör det sig i stället om ett processuellt knep, som parterna har enats om med det enda syftet att få till stånd ett uttalande från domstolen, utan att det finns någon verklig tvist mellan sökanden och motparten. Det motsvarar i själva verket en begäran om ett rådgivande yttrande från domstolen för att få vissa frågor rörande förordningens tolkning och giltighet klarlagda.

48. Under sådana omständigheter anser jag att domstolen bör avvisa tolkningsfrågorna. För det fallet att domstolen inte skulle godta detta förslag, ska jag här nedan göra en bedömning i sak av tolkningsfrågorna.

B. Allmänna överväganden rörande betalningsordningar för kontokort

49. Vid varje kontokortsköp medverkar normalt följande aktörer: a) kortinnehavaren, b) finansinstitutet – vanligtvis en bank – som ger ut kortet och tillhandahåller sina kunder det (nedan kallad den utgivande banken),²¹ c) handlaren som säljer sina varor eller tillhandahåller sina tjänster som betalas med kortet, d) finansinstitutet som tillhandahåller handlaren de tjänster som gör det möjligt för honom att acceptera kortet och som också brukar vara en bank och i samband med sådana transaktioner brukar kallas ”den inlösande banken”, och e) betalningsordningarna för kontokort, såsom Visa, MasterCard, American Express och Diners Club. Lokala nätverk för bearbetning av kortbaserade betalningstransaktioner kan också medverka i betalningsprocessen.

50. Kortbetalningarna ger upphov till ett komplicerat nät av rättsförhållanden mellan dessa aktörer.²² För det första finns det ett avtal om utgivande av kontokortet mellan kortinnehavaren och den utgivande banken, som kortinnehavaren vanligtvis betalar en avgift för. Den utgivande banken godkänner kundens order och bekräftar att denne har tillräckliga medel på sitt konto (debetkort), eller att betalningen täcks av den tillgängliga kreditgränsen (kreditkort).

51. För det andra finns det ett anslutningsavtal mellan handlaren och den inlösande banken, om att banken ska tillhandahålla handlaren de tjänster som krävs för att handlaren ska kunna acceptera kort som betalningsmedel. En summa dras från det slutgiltiga priset för försäljningen av handlaren varor eller tjänster (där förmedlingsavgiften ingår) i utbyte mot den tjänst som banken tillhandahåller (med hjälp av en betalningsterminal eller en betalninggateway, som är ansluten till butikens webbplats) för att kunna ta emot konsumentens betalningsorder och göra betalningar för de köptransaktioner som butiken lägger fram. Dessutom registrerar den inlösande banken uppgifterna om transaktionen, vidarebefordrar dem till bearbetningsenheten och överför medlen till butiken, efter avdrag för förmedlingsavgifter och serviceavgifter.

52. Betalningsordningarna för kontokort sköter clearing och avveckling av betalningsorder, för vilket de erhåller en avgift från de (utgivande och inlösande) banker som beviljats licens att använda deras varumärken.

²¹ Av tydlighetsskäl kommer jag att kalla denna aktör ”den utgivande banken” även om andra finansinstitut också kan vara kortutgivare.

²² Se analysen i Guibert Echenique, S., ”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 juni 2015, s. 1–3.

53. Avslutningsvis medför bearbetningsenheternas medverkan att det ingås avtal om licens och användning av varumärket mellan dessa enheter och betalningsordningarna för kontokort. Dessa bearbetningsenheter fungerar som instrument för kollektiv medverkan av de finansinstitut som är anslutna till dem, och förmedlingsavgifterna brukar fastställas kollektivt.

54. Beroende på vilka som medverkar finns det två typer av betalningsordningar: fyrpartsbetalningsordningar eller öppna ordningar och trepartsbetalningsordningar eller slutna ordningar.

55. Fyrpartsbetalningsordningarna (Visa och MasterCard) dominerar marknaden, på vilken betalningarna från en betalares (konsumentens) konto till en mottagares (handlars) konto sker med hjälp av betalningsordningen för kontokort. Den bank som har gett ut konsumentens kort och den inlösande banken, som tillhandahåller det tekniska stöd som krävs för att handlaren ska få betalningen, medverkar i ordningen.²³

56. Fyrpartsbetalningsordningarna kallas så eftersom fyra parter medverkar där (kortinnehavaren och dennes utgivande bank, samt betalningsmottagaren och dennes inlösande bank) tillsammans med det företag som förvaltar betalningssystemet. De är öppna system, eftersom två finansinstitut samverkar där, utöver det företag som förvaltar betalningsordningen för kontokort.

57. I dessa ordningar tar den utgivande banken ut en avgift från den inlösande banken ("förmedlingsavgift") som ersättning för de kostnader som den inte kan få täckning för genom de avgifter som den tar ut från kortinnehavarna (såsom avgifter för att skicka ut korten och årsavgifter).

58. Den inlösande banken övervältrar i sin tur denna förmedlingsavgift på handlaren, som ytterligare en kostnad som tillsammans med andra kostnader för de finansiella tjänster som tillhandahålls ingår i handlars serviceavgift. Förmedlingsavgiften utgör en lägsta gräns och en viktig del av de finansiella kostnader som den inlösande banken övervältrar på handlaren, som i sin tur brukar baka in den i försäljningspriset till konsumenterna.

59. Den andra typen av betalningsordningar för kontokort är trepartsbetalningsordningar eller slutna ordningar, som American Express eller Diners Club, där det finns ett direkt förhållande mellan betalningsordningen och konsumenten (kortinnehavaren) och handlaren. Det är därför de benämns trepartsbetalningsordningar, eftersom inget annat finansinstitut medverkar. De är slutna system.

60. Vid en transaktion i en trepartsbetalningsordning medverkar bara en leverantör av finansiella tjänster, som fungerar som utgivare och inlösare. Eftersom det inte finns någon bank som har gett ut kortet eller någon bank som löser in betalningarna, finns det inte någon förmedlingsavgift. Det står trepartsbetalningsordningarna fritt att individuellt fastställa de avgifter som ska tas ut av handlarna för de finansiella tjänster som de tillhandahåller.

61. Jämfört med fyrpartsbetalningsordningarna genomför trepartsbetalningsordningarna ett begränsat antal transaktioner i Europeiska unionen, och de riktar sig till särskilda kundkategorier. Eftersom trepartsbetalningsordningarna inte har någon dominerande ställning på kontokortsmarknaden, har handlarna en reell möjlighet att välja om de ska använda sig av dem eller inte.

²³ Se beskrivningen av dessa ordningar i dom av den 11 september 2014, MasterCard/kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), punkt 4, dom av den 24 maj 2012, MasterCard m.fl./kommissionen (T-111/08, EU:T:2012:260), punkt 17, och kommissionens beslut K(2007) 6474 slutlig av den 19 december 2007 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende Comp/34.579 – MasterCard, ärende Comp/36.518 – EuroCommerce, Ärende COMP/38.580 – Commercial Cards), skälen 234–249.

62. Det finns emellertid trepartsbetalningsordningar som inte är äkta och som skiljer sig från den ovan beskrivna modellen. Så är fallet när de ingår avtal om licens för varumärkesanvändning med andra finansinstitut, så att de sistnämnda kan fungera som utgivare av deras kontokort. I sådana fall motsvarar de avtalade avgifterna förmedlingsavgifter.

63. Det finns också så kallade utvidgade trepartsbetalningsordningar, som uppstår när en ordning utvidgar sin verksamhet genom ett samarbete med tredje man, antingen genom att använda sig av utgivning av kort ”med en *co-branding-partner*” (*”co-branding-utvidgning”*)²⁴ eller ”genom en agent” (*”agentutvidgning”*). I båda fallen skulle de belopp som överförs mellan trepartsbetalningsordningen och de andra varumärkena eller agenterna kunna utgöra avgifter som motsvarar förmedlingsavgifterna i fyrpartsbetalningsordningar. Det är denna fråga som den hänskjutande domstolen vill att EU-domstolen ska ta ställning till.

64. Förmedlingsavgifterna gör kortbetalningstjänsterna dyrare, vilket drabbar konsumenterna, och avgifternas storlek varierar dessutom avsevärt mellan olika medlemsstater.²⁵ Av detta skäl försökte unionen till att börja med begränsa avgifternas storlek genom att använda sig av konkurrensreglerna, och därefter har den harmoniserat lagstiftningarna i samband med utformningen av de gemensamma reglerna för betalningar.

65. Kommissionen tillämpade konkurrensbestämmelserna på Visas²⁶ och MasterCards multilaterala förmedlingsavgifter.²⁷ Dessa avgifter utgjorde en gemensam kostnad som bars av alla inlösande banker som ingick i en trepartsbetalningsordning och avgifternas storlek fungerade som ett ”minimipris” när dessa banker ingick avtal med sina egna kunder (handlarna) om priset för de tjänster som de tillhandahöll.

66. Kommissionen fann att avtalen om fyrpartsbetalningsordningarnas multilaterala förmedlingsavgifter var oförenliga med unionsrätten, bland annat på grund av att bankerna kollektivt fastställde en lägsta prisnivå för handlarna, vilket domstolen senare bekräftade.²⁸

67. Således utverkade kommissionen åtaganden om väsentliga sänkningar av Visas och MasterCards multilaterala förmedlingsavgifter, vilka uppgick till 0,3 procent på transaktioner med kreditkort och 0,2 procent på transaktioner med debetkort.

68. Denna åtgärd visade sig emellertid vara otillräcklig för att hålla ned förmedlingsavgifterna.²⁹ Konkurrensen mellan betalningsordningarna för kontokort, vilka försöker övertala de finansinstitut som tillhandahåller betaltjänster att ge ut deras kort, leder paradoxalt nog till en höjning av dessa avgifter och inte en sänkning, i motsats till den prisdämpande effekt som konkurrens i en marknadsekonomi vanligtvis brukar ha.³⁰ Detta var skälet till att en förordning antogs, i vilken det

24 Till exempel det Amex-kort som saluförs med de kombinerade varumärkena Amex/Iberia och Amex/British Airways.

25 Se Europeiska kommissionens dokument Commission Staff Working Document. Impact Assessment. Accompanying the document Proposal for a directive of the European parliament and of the Council on payment services in the internal market and amending Directives 2002/65/EC, 2013/36/UE and 2009/110/EC and repealing Directive 2007/64/EC and Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on interchange fees for card-based payment transactions SWD(2013) 288 final, s. 96–108.

26 Se beslut 2002/914/EG av den 24 juli 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende Comp/29.373 – Visa International – Multilateral förmedlingsavgift) (EGT L 318, s. 17), i vilket Visas inomregionala förmedlingsavgifter i Europeiska unionen undantogs under fem år på vissa villkor, av vilket det viktigaste var att avgifterna knöts till nivån för vissa kostnader och inte överskred taket för dessa. Den 8 december 2010 fattade kommissionen ett andra Visa-beslut (Comp/D 1/39.398, Visa MIF) som gjorde de åtaganden som Visa hade föreslagit tvingande, bland annat åtagandet att fastställa ett tak för sina multilaterala förmedlingsavgifter.

27 Kommissionens beslut K(2007) 6474 slutlig av den 19 december 2007 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende Comp/34.579 – MasterCard, Comp/36.518 – EuroCommerce, ärende Comp/38.580 – Commercial Cards).

28 Dom av den 11 september 2014, MasterCard m.fl./kommissionen (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), punkt 112.

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

30 Se Europeiska kommissionens publikation *The Interchange Fees Regulation*, Competition Policy Brief 2015–3, juni 2015.

föreskrivs en rättslig prövning av taket för förmedlingskostnaderna, tillsammans med andra åtgärder som reglerar förbindelserna mellan de olika aktörer som medverkar vid kortbaserade betalningstransaktioner. Syftet med förordningen är att förmedlingsavgifterna inte ska hindra framväxten av en integrerad marknad för betalningstjänster i unionen.

C. Den första frågan: förordningens tillämpning på utvidgade trepartsbetalningsordningar

69. Som jag tidigare har påpekat hyser varken den hänskjutande domstolen eller parterna något tvivel om att en trepartsbetalningsordning som beviljar andra betaltjänstleverantörer licens att ge ut dess kontokort eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner, eller båda, ska betecknas som en fyrpartsbetalningsordning enligt artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen.³¹

70. Den hänskjutande domstolens tvivel och parternas yttranden rör de andra två situationerna som avses i artiklarna 1.5 och 2 led 18, det vill säga när en trepartsbetalningsordning ger ut ”kortbaserade betalningsinstrument med en *co-branding*-partner eller genom en agent”. Domstolen ska avgöra om den utvidgade trepartsbetalningsordningen i dessa två fall ska betecknas som en fyrpartsbetalningsordning, eller om det endast är fallet när partnern eller agenten ger ut kontokortet och/eller löser in betalningarna.

71. Ordalydelsen av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen är något oklar och det går inte att bringa klarhet i den enbart genom att läsa bestämmelserna.

72. Amex och Förenade kungarikets regering anser att dessa bestämmelser ska tolkas restriktivt. De menar att trepartsbetalningsordningar bara kan betecknas som fyrpartsbetalningsordningar, när partnern eller agenten som medverkar i den utvidgade ordningen ger ut kort eller löser in betalningar. MasterCard, den portugisiska regeringen och kommissionen anser däremot att dessa två artiklar ska ges en vid tolkning, vilket innebär att alla *co-branding*- och agentutvidgningar av trepartsbetalningsordningar ska anses vara fyrpartsbetalningsordningar.

73. Valet av tolkning av denna bestämmelse får stora konsekvenser. En restriktiv tolkning innebär att ett antal begränsningar som föreskrivs i förordningen, enligt artikel 1.3 och 1.4 inte ska tillämpas på denna typ av trepartsbetalningsordningar (med *co-branding*- eller agentutvidgningar). De avgifter som avtalas inom ramen för dessa ordningar ska nämligen inte betraktas som förmedlingsavgifter, och de ska därmed inte omfattas av de ovannämnda taken (0,2 procent för debetkort och 0,3 procent för kreditkort). De berörs inte heller av förbudet mot att kringgå dessa tak genom att fastställa avgifter som har en verkan som motsvarar förmedlingsavgifternas. De omfattas inte heller av skyldigheten att separera betalningsordningar för kontokort från bearbetningsenheter (artikel 7 i förordningen).

74. Jag vill redan här klargöra att jag kommer att förespråka en vid tolkning av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen. Jag kommer som brukligt är att använda mig av en bokstavstolkning, en systematisk tolkning och en teleologisk tolkning för att klarlägga artiklarnas innebörd.

³¹ Det rör sig om oäkta trepartsbetalningsordningar, eftersom en leverantör av finansiella tjänster dessutom medverkar i dem, vilket innebär att deras treenighet bryts. De avgifter som överförs mellan de olika aktörerna i dessa ordningar kan utan tvekan likställas med förmedlingsavgifter.

1. Bokstavstolkning

75. Artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen har identisk ordalydelse och av den framgår att trepartsbetalningsordningar ska likställas med fyrpartsbetalningsordningar i följande tre fall:

- När en trepartsbetalningsordning ger andra betaltjänstleverantörer licens att ge ut dess kort eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner (oäkta trepartsbetalningsordningar).³²
- Trepartsbetalningsordningar som ger ut kortbaserade betalningsinstrument med *co-branding*-partner (trepartsbetalningsordning som utvidgats med *co-branding*).³³
- Trepartsbetalningsordningar som ger ut kortbaserade betalningsinstrument genom en agent (trepartsbetalningsordning som utvidgats genom en agent).

76. De två sistnämnda kategorierna är de vanligaste på marknaden. I de kategorierna är *co-branding*-partnern eller agenten inte ett finansinstitut eller agerar inte som ett sådant. Följaktligen ger partnern eller agenten inte ut kort eller löser in betalningar, utan ger bara trepartsbetalningsordningen tillgång till dess kunder.

77. I de här aktuella bestämmelserna finns inte något krav på att tredje man som ingår sådana avtal med trepartsbetalningsordningen ska ”ge ut kortbaserade betalningsinstrument och/eller lösa in kortbaserade betalningstransaktioner”. Detta är just det kriterium som föreskrivs när det gäller oäkta trepartsbetalningsordningar. Om *co-branding*- eller agentavtalen innebär att den tredje man som medverkar ska fungera som utgivare³⁴ eller inlösare,³⁵ rör det sig inte om avtal om utvidgning utan om beviljande av licens.

78. Den portugisiska regeringen har med rätta påpekat att det vore meningslöst att göra en annan tolkning, eftersom det skulle innebära att de två sista fallen som avses i artiklarna 1.5 och 2 led 18 skulle innefattas i det första fallet.

79. En bokstavstolkning av dessa två bestämmelser talar således för att *co-branding*-utvidgningar och agentutvidgningar av trepartsbetalningsordningar ska likställas med fyrpartsbetalningsordningar, oberoende av om partnern eller agenten är betaltjänstleverantör eller inte³⁶ och oberoende av om denne fungerar som kortutgivare och/eller inlösare av betalningar eller inte.

80. Förenade kungarikets regering och Amex har vänt sig mot denna tolkning. De har pekat på att artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen nämner trepartsbetalningsordningar som ”ger ut ... med *co-branding*-partner” och som ”ger ut ... genom en agent”. De menar att formuleringarna ”med” och ”genom” visar att *co-branding*-partnern eller agenten ska medverka i utgivandet av kortet, och de hänvisar i samband med detta till den anknytning de har till andra bestämmelser i förordningen.

81. Jag delar som sagt inte denna uppfattning, vilken i själva verket inte grundar sig på en rent terminologisk analys utan på ett systematiskt synsätt, vilket jag nu ska behandla närmare.

32 Det har som jag tidigare nämnt inte ifrågasatts att dessa oäkta trepartsbetalningsordningar (ett exempel på en sådan ordning är Banco Santander/Amex kort, där banken fungerar som utgivare) ska likställas med fyrpartsbetalningsordningar.

33 Till exempel kort från Amex/Air France eller Amex/Costco.

34 Enligt artikel 2 led 2 i förordningen avses med utgivare ”en betaltjänstleverantör som ingår avtal om att tillhandahålla en betalare ett betalningsinstrument för att initiera och bearbeta betalarens kortbaserade betalningstransaktioner”.

35 Enligt artikel 2 led 1 i förordningen avses med inlösare ”en betaltjänstleverantör som ingår avtal med en betalningsmottagare för att acceptera och bearbeta kortbaserade betalningstransaktioner, vilka leder till en överföring av medel till betalningsmottagaren”.

36 Enligt artikel 2 led 24 i förordningen avses med ”betaltjänstleverantör” ”fysisk eller juridisk person som har rätt att tillhandahålla de betaltjänster som anges i bilagan till direktiv 2007/64/EG eller har erkänts som en utgivare av elektroniska pengar i enlighet med artikel 1.1 i direktiv 2009/110/EG. En betaltjänstleverantör kan vara en utgivare, en inlösare eller båda.”

2. Systematisk och teleologisk tolkning

82. Förenade kungarikets regering och Amex har utgått från en systematisk tolkning och hänvisat till begreppen utgivare och utgivning av kontokort, som återfinns i artikel 2.2 och i skäl 29³⁷ i förordningen. På grundval av dessa begrepp har de dragit slutsatsen att när *co-branding*-partnern eller agenten inte tillhandahåller betalaren kontokort, inte godkänner transaktioner vid terminaler eller deras motsvarighet och inte garanterar betalning till inlösaren för transaktioner som genomförts, kan de inte anses vara partner med (eller genom) vilka en trepartsbetalningsordning ger ut kortbaserade betalningsinstrument.

83. I linje med detta har Amex och Förenade kungarikets regering gjort gällande att om en *co-branding*-partner eller en agent begränsar sin verksamhet till att enbart leverera kontokort, tillhandahålla tekniska betaltjänster eller bearbeta och lagra uppgifter, fungerar denne inte som utgivare, vilket innebär att avtalen om utvidgning av trepartsbetalningsordningarna inte omfattas av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen och därmed inte kan likställas med fyrpartsbetalningsordningar.

84. Enligt Förenade kungarikets regering och Amex ger skäl 28 i förordningen³⁸ stöd för denna uppfattning. Där anges att trepartsbetalningsordningar bara likställs med fyrpartsbetalningsordningar om de förstnämnda använder sig av någon annan betaltjänstleverantör som utgivare eller inlösare. Av den omständigheten att det inte finns någon hänvisning till avtal med *co-branding*-partner eller agenter som inte fungerar som kortutgivare eller inlösare, kan slutsatsen dras att det i de fallen inte finns några implicita avgifter som kan likställas med förmedlingsavgifter. Det finns således ingen grund för att likställa dessa trepartsbetalningsordningar med fyrpartsbetalningsordningar.

85. Amex har tillagt att dess tolkning av artikel 1.5 är förenlig med bestämmelsens logik, eftersom det i de tre fall som beskrivs där, utöver trepartsbetalningsordningen krävs att ytterligare en betaltjänstleverantör medverkar som erhåller avgifter och som innebär att dessa fall ska behandlas på samma sätt som fyrpartsbetalningsordningar.

86. Jag anser emellertid att denna tolkning av begreppen "utgivning" (av kontokort), "co-branding" och "agent" leder till ett resultat som varken är förenligt med förordningens sammanhang eller med dess systematik eller syfte. Till skillnad från andra begrepp definieras dessa inte i den här bestämmelsen och de ska enligt fast praxis vid domstolen ges en självständig och enhetlig tolkning inom hela Europeiska unionen, eftersom de inte innehåller någon uttrycklig hänvisning till medlemsstaternas rättsordningar för att bestämma dess betydelse och räckvidd.³⁹

87. Som jag har nämnt görs i artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen inte någon skillnad mellan utvidgningar (genom *co-branding* eller genom agent) där partnern eller agenten är betaltjänstleverantörer som ger ut kort och/eller tar emot kortbetalningar, å ena sidan, och utvidgningar där partnern eller agenten bara bedriver andra typer av verksamhet, å den andra. Kommissionen har med rätta påpekat att denna distinktion är en följd av Amex tolkning och att den som tolkar en bestämmelse inte ska göra en distinktion när inte bestämmelsen gör det.

37 I detta skäl, vilket återgetts i punkt 7, anges att "[u]tgivaren tillhandahåller betalaren kontokort, godkänner transaktioner vid terminaler eller deras motsvarighet och kan garantera betalning till inlösaren för transaktioner som överensstämmer med reglerna för den relevanta ordningen". I den sista meningen klargörs det att "[a]tt endast tillhandahålla kontokort eller tekniska tjänster, t.ex. att bara bearbeta och lagra uppgifter, [inte innebär] ett utgivande".

38 Där anges att "[f]ör att ta hänsyn till förekomsten av implicita förmedlingsavgifter och bidra till att skapa lika villkor bör de trepartsbetalningsordningar för kontokort som använder betaltjänstleverantörer som utgivare eller inlösare anses vara fyrpartsbetalningsordningar för kontokort och de bör följa samma regler".

39 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 17 juli 2008, Kozłowski (C-66/08, EU:C:2008:437), punkt 42, dom av den 24 maj 2016, Dworzecki (C-108/16 PPU, EU:C:2016:346), punkt 28, och dom av den 18 oktober 2016, Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:774), punkt 28.

88. Mot en sådan särskiljning talar den omständigheten att den inte nämns i definitionen av begreppet "co-branding" i artikel 2.32 i förordningen.⁴⁰ I den bestämmelsen anges däremot att co-branding inbegriper minst ett betalmärke (till exempel Amex) och minst "ett varumärke som inte är ett betalmärke" som tillhör ett företag som inte tillhandahåller finansiella tjänster.⁴¹

89. Distinktionen mellan de två typerna av utvidgningar, beroende på om *co-branding*-partnern eller agenten fungerar som finansinstitut eller inte, bygger dessutom på en gemensam tolkning av artiklarna 1.5 och 2 led 18 och av skäl 29 i förordningen, som jag inte heller finner övertygande.

90. I dessa artiklar nämns ordagrant trepartsbetalningsordningar som "ger ut kortbaserade betalningsinstrument med *co-branding*-partner eller genom en agent". Det är således trepartsbetalningsordningarna som ger ut betalningsinstrumenten. Det finns inget i de båda bestämmelserna som tyder på att det ska vara *co-branding*-partnern eller agenten som ger ut kontokorten och/eller accepterar betalningar som görs med dem.

91. Som den hänskjutande domstolen har förklarat i punkterna 29–31 i sitt beslut, utgörs de vanligaste avtalen om *co-branding*-utvidgning och agentutvidgning av trepartsbetalningsordningar av sådana som ingås med företag som inte tillhandahåller finansiella tjänster.⁴² Dessa utvidgningar utgör en gemensam marknadsföringsåtgärd, genom vilken de två företagen byter kunder med varandra och uppmuntrar till köp av de varor och tjänster som de erbjuder. För trepartsbetalningsordningarna för kontokort är användningen av den här typen av utvidgningar ett viktigt sätt för att få tillgång till nya kunder, eftersom de till skillnad från fyrpartsbetalningsordningarna inte samarbetar med andra finansinstitut.

92. Såsom kommissionen har påpekat måste det vid en systematisk tolkning även tas hänsyn till begreppen "förmedlingsavgift" och "nettokompensation" i artikel 2 leden 10 och 11 i förordningen, och de underförstådda förmedlingsavgifter som nämns i skäl 31,⁴³ tillsammans med förbudet mot att kringgå de fastställda tröskelvärdena (artikel 5).

93. En systematisk tolkning av dessa bestämmelser föranleder mig att föreslå en vid tolkning av begreppet förmedlingsavgift. I annat fall skulle det vara lätt för trepartsbetalningsordningarna att kringgå de bestämmelser som begränsar avgifternas storlek genom att använda sig av indirekta ersättningar och kompensationer. Artikel 5 i förordningen handlar om sådant kringgående och där tillämpas en vid definition av det begreppet: förmedlingsavgift omfattar eventuell annan överenskommen ersättning, inbegripet nettokompensation, med motsvarande syfte eller verkan för förmedlingsavgiften, som en utgivare mottagit från en betalningsordning för kontokort, en inlösare eller varje annan mellanhand, vid betalningstransaktioner eller relaterad verksamhet.

40 Med "co-branding" avses "inbegripande av minst ett betalmärke och minst ett varumärke som inte är ett betalmärke på samma kortbaserade betalningsinstrument".

41 I punkt 28 i beslutet att begära förhandsavgörande nämns varumärkena "British Airways", "Nectar" och "Costco".

42 Detta bekräftas i publikationen från UK Financial Conduct Authority, *Credits card market study: final findings report*, juli 2016, s. 252, i vilken begreppet "affinity or co-brand partner" definieras 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 är viktigt att se till att bestämmelserna om de förmedlingsavgifter som ska betalas eller mottas av betaltjänstleverantörer inte kringgås genom alternativa avgiftsflöden till utgivarna. För att detta ska undvikas bör nettokompensationen för de avgifter som utgivaren betalat eller mottagit, inbegripet eventuella auktorisationsavgifter, från eller till en betalningsordning för kontokort, en inlösare eller varje annan mellanhand anses vara en förmedlingsavgift. När förmedlingsavgiften beräknas för att kontrollera om åtgärderna kringgås bör totalbeloppet för betalningar eller incitament som en utgivare mottagit av en betalningsordning för kontokort för reglerade transaktioner beaktas med avdrag för de avgifter som utgivaren betalat till betalningsordningen för kontokort. De betalningar, incitament och avgifter som beaktas kan vara direkta (dvs. volymbaserade eller transaktionsspecifika) eller indirekta (bland annat marknadsföringsincitament, bonusar, rabatter vid vissa transaktionsvolymmer). Vid bedömning av huruvida denna förordnings bestämmelser kringgås bör särskild hänsyn tas till de vinster som tillfaller utgivare och som resulterar från särskilda program som utgivare driver gemensamt med betalningsordningar för kontokort, samt intäkter från bearbetning, licensavgifter och andra avgifter som genererar intäkter för kortorganisationerna ...".

94. Begreppet förmedlingsavgift ska således innefatta det sammanlagda nettobeloppet för de betalningar, rabatter eller incitament som betalningsordningen betalar till *co-branding*-partnern och/eller agenten (nettobelopp). Det ska således omfatta alla avgifter eller ersättningar som direkt eller indirekt betalas. I skäl 31 i förordningen nämns såväl direkta (det vill säga volymbaserade eller transaktionsspecifika) som indirekta (bland annat marknadsföringsincitament, bonusar, rabatter vid vissa transaktionsvolymerna) ersättningar. Där hänvisas särskilt till de vinster som tillfaller utgivare och som är resultatet av särskilda program som utgivare driver gemensamt med betalningsordningar för kontokort.

95. De avgifter som en trepartsbetalningsordning direkt eller indirekt betalar till de företag eller agenter med vilka ordningen har ingått avtal om utvidgning, har enligt min uppfattning ett syfte och/eller en verkan som motsvarar de kompensationer som utgör förmedlingsavgifterna i fyrpartsbetalningsordningar.⁴⁴

96. När trepartsbetalningsordningen betalar en kompensation till en tredje man som medverkar i dess verksamhet (vilket är fallet med *co-branding*-företag och agenter), bakas den in i priset för tjänsten och betalas av konsumenterna, enligt logiken bakom och syftet med förordningen. Det är visserligen en indirekt kompensation för möjligheten att få tillgång till de medverkande företagets kunder, men det är fortfarande en avgift som har motsvarande verkan som de förmedlingsavgifter som används i fyrpartsbetalningsordningar och oäkta trepartsbetalningsordningar.

97. Dessutom uppfyller trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar inte de villkor som gäller för att taken för förmedlingsavgifter inte ska tillämpas på äkta trepartsbetalningsordningar.

98. Handlar de med stöd från förmedlare i förhållande till konsumenter av kortbetalningstjänster (till skillnad från äkta trepartsbetalningsordningar) finns det risk för att höga avgifter fastställs, vilka *co-branding*-partner och agenter kan övervältra på konsumenterna genom att höja priset för kontokortstjänsterna. Det är samma risk som när fyrpartsbetalningsordningar samarbetar med andra finansinstitut.

99. Den logiska grunden för att sänka dessa underförstådda förmedlingsavgifter är enligt min uppfattning densamma i båda fallen. Därför ska artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen tolkas så, att trepartsbetalningsordningar med *co-branding*-utvidgningar och agentutvidgningar ska likställas med fyrpartsbetalningsordningar.

100. Samma slutsats kan dras om man beaktar behovet av att säkerställa lika konkurrensvillkor för de olika betalningsordningarna för kontokort, vilket är en annan viktig faktor vid en systematisk och teleologisk tolkning av förordningen.

101. Om tak endast skulle tillämpas på fyrpartsbetalningsordningarnas förmedlingsavgifter samtidigt som trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- eller agentutvidgningar helt fritt skulle få fastställa sina avgifter, skulle det innebära en fördel för de sistnämnda, eftersom det skulle ge dem möjlighet att locka tredje man att sprida deras kort på förmånligare villkor.

⁴⁴ American Express tilldelning av poäng inom ramen för flygbolagens lojalitetsprogram på sina *co-branding*-kort (Amex/Alitalia, Amex/Iberia, Amex/Air France, osv.) är ett exempel på den här typen av indirekta avgifter med en motsvarande verkan som förmedlingsavgifter.

102. Om de utvidgade trepartsbetalningsordningarna skulle undantas från de tak som fastställts för fyrpartsbetalningsordningarna, skulle de förstnämnda gynnas på ett otillbörligt sätt, eftersom de skulle få större möjligheter att belöna de företag som samarbetar med dem för att marknadsföra deras kort.⁴⁵ Man kan till och med tänka sig att en bank kan fungera som agent för en trepartsbetalningsordning, utan att medverka varken i utgivningen av kortet eller i accepterandet av betalningarna, i syfte att uppnå högre avgifter.⁴⁶

103. Den omständigheten att trepartsbetalningsordningar är mindre utbredda motiverar att de behandlas förmånligt när de bedriver verksamhet utan att använda sig av en förmedlare. När förordningen ger dem denna förmånliga behandling och ger dem tillstånd att förhandla om avgifter med handlarna utan de begränsningar som gäller för fyrpartsbetalningsordningar, är det just för att öka konkurrensen i kortbetalningssektorn. En sådan konkurrensfördel är emellertid inte motiverad när det gäller oäkta trepartsbetalningsordningar eller ordningar som använder en *co-branding*-partner eller en agent,⁴⁷ eftersom det i de ordningarna finns en förmedlare som ordningen ska betala ersättning till och taket för förmedlingsavgifter eller liknande avgifter ska tillämpas. Dessa två ordningar har liknande egenskaper⁴⁸ på denna punkt, och det finns därför ingen anledning att ge den ena ordningen fördelar framför den andra.

104. Sammanfattningsvis ska artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen tolkas så, att en trepartsbetalningsordning som ger ut kortbaserade betalningsinstrument med en *co-branding*-partner eller genom en agent ska anses vara en fyrpartsbetalningsordning oberoende av om *co-branding*-partnern eller agenten medverkar i utgivningen av korten och/eller i accepterandet av betalningen eller inte.

D. Den andra frågan: giltigheten av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen

105. Det likställande som jag har argumenterat för ovan leder in på den hänskjutande domstolens andra fråga, vilken har ställts just med avseende på en sådan situation. De argument som den hänskjutande domstolen har redovisat rörande giltigheten av dessa bestämmelser i förordningen, hänger samman med motiveringsskyldigheten i artikel 296 FEUF, proportionalitetsprincipen och frågan huruvida unionslagstiftaren har gjort en uppenbart oriktig bedömning.

106. Jag vill redan här klargöra att jag inte anser att någon av dessa ogiltighetsgrunder är välgrundade. Jag ska göra en analys av dem och försöka att inte i alltför hög utsträckning upprepa det jag redan har redogjort för.

45 I sitt skriftliga yttrande har MasterCard som exempel på en sådan fördel nämnt den skillnad i behandling som Alitalia sedan den 9 december 2015 har tillämpat mellan dess *co-branding*-kort med MasterCard (0,5 mile när det handlas för 1 euro) och med Amex (1 mile när det handlas för 1 euro). MasterCard nämner även kontokortet BNL Duo: även om det innehåller en möjlighet att betala med MasterCard och med Amex med samma PIN-kod, gör banken BNL i sitt lojalitetsprogram BNL PAYBACK skillnad mellan betalningar med MasterCard (1 poäng när det handlas för 2 euro) och betalningar med Amex (2 poäng när det handlas för 2 euro).

46 Förenade kungarikets regering har pekat på att det finns en risk för att fyrpartsbetalningsordningar ombildar sig till trepartsbetalningsordningar med agentutvidgning (finansinstitutet blir agent) för att kringgå de tak för förmedlingsavgifter som föreskrivs i förordningen.

47 Den enda tillåtna fördelen för oäkta trepartsbetalningsordningar i förhållande till fyrpartsbetalningsordningar är den som föreskrivs i artikel 1.5 *in fine* i förordningen: "... När det gäller inhemska betalningstransaktioner kan ... en sådan trepartsbetalningsordning för kontokort fram till den 9 december 2018 undantas från skyldigheterna enligt kapitel II, under förutsättning att de kortbaserade betalningstransaktioner som görs i en medlemsstat inom ramen för en sådan trepartsbetalningsordning för kontokort på årsbasis inte överstiger 3 % av värdet av alla kortbaserade betalningstransaktioner i den medlemsstaten".

48 MasterCard har i sitt yttrande hänvisat till fall där ett och samma *co-branding*-kort används av en trepartsbetalningsordning och av en fyrpartsbetalningsordning. MasterCard nämner närmare bestämt korten Virgin Atlantic White Card och Virgin Atlantic Black Card, som Amex och Visa har gett ut som *co-branding*-kort med Virgin Airlines, och korten TSB Avios och Premier Avios, som Amex och MasterCard har gett ut med den brittiska banken TSB som *co-branding*-partner.

1. Bristande motivering

107. Den hänskjutande domstolen, vilken har återgett Amex argument, hyser tvivel beträffande motiveringen av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen. Varken i förordningens artiklar eller i skälen finns det någon motivering till varför trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar ska likställas med fyrpartsordningar.

108. I vissa skäl förklaras det varför ett tak för förmedlingsavgifter införts, men inte varför dessa tak ska tillämpas på de avtal om *co-branding* eller agentavtal som trepartsbetalningsordningarna använder sig av. I skäl 28 anges det varför tillämpningsområdet för bestämmelserna om fyrpartsbetalningsordningar i förordningen under vissa förhållanden ska utsträckas till att omfatta trepartsbetalningsordningar, men inget nämns (inte ens indirekt) om *co-branding*- eller agentavtal.

109. Enligt beslutet att begära förhandsavgörande innehåller inte heller förslaget till förordning eller den bifogade konsekvensbedömningen⁴⁹ några skäl för denna utvidgning. I förarbetena låg dessutom fokus på att de tak som föreskrivs i förordningen för fyrpartsbetalningsordningar inte skulle omfatta utvidgade trepartsbetalningsordningar, mot bakgrund av faktorer som de sistnämnda ordningarnas begränsade marknadsandel, deras begränsade möjligheter att växa och deras inriktning på specifika kunder.⁵⁰

110. Skyldigheten att motivera unionens rättsakter, vilken föreskrivs i artikel 296.2 FEUF, har blivit föremål för omfattande tolkning från domstolens sida. Det följer av fast rättspraxis att även om motiveringen till en rättsakt ska vara klar och tydlig, så krävs det inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges. Dessutom ska frågan huruvida motiveringsskyldigheten har iakttagits bedömas inte endast utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området.⁵¹

111. När det rör sig om en allmänt tillämplig rättsakt kan motiveringen begränsas till att ange den helhetssituation som har lett fram till antagandet av rättsakten och de allmänna mål som ska uppnås med den. Dessutom har domstolen vid upprepade tillfällen slagit fast att om det syfte som institutionen eftersträvar väsentligen framgår av en allmänt tillämplig rättsakt, är det onödigt att kräva en särskild motivering för de olika tekniska lösningar som har valts.⁵²

112. Mot bakgrund av denna rättspraxis finns det enligt min uppfattning inte någon bristande motivering i förordningen som kan påverka dess giltighet med avseende på behandlingen av utvidgade trepartsbetalningsordningar. De skäl (framför allt skäl 28) som jag hänvisade till i samband med behandlingen av den första tolkningsfrågan gör det möjligt att förstå logiken bakom likställandet av utvidgade trepartsbetalningsordningar och fyrpartsbetalningsordningar. Detta har den portugisiska regeringen, kommissionen, rådet och Europaparlamentet medgett i sina yttranden.

113. Orsaken till att förordningens förarbeten (konsekvensbedömningen och kommissionens förslag) inte innehåller några hänvisningar till ett sådant likställande, är att det fördes in först senare, på initiativ av Europaparlamentet, vid antagandet av förordningen, vilket är fullt legitimt.

49 Förslaget finns i dokumentet COM(2013) 550 final av den 24 juli 2013, Förslag till Europaparlamentets och rådets förordning av den 29 april 2015 om förmedlingsavgifter för kortbaserade betalningstransaktioner. Konsekvensbedömningen finns i dokumentet Commission Staff Working Document, SWD(2013) 288 final av den 24 juli 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 Se skäl 22 och artiklarna 1.3 och 2 led 15 i förslaget till förordning samt punkt 6.2.1.5, s. 56, i konsekvensbedömningen och bilaga 9 till den, punkt 2.6, s. 194.

51 Se, för ett liknande resonemang, dom av den 9 november 2013, kommissionen/rådet (C-63/12, EU:C:2013:752), punkterna 98 och 99, och dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400), punkt 70.

52 Se, bland annat, dom av den 18 juni 2015, Estland/Europaparlamentet och rådet (C-508/13, EU:C:2015:403), punkt 60, och dom av den 3 mars 2016, Spanien/kommissionen (C-26/15 P, EU:C:2016:132), punkterna 30 och 31.

114. I de skälen motiveras och redogörs för behovet av att harmonisera och fastställa tak för de förmedlingsavgifter som tillämpas på kortbaserade transaktioner på grund av skillnaderna mellan medlemsstaterna och den omständigheten att det är omöjligt att kontrollera dessa avgifter genom att tillämpa konkurrensbestämmelserna.

115. I skäl 28, som infördes av Europaparlamentet vid antagandet av förordningen tillsammans med den sista meningen i artiklarna 1.5 och 2 led 18, förklaras i tillräcklig utsträckning skillnaden mellan fyrpartsbetalningsordningar och trepartsbetalningsordningar. Efter det att det medgetts att det finns implicita förmedlingsavgifter anges det att trepartsbetalningsordningar bör likställas med fyrpartsbetalningsordningar när de använder andra tjänsteleverantörer, för att skapa rättvisa konkurrensvillkor.

116. Motiveringscirkeln sluts med skäl 31, i vilken det anges att det är viktigt att se till att bestämmelserna om förmedlingsavgifter inte kringgås. Där anges att bestämmelserna kan kringgås om inte totalbeloppet för direkta och indirekta betalningar, som en betalningsordning för kontokort kan göra till företag som samarbetar med denna ordning vid genomförandet av kortbetalningar, beaktas.

117. Jag anser att dessa motiveringar i förordningen är tillräckliga och mer än väl uppfyller det krav på motivering för allmänt tillämpliga rättsakter som domstolen har slagit fast. De förklarar de samlade omständigheter som ledde fram till att rättsakten antogs och syftet med den. De tar även upp merparten av de tekniska val som förordningen innehåller, och det är inte nödvändigt att behandla precis alla dessa val.

118. Valet att likställa fyrpartsbetalningsordningarna med trepartsbetalningsordningar med *co-branding* - och agentutvidgning framgår i synnerhet av skälen 28 och 31. Det föreligger således inte någon bristande motivering i förordningen som kan göra den ogiltig.

2. Uppenbart oriktig bedömning

119. Den hänskjutande domstolen, som även här har återgett Amex argument, har uttryckt tvivel om förordningens giltighet, på grund av att EU-institutionerna i samband med att förordningen antogs kan ha gjort en uppenbart oriktig bedömning då de likställde de omtvistade betalningsordningarna.

120. Det följer av fast praxis vid domstolen att unionslagstiftaren ska ges ett stort utrymme för skönsmässig bedömning på områden där denne ställs inför val av politisk, ekonomisk och social karaktär och måste göra komplexa bedömningar. Följaktligen kan en åtgärd på detta område endast förklaras ogiltig om den är uppenbart olämplig i förhållande till det mål som den behöriga institutionen eftersträvar.⁵³

⁵³ Dom av den 1 mars 2016, National Iranian Oil Company/rådet (C-440/14 P, EU:C:2016:128), punkt 77, dom av den 1 februari 2007, Sison/rådet (C-266/05 P, EU:C:2007:75), punkt 33, dom av den 16 december 2008, Arcelor Atlantique och Lorraine m.fl. (C-127/07, EU:C:2008:728), punkt 57, dom av den 8 juni 2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321), punkt 52, och dom av den 17 oktober 2013, Schaible (C-101/12, EU:C:2013:661), punkt 47.

121. EU-institutionerna gjorde enligt min uppfattning inte någon oriktig (och än mindre någon *uppenbart* oriktig) bedömning då de förde in artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen. De argument som Amex har anfört⁵⁴ mot unionslagstiftarens beslut att likställa trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar med fyrpartsbetalningsordningar avspeglar bolagets intresse av att förhindra att ett sådant likställande sker, eftersom det begränsar dess möjligheter att konkurrera med Visa och MasterCard.

122. EU-institutionerna har emellertid under lagstiftningsförfarandet beaktat de olika argumenten och till sist valt dem som talar för ett likställande av betalningsordningarna. Det handlar om ett lagstiftningspolitiskt val som rör ett komplext ekonomiskt område (förmedlingsavgifter vid kortbetalningar) och som utan tvivel får göras om unionens behöriga myndigheter finner att det är att föredra framför det andra alternativet.

123. Såsom rådet och Europaparlamentet har förklarat, har institutionerna ansett att om förordningens tak inte skulle tillämpas på trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar, skulle de ordningarna få en omotiverad konkurrensfördel i förhållande till fyrpartsbetalningsordningarna, i fall som det här aktuella där skillnaden mellan ordningarna suddas ut. Det skulle dessutom skapa en möjlighet att kringgå taken för förmedlingsavgifter.

124. Detta lagstiftningspolitiska beslut kan naturligtvis kritiserats av dem det riktar sig till. Om beslutet, vilket är fallet här, har fattats inom ramen för det omfattande utrymme för skönsässig bedömning som unionslagstiftaren har, efter en lämplig bedömning av de berörda intressena, är de argument som Amex har anfört inte tillräckliga för att slå fast att bedömningen inte var rimlig, och de visar inte på något sätt att det skulle ha skett en *uppenbart* oriktig bedömning.

3. Åsidosättande av proportionalitetsprincipen

125. Den hänskjutande domstolen, som än en gång har återgett Amex argument, har uttryckt tvivel om att likställa trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar och fyrpartsbetalningsordningar, den här gången med avseende på proportionalitetsprincipen.

126. Enligt Amex utgör dessa utvidgningar, som trepartsbetalningsordningarna har ingått avtal om med partner eller agenter, ett rimligt och proportionerligt medel för att uppnå förordningens syften. Om dessa trepartsbetalningsordningar skulle likställas med fyrpartsbetalningsordningar skulle de åläggas en drakonisk prisreglering utan skälig anledning. Amex menar att denna börda är *uppenbart* oproportionerlig och varken lämplig eller nödvändig för att uppnå förordningens syften, vilket innebär att proportionalitetsprincipen åsidosätts (artikel 5 FEU och artikel 5 i protokoll nr 2). Följaktligen är den ogiltig, enligt Amex.

127. Enligt fast rättspraxis vid domstolen innebär proportionalitetsprincipen att unionsinstitutionerna i sitt handlande ska säkerställa att de legitima mål som eftersträvas i den berörda lagstiftningen uppnås och att unionsinstitutionerna inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå dessa mål. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande, och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträevade målen.⁵⁵

⁵⁴ Enligt Amex finns det inga logiska skäl för att anse att en trepartsbetalningsordning ska behandlas som en fyrpartsbetalningsordning enbart på grund av att den ingått avtal om *co-branding* eller agentavtal, eftersom ingen av dessa mekanismer påverkar dess grundläggande karaktär av trepartsbetalningsordning. Liksom är fallet med äkta trepartsbetalningsordningar utförs kortutgivarens och betalningsinlösarens uppgifter av ordningen, på samma sätt och av samma parter som skulle ha varit fallet om dessa avtal inte hade funnits. Detta likställande är till men för konsumenterna och för konkurrensen, eftersom det avhåller trepartsbetalningsordningar från att ingå sådana avtal. Följden blir att konsumenternas valmöjligheter minskar och att fördelarna med en effektiv konkurrens mellan betalningsordningar försvinner.

⁵⁵ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), punkt 122, dom av den 16 juni 2015, Gauweiler m.fl. (C-62/14, EU:C:2015:400), punkterna 67 och 91, och dom av den 4 maj 2016, Polen/Europaparlamentet och rådet (C-358/14, EU:C:2016:323), punkterna 78 och 79.

128. Domstolen har begränsade möjligheter att kontrollera om de krav som följer av proportionalitetsprincipen är uppfyllda. Enligt fast rättspraxis måste unionslagstiftaren ges ett vidsträckt utrymme för skönsmässig bedömning inom områden där denne ställs inför val av politisk, ekonomisk och social art och måste göra komplexa bedömningar. Det är alltså inte fråga om att fastställa om den åtgärd som lagstiftaren vidtagit var den enda eller bästa möjliga, eftersom lagenligheten av en åtgärd som vidtagits på detta område endast kan påverkas om åtgärden är uppenbart olämplig i förhållande till det mål som den berörda institutionen söker uppnå.⁵⁶

129. Jag anser inte heller att EU-institutionerna åsidosatte de krav som följer av proportionalitetsprincipen, såsom de har tolkats av domstolen, då de likställde trepartsbetalningsordningar med *co-branding*- och agentutvidgningar med fyrpartsbetalningsordningar.

130. Med risk för att upprepa mig vill jag erinra om att förordningen syftade till att mildra konsekvenserna för konsumenterna av de kostnader som uppkommer vid kortbetalning, och där förmedlingsavgifterna är den största posten. Eftersom det visat sig omöjligt att sänka förmedlingsavgifterna genom att tillämpa konkurrensreglerna och med tanke på avgifternas varierande storlek i olika medlemsstater, beslutade sig unionslagstiftaren för att införa vissa tak för dem *ex lege*. Förmedlingsavgifterna är lätta att identifiera vid kortbetalningar som sker via fyrpartsbetalningsordningar, på vilka förordningen är tillämplig i sin helhet, medan de inte existerar alls i trepartsbetalningsordningar, vilket förklarar varför de sistnämnda inte har ålagts sådana tak, även om de måste uppfylla andra villkor som föreskrivs i förordningen.

131. Detta undantag var begränsat till äkta trepartsbetalningsordningar, det vill säga ordningar som inte innebär något samarbete med tredje man och där det inte finns några förmedlingsavgifter eller motsvarande avgifter. Unionslagstiftaren ansåg emellertid att när en tredje man är involverad, måste trepartsbetalningsordningen betala ersättning till denne och denna ersättning skulle kunna ha en motsvarande verkan som en förmedlingsavgift. Denna omständighet föreligger i de tre fall som avses i artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen, det vill säga när trepartsbetalningsordningen samarbetar med tredje man genom licens för utgivande av kort eller mottagande av betalning, *co-branding*-utvidgning och agentutvidgning.

132. Såsom rådet, kommissionen och Europaparlamentet har anfört i sina skriftliga yttranden, har unionslagstiftaren inte vidtagit en uppenbart oändamålsenlig åtgärd för att uppnå det eftersträlvade målet. Ett likställande som sker på de ovan beskrivna villkoren iakttar proportionalitetsprincipen, eftersom det är en åtgärd som är lämplig för att skapa likvärdiga konkurrensvillkor mellan betalningsordningar för kontokort som använder sig av tredje man för att utvidga sin verksamhet och ersätter dem⁵⁷ med förmedlingsavgifter eller med avgifter med motsvarande verkan. Jag anser även att det är en åtgärd som är lämplig, nödvändig och proportionerlig för att förhindra att taken för förmedlingsavgifter inte respekteras.

133. Amex har avslutningsvis gjort gällande att detta likställande är en oproportionerlig åtgärd, eftersom det åsidosätter den näringsfrihet som skyddas av artikel 16 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan). Jag anser emellertid inte att det påståendet kan godtas.

⁵⁶ Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2001, Jippes m.fl. (C-189/01, EU:C:2001:420), punkterna 82 och 83, dom av den 10 december 2002, British American Tobacco (Investments) och Imperial Tobacco (C-491/01, EU:C:2002:741), punkt 123, dom av den 8 juni 2010, Vodafone m.fl. (C-58/08, EU:C:2010:321), punkt 52, och dom av den 4 maj 2016, Pillbox 38 (C-477/14, EU:C:2016:324), punkt 49.

⁵⁷ Det resonemang som Europaparlamentet har fört i punkt 58 i sitt skriftliga yttrande är intressant och jag instämmer med det: om *co-branding*- och agentutvidgningarna inte ger upphov till någon direkt eller indirekt ersättning till trepartsbetalningsordningarnas partner eller agenter, tillämpas inte taken i förordningen, eftersom det då inte finns någon förmedlingsavgift eller annan avgift med motsvarande verkan.

134. Den regleringen är inte oförenlig med näringsfriheten, tolkad mot bakgrund av artikel 52.1 i stadgan. Näringsfriheten får begränsas, men varje begränsning ska vara föreskriven i lag och förenlig med dess väsentliga innehåll. Begränsningar får dessutom endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.⁵⁸

135. De tak för förmedlingsavgifterna som föreskrivs i förordningen syftar till att skydda konsumenternas intressen, genom att förhindra att kortbetalningar medför orimliga prishöjningar, som jag påpekat ovan.

136. Denna och andra begränsningar i förordningen påverkar inte det väsentliga innehållet i näringsfriheten enbart på grund av att de tillämpas på en viss kategori av trepartsbetalningsordningar på samma sätt som på fyrpartsbetalningsordningar. Det är svårt att förstå varför näringsfriheten skulle respekteras i det sistnämnda fallet men inte i det förstnämnda.

137. Det handlar helt enkelt om en reglering av en sektor där det är vanligt att myndigheterna ingriper för att upprätthålla en väl fungerande marknad och skydda kontokortsanvändarna. Det bör dessutom beaktas att unionslagstiftaren har beräknat taken för förmedlingsavgifterna med hjälp av den så kallade *merchant indifference*-metoden,⁵⁹ just för att undvika att de får konsekvenser för betalningsordningarnas ekonomiska bärkraft.

138. Under alla förhållanden bör det erinras om att artiklarna 1.5 och 2 led 18 föreskriver en övergångsperiod för anpassning för trepartsbetalningsordningarna fram till den 9 december 2018.

139. Sammanfattningsvis har den ovanstående analysen inte visat att det finns någon omständighet som kan påverka giltigheten av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordningen.

IV. Förslag till avgörande

140. Mot bakgrund av ovanstående föreslår jag att domstolen ska avvisa tolkningsfrågorna från High Court of Justice of England & Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) (Överdomstolen (England och Wales), avdelningen Queen's Bench (avdelningen för förvaltningsmål) och i andra hand besvara dem på följande sätt:

- 1) Artiklarna 1.5 och 2 led 18 i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2015/751 av den 29 april 2015 om förmedlingsavgifter för kortbaserade betalningstransaktioner ska tolkas så, att en trepartsbetalningsordning som ger ut kortbaserade betalningsinstrument med en *co-branding*-partner eller genom en agent ska anses vara en fyrpartsbetalningsordning oberoende av om partnern eller agenten medverkar i utgivningen av korten och/eller i accepterandet av betalningen eller inte.
- 2) Det har inte framkommit att det finns någon omständighet som kan påverka giltigheten av artiklarna 1.5 och 2 led 18 i förordning 2015/751.

⁵⁸ Dom av den 6 september 2012, *Deutsches Weintor* (C-544/10, EU:C:2012:526), punkt 54, och dom av den 17 december 2015, *Neptune Distribution* (C-157/14, EU:C:2013:823), punkterna 66 och 68.

⁵⁹ I skäl 20 i förordningen anges det att "[t]aken i denna förordning grundas på den så kallade *merchant indifference*-metoden (MIT) som utvecklats i den ekonomiska litteraturen. Med hjälp av denna metod fastställs den avgiftsnivå som handlaren är beredd att betala vid en jämförelse av kostnaden för att en kund betalar med kontokort och kostnaden för andra betalningsmedel (kontanter)". Taken för förmedlingsavgifterna har således beräknats för att inte missgynna kontokortsanvändning i förhållande till kontantbetalning eller andra betalningsmedel.