

Affaire C-549/23

Demande de décision préjudicielle

Date de dépôt :

29 août 2023

Jurisdiction de renvoi :

College van Beroep voor het bedrijfsleven (Pays-Bas)

Date de la décision de renvoi :

29 août 2023

Appelantes :

American Express Europe S.A.

American Express Carte France S.A.

Visa Europe Ltd

MasterCard Europe S.A.

Autoriteit Consument en Markt

Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.

[OMISSIS]

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN (cour d'appel du contentieux administratif en matière économique, Pays-Bas)

[OMISSIS]

Décision de renvoi de la chambre collégiale du 29 août 2023 statuant sur les appels de :

1. **American Express Europe S.A.**, Madrid, Espagne, et **American Express Carte France S.A.**, Rueil Malmaison, France, (ci-après conjointement « Amex »), appelantes [OMISSIS]
2. **Visa Europe Limited** (ci-après « Visa »), Londres (Royaume-Uni), appelante [OMISSIS]

3. **Mastercard Europe S.A.** (ci-après « Mastercard »), Waterloo (Belgique), appelante [OMISSIS]

4. **Autoriteit Consument en Markt** (ci-après « l'ACM »), appelante [OMISSIS]

5. **Koninklijke Luchtvaart Maatschappij N.V.** (ci-après « la KLM »), Amstelveen, appelante [OMISSIS],

contre le jugement que le rechtbank Rotterdam (tribunal de Rotterdam, Pays-Bas) a rendu le 18 novembre 2021 [OMISSIS] dans l'instance entre

Amex et la KLM contre l'ACM.

En tant que tiers intervenant [OMISSIS] :

International Card Services B.V. (ci-après « ICS »), Amsterdam [OMISSIS].

Déroulement de la procédure en appel

Amex, Visa, Mastercard et l'ACM ont fait appel de l'arrêt que le rechtbank Rotterdam (tribunal de Rotterdam) (ci-après le « rechtbank (tribunal) » a rendu le 18 novembre 2022 [OMISSIS] (non publié).

la KLM a formé un appel incident contre cette décision.

Amex, Visa, Mastercard, l'ACM et la KLM ont réagi aux requêtes d'appel respectives. L'ICS a déposé une note d'analyse.

[OMISSIS] [éléments de procédure nationale]

Fondement du litige

Introduction

1.1 Le règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Collège du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte (ci-après le « règlement ») est entré en vigueur le 8 juin 2015. Le litige porte sur des rémunérations qu'Amex a payées à la KLM en tant que partenaire de comarquage dans l'émission d'une carte de crédit comarquée. Selon l'ACM, Amex contrevient à cet égard à l'article 4 et/ou à l'article 5 du règlement.

Cadre réglementaire

Les articles 4 et 5 du règlement, qui figurent dans son chapitre II, se lisent comme suit :

« Article 4

Commissions d'interchange applicables à des opérations par carte de crédit des consommateurs

Les prestataires de services de paiement ne proposent ni ne demandent une commission d'interchange par opération d'un montant supérieur à 0,3 % de la valeur de l'opération pour toute opération liée à une carte de crédit. (...).

Article 5

Interdiction de contournement

Aux fins de l'application des plafonds mentionnés aux articles 3 et 4, toute rémunération convenue, y compris la compensation nette, ayant un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange, reçue par un émetteur de la part d'un schéma de cartes de paiement, d'un acquéreur ou de tout autre intermédiaire en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes est considérée comme faisant partie de la commission d'interchange ».

Les faits

1.3.1. Amex exploite un schéma de cartes de paiement tripartite au sens de l'article 2, point 18, du règlement. Mastercard et Visa exploitent un schéma de cartes de paiement quadripartite au sens de l'article 2, point 17, du règlement. ICS agit en tant qu'émetteur au sens de l'article 2, point 2, du règlement, tant pour Visa que pour Mastercard.

1.3.2. Amex a conclu un partenariat avec la KLM en 2010 en tant que partenaire de comarquage pour la période du 1^{er} juin 2011 au 1^{er} juin 2019. Elles ont coulé dans deux conventions ce partenariat ayant pour objet des cartes de crédit comarquées de consommateur : une convention cadre (Framework agreement) et une convention de carte de consommateur comarquée (Consumer Co-Branded Card Agreement) (ci-après les « conventions de 2010 »). Amex émet les cartes de crédit comarquées pour les consommateurs. L'un des volets du partenariat concerne l'accès au programme de fidélité de la KLM, appelé Flying Blue, qui permet aux clients de gagner des « miles » lorsqu'ils voyagent sur des vols de la KLM ou font des achats chez les partenaires de la KLM. Les clients peuvent échanger leurs miles contre des vols ou d'autres services de la KLM. La KLM et Amex sont convenus d'un « programme de points » à travers lequel les titulaires d'une carte Amex gagnent directement des miles dans le cadre du programme Flying Blue. À cette fin, Amex achète des miles à la KLM et les attribue aux titulaires de ses cartes en fonction de l'utilisation de la carte de crédit. Amex et la KLM coopèrent en outre dans l'émission de « cartes d'entreprise » comarquées. Pour la coopération, Amex a payé à la KLM, outre une « prime de signature », un certain nombre d'autres rémunérations consistant en :

- (a) montants annuels pour l'utilisation de marques commerciales et l'accès à Flying Blue,
- (b) Pourcentage des frais qu'Amex perçoit du titulaire de la carte pour la carte et ses accessoires,
- (c) Un pourcentage des dépenses effectuées avec la carte et
- (d) commissions pour (l'achat de) miles.

1.3.3. En 2018, la KLM a lancé un appel d'offres pour un nouveau partenariat de comarquage. Plusieurs schémas de cartes de paiement (dont Amex, Mastercard et Visa) ont répondu à l'appel d'offres et la KLM a choisi Amex comme partenaire pour le programme de comarquage. Amex et la KLM ont conclu de nouvelles conventions à cet effet. En vertu de ces conventions, Amex a versé une « prime de signature » à la KLM en 2018 et Amex doit verser à la KLM les frais énumérés ci-dessus sous a) et d).

1.3.4. En mai 2017, l'ACM a ouvert une enquête sur le partenariat entre Amex et la KLM. Sur la base de cette enquête, le 6 mars 2019, l'ACM a imposé à Amex une injonction sous astreinte pour infraction aux dispositions combinées de l'article 4 et de l'article 5 du règlement, en ce que, selon l'ACM, Amex paie à la KLM des commissions d'interchange d'un montant supérieur à 0,3 % de la valeur de la transaction. L'ACM l'a déterminé en additionnant, sur quatre années de programme, pour chaque année de programme (allant de juin à juin), toutes les rémunérations payées par Amex à la KLM et en les divisant ensuite par le volume des paiements effectués avec les cartes de crédit. Le pourcentage ainsi calculé excède largement le pourcentage maximal autorisé de 0,3 %. L'injonction sous astreinte vise à garantir qu'Amex paie à la KLM une commission ne dépassant pas 0,3 % de la valeur de la transaction sur une base annuelle et par transaction. [OMISSIS] [Délai et mesures correctives propres à l'injonction sous astreinte]

1.3.5. Amex et la KLM ont introduit un recours contre la décision du 6 mars 2019. En outre, elles ont sollicité du rechtbank (tribunal) des mesures provisoires en référé.

1.3.6. Par décision du 24 juillet 2019, le juge des référés du tribunal a, dans le volet qui nous intéresse, suspendu l'injonction imposée sous astreinte en ce qu'elle ne permet pas à Amex de déduire la valeur des miles achetés du total des rémunérations qu'elle paye à la KLM.

1.3.7. Par la décision du 22 janvier 2020 (la décision attaquée), contre laquelle était dirigé le recours porté devant le rechtbank (tribunal), l'ACM a déclaré non fondées les griefs émis par Amex et la KLM à l'encontre de l'injonction imposée sous astreinte. Selon l'ACM, tout paiement en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à la carte comarquée relève de la compensation nette. La définition du terme « compensation nette » figurant à l'article 2, point 11, du règlement ne requiert pas de commissions ayant un objet

ou un effet similaire à la commission d'interchange. Si une rémunération payée doit être qualifiée de compensation nette, c'est qu'elle fait dès lors partie de la commission d'interchange. L'ACM a expliqué que (et pourquoi) les différentes rémunérations payées par Amex à la KLM doivent être qualifiées de compensation nette et font donc partie de la commission d'interchange. La commission d'interchange payée par Amex à la KLM au cours de la période du 9 décembre 2015 à mai 2018 a dépassé le plafond de 0,3 % fixé à l'article 4 du règlement. À cet égard, l'ACM ne permet pas à Amex de déduire la contrevaletur des miles qu'elle a achetés des rémunérations payées à la KLM.

1.3.8 En outre, selon l'ACM, les différentes rémunérations relèvent également de l'article 5 (interdiction de contournement) du règlement en ce qu'elles ont un objet ou un effet équivalent à une commission d'interchange (explicite).

1.3.9 À la suite à l'ordonnance du juge des référés, Amex facture mensuellement la prime de signature. Elle détermine la marge de paiement restante dans le plafond de 0,3 %, Amex déduisant la valeur des miles qu'elle achète des rémunérations qu'elle paie. Cette valeur correspond aux coûts déclarés par la KLM à Amex.

1.3.10 Par sa décision du 21 décembre 2020 (la décision de recouvrement), l'ACM a recouvré auprès d'Amex jusqu'à 10 millions d'euros d'astreintes. Selon l'ACM, Amex n'a pas respecté l'injonction imposée. Bien que l'ACM se range à la méthode utilisée par Amex, elle considère qu'Amex a calculé erronément (à la hausse) la valeur des miles. En effet, dans son calcul Amex ne tient pas compte du fait que tous les titulaires de carte n'utilisent pas leurs miles. En outre, toutes les cartes d'entreprise émises par Amex ne sont pas des cartes commerciales au sens de l'article 2, point 6, du règlement et ces cartes de crédit relèvent également du champ d'application des articles 4 et 5 du règlement. En conséquence, Amex a payé à la KLM des rémunérations plus élevées que celles permises par l'injonction sous astreinte.

1.3.11 Amex et la KLM ont contesté la décision de recouvrement.

Jugement du rechtbank (tribunal)

2.1. Le rechtbank (tribunal) a dit les recours d'Amex et de la KLM fondés, a annulé la décision attaquée et la décision de recouvrement et a ordonné à l'ACM de prendre une nouvelle décision sur le recours dirigé contre l'injonction imposée sous astreinte. [OMISSIS]

2.2 [OMISSIS] [considérations tirées de règles de procédure nationales]

2.3.1. Dans son appréciation, le rechtbank (tribunal) est parti de l'arrêt de la Cour de justice du 7 février 2018, American Express (C-304/16, EU:C:2018:66 ; ci-après l'« arrêt Amex »).

2.3.2. Le rechtbank (tribunal) déduit des points 59, 60 et 67 à 73 inclus, qu'un schéma de cartes de paiement tripartite qui conclut un accord de comarquage, doit être qualifié de schéma de cartes de paiement quadripartite, même si le partenaire de comarquage n'agit pas en tant qu'émetteur. C'est la raison pour laquelle, d'après le rechtbank (tribunal), le schéma de cartes de paiement tripartite qu'Amex a mis en place avec le partenaire de comarquage la KLM équivaut à un schéma de cartes de paiement quadripartite et les articles 4 et 5 du règlement s'appliquent en l'espèce. Le rechtbank (tribunal) ne suit pas la position exposée par Amex selon laquelle son schéma de cartes de paiement tripartite est affranchi du règlement en raison de sa position limitée sur le marché.

2.3.3. Selon le rechtbank (tribunal), l'article 4 du règlement ne peut pas s'appliquer au partenariat d'un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage n'agissant pas en tant qu'émetteur, de manière autonome mais uniquement conjointement avec l'article 5 du règlement. Il considère à cet égard :

« 14.6 Les définitions données (...) aux termes “commission d'interchange” et “compensation nette” sont propres aux schémas quadripartites avec un émetteur, un acquéreur et un schéma de cartes de paiement distincts. Dans un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage n'agissant pas en tant qu'émetteur, la carte de paiement est émise par le schéma de cartes de paiement lui-même et ce dernier traite aussi l'acquisition. Il n'y a donc pas de mouvement d'argent de l'acquéreur ou du schéma de carte de paiement envers l'émetteur. Les notions de “commission d'interchange” et de “compensation nette” supposent, en substance, des paiements entre l'émetteur et l'acquéreur ou des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un émetteur. Pour apprécier le partenariat entre Amex et la KLM, ces notions ne doivent pas non plus s'entendre au sens littéral dès lors que la KLM n'est ni émetteur ni acquéreur. Cependant, d'après l'arrêt Amex, un schéma de cartes de paiement tripartite qui conclut une convention de comarquage est assimilé à un schéma quadripartite même si ce partenaire de comarquage n'agit pas en tant qu'émetteur. La raison avancée par la Cour dans l'arrêt Amex est qu'il pourrait s'avérer difficile d'atteindre les objectifs du règlement, si un schéma tripartite avec un partenaire de comarquage n'agissant pas en tant qu'émetteur, échappe aux plafonds des commissions d'interchange fixés par le règlement. À cet égard, la Cour souligne au point 69 qu'il découle notamment du principe de non contournement de l'article 5 du règlement, que ce dernier vise également à éviter le contournement des règles qui y figurent, notamment celles relatives au plafonnement des commissions d'interchange. Étant donné que l'article 4 du règlement (...) ne peut pas être appliqué de manière autonome dans ce cas, mais que, compte tenu de l'arrêt Amex, le contournement ou l'évasion doit être empêché, il se trouve que l'article 4 du règlement ne peut trouver à s'appliquer dans ce cas que conjointement avec l'article 5. Il s'ensuit que, aux fins de l'application de l'interdiction de contournement dans un schéma tripartite avec un partenaire de comarquage, il importe peu qu'il y ait une compensation nette, étant donné que toute rémunération convenue dont l'objet ou l'effet est équivalent à la commission

d'interchange doit être prise en compte en tant que "commission d'interchange implicite" pour déterminer si le plafond applicable aux commissions d'interchange a été dépassé. À cet égard, d'après les points 71 et 72 de l'arrêt Amex, la mention de "l'émetteur" figurant à l'article 5 du règlement ne doit pas être interprétée comme signifiant que les paiements d'un schéma de cartes de paiement à un partenaire de comarquage qui n'est pas un émetteur échapperaient de ce seul fait à l'interdiction de contournement de l'article 5 ».

2.3.4. Le rechtbank (tribunal) a également estimé qu'une commission versée à un partenaire ou à un agent de comarquage, contrairement à une commission versée à un émetteur, ne constitue pas automatiquement une commission d'interchange. Selon le rechtbank (tribunal), on le déterminera au regard de l'objet ou de l'effet de la rémunération en question :

« 14.7 (...) le passage "toute rémunération convenue (...) ayant un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange" a été ajouté en cours d'adoption du règlement (...) en même temps que l'extension de l'assimilation de certains schémas tripartites à de schémas quadripartites : alors qu'initialement l'assimilation n'était prévue que pour les schémas avec un émetteur (...), cette assimilation a ensuite été étendue à des schémas tripartites avec un partenaire de comarquage ou un agent (...). Le fait que l'expression "objet ou effet équivalent" a été ajoutée à l'article 5, lorsque cette assimilation a été étendue, indique qu'une rémunération versée à un partenaire ou à un agent de comarquage, contrairement à une rémunération versée à un émetteur, ne constitue pas tout bonnement une commission d'interchange. Pour le vérifier, on doit avoir égard à l'objet ou l'effet de la rémunération en question. (...)

14.8 (...) La genèse du règlement et les considérations de la Cour montrent plutôt que l'assimilation d'un schéma tripartite qui coopère avec un partenaire de comarquage qui n'agit pas en tant qu'émetteur relève du champ d'application du règlement afin d'éviter que des situations matériellement similaires à un schéma quadripartite (...) n'échappent à l'application du règlement, ce qui rendrait plus difficile la réalisation des objectifs de ce dernier. Selon le rechtbank (tribunal), pour déterminer si cette similarité matérielle existe, il est nécessaire que les paiements d'un schéma tripartite à un partenaire de comarquage n'agissant pas en tant qu'émetteur soient évalués sur la base de l'objet et de l'effet dans le cadre de l'article 5 du règlement. Il est important de noter que le rôle d'un partenaire de comarquage dans la coopération avec un schéma tripartite et la nature des rémunérations payées dans ce contexte peuvent varier d'un cas à l'autre. Le rechtbank (tribunal) considère que l'approche (...) qui ne tient pas compte de l'article 5 du règlement, est dès lors inexacte ».

2.3.5. L'ACM estime si une rémunération a un effet ou un objet équivalent à la commission d'interchange à l'aune du critère suivant : cette rémunération est payée (i) dans le cadre d'une coopération de comarquage et (ii) vise à convaincre

des partenaires de comarquage de coopérer avec un schéma dans le but d'encourager l'émission et l'utilisation de cartes de crédit. Selon le rechtbank (tribunal), ce critère n'est pas suffisant pour évaluer l'équivalence de la rémunération. En effet, le fait que la rémunération puisse encourager l'émission et l'utilisation de cartes de crédit n'est pas une raison de plafonner la commission d'interchange. Selon le rechtbank (tribunal), l'objet ou l'effet équivalent de la rémunération doit être évalué au regard des objectifs du règlement.

2.3.6. À cet égard, le rechtbank (tribunal) estime que l'ACM devait examiner l'effet des paiements faits au partenaire de comarquage, sur le marché intérieur et les coûts de transaction pour les consommateurs :

« 14.10. Dans l'arrêt Amex, la Cour a prêté une grande attention aux objectifs du règlement, à savoir principalement à celui visant à assurer un meilleur fonctionnement du marché intérieur et à celui visant à contribuer à une réduction des coûts de transaction pour les consommateurs. Ces objectifs, et donc logiquement les termes du règlement, visaient principalement les schémas quadripartites, car d'autres formes d'intervention dans les schémas quadripartites n'avaient pas abouti au résultat escompté. L'hypothèse implicite du règlement selon laquelle les commissions d'interchange supérieures à 0,3 % entraînent une hausse des prix à la consommation et constituent une barrière à l'entrée repose sur le fait que les cartes de crédit des schémas quadripartites, qui détiennent ensemble 98 % du marché, sont, par nature, des produits de masse et que les commerçants ou les détaillants ont donc du mal à refuser cette carte de crédit (considérant 32). Les commerçants ou les détaillants continuent d'accepter ces cartes de crédit même si les prix qui leur sont facturés sont augmentés et tiennent compte dans leurs prix des frais de transaction qui leur sont facturés par le schéma. L'assimilation à un schéma quadripartite d'un schéma tripartite avec un partenaire de comarquage ou un agent a été ajoutée par le Parlement européen à un stade tardif du processus législatif. Ce n'est qu'avec la position du Parlement européen, que l'objectif du règlement visant à créer des conditions de concurrence équitables entre les schémas quadripartites et les schémas tripartites avec un partenaire de comarquage ou un agent a pris de l'importance. Ce dernier objectif n'est pas autonome mais doit toujours être considéré conjointement avec l'objectif principal du règlement. Si tel n'était pas le cas, on n'aperçoit pas pourquoi les schémas tripartites n'ont pas été inclus de manière générale dans le champ d'application du règlement. Ce n'est pas ce que le législateur de l'Union a choisi de faire. Ce sont précisément les entraves au marché intérieur et les prix à la consommation plus élevés provoqués par les schémas quadripartites qui sont à l'origine du règlement. Les commissions versées par un schéma tripartite à un partenaire de comarquage qui n'est pas un émetteur devront donc entraîner des problèmes similaires (défaillance du marché) à ceux d'un schéma quadripartite pour mettre en œuvre l'objectif visant à créer des conditions de concurrence équitables, faute de quoi des situations différentes seront traitées de manière identique. Afin de pouvoir déterminer si les

mêmes problèmes se posent dans un schéma tripartite avec un partenaire de comarquage qui n'agit pas en tant qu'émetteur, il faudra examiner l'effet des paiements faits au partenaire de comarquage sur le marché intérieur et les coûts de transaction pour les consommateurs ».

2.3.7. À cet égard, le rechtbank (tribunal) considère que la part de marché de la carte est un facteur important, car une part de marché limitée exerce moins de pression sur les commerçants pour qu'ils acceptent la carte et avec elle une augmentation des coûts. Le montant de la rémunération payée par le titulaire de la carte, qui n'est pas réglementé par le règlement, est également important à cet égard, selon le rechtbank (tribunal). En effet, le schéma tripartite de cartes de paiement peut répercuter cette commission (en partie) sur le partenaire de comarquage, ce qui n'a aucun effet sur les coûts du commerçant. Le montant de la commission de service acquittée par le commerçant peut également avoir son importance, selon le rechtbank (tribunal), car l'idée qui préside au règlement est que le montant de la commission d'interchange soit directement lié au montant de la commission de service acquittée par le commerçant et de ce fait aux prix à la consommation.

2.3.8. Le rechtbank (tribunal) conclut que l'ACM n'a pas démontré à suffisance que les rémunérations payées par Amex à la KLM ont un objet ou un effet équivalent à une commission d'interchange. Par conséquent, il n'est pas établi qu'Amex a enfreint les dispositions combinées de l'article 4 et de l'article 5 du règlement.

Considérations

Moyens d'appel

L'ACM

3.1. L'ACM entreprend le jugement attaqué en invoquant trois moyens de fond. Selon l'ACM, la compensation nette fait également partie de la commission d'interchange pour les schémas de cartes de paiement tripartites avec comarquage. Les rémunérations versées par Amex à la KLM devant être qualifiées de compensation nette, elles constituent des commissions d'interchange. Même si les rémunérations ne répondent pas à la définition de la commission d'interchange, l'ACM n'est pas toujours tenue d'évaluer l'effet de la commission. En effet, si les rémunérations ont le même objet que la commission d'interchange, elles relèvent de ce seul fait de l'article 5 du règlement. En outre, le rechtbank (tribunal) interprète erronément le « critère de l'effet » tiré de l'article 5 du règlement. Cette disposition ne régit pas tant l'effet de la rémunération sur le marché que l'objet ou l'effet de la rémunération dans la relation Amex-la KLM. [OMISSIS]

Amex

3.2 [OMISSIS] Premièrement, Amex fait valoir que les rémunérations dans un schéma de cartes de paiement quadripartite et dans un schéma de cartes de paiement tripartite doivent être traitées de manière identique, de sorte qu'une rémunération non réglementée dans un schéma de cartes de paiement quadripartite ne peut pas être réglementée dans un schéma de cartes de paiement tripartite. Amex soutient en outre qu'en vertu du texte et de l'objectif du règlement, seules les rémunérations versées à l'émetteur de la carte sont soumises au plafond, et non celles versées par l'émetteur de la carte. [OMISSIS]

Mastercard

3.3. Mastercard entreprend la décision attaquée en invoquant quatre motifs de fond. Tout d'abord, Mastercard fait valoir que les rémunérations qu'Amex paye à la KLM relèvent directement de l'article 4 du règlement. Mastercard rétorque ensuite que la préservation de conditions équitables de concurrence est un objectif mineur du règlement. En troisième lieu, Mastercard expose qu'il ne faut pas constater une défaillance du marché pour mettre en œuvre l'objectif d'établir des conditions équitables de marché. C'est en effet une défaillance (supposée) du marché qui a incité à ajouter dans le règlement un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage. Enfin, Mastercard fait valoir que la part de marché de la carte de crédit ne peut pas intervenir dans l'évaluation.

Visa

3.4. Selon Visa, le critère appliqué par le rechtbank (tribunal) pour apprécier si l'effet d'une rémunération est équivalent à la commission d'interchange est dénué de tout fondement dans le règlement. Ce critère n'est pas non plus apte à créer des conditions de concurrence équitables entre un schéma de cartes de paiement quadripartite et un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage. En outre, le rechtbank (tribunal) a estimé à tort que, pour appliquer le règlement à des paiements faits par des schémas de cartes de paiement tripartites à des partenaires de comarquage, il fallait nécessairement qu'il y ait des effets sur le marché intérieur et/ou un préjudice direct pour le consommateur.

la KLM

3.5 [OMISSIS] la KLM fait valoir que le rechtbank (tribunal) considère à tort que la KLM attribue des miles si le titulaire de la carte paie avec la carte de crédit comarquée. En effet, Amex achète les miles à la KLM et les remet ensuite aux titulaires de la carte au titre de la relation contractuelle existant entre Amex et ses titulaires de la carte.

ICS

3.6 ICS soutient que la décision entreprise peut être confirmée.

la KLM et Amex ayant contesté la décision de recouvrement, leur recours devant le rechtbank (tribunal) s'étend également à cette décision.

Contestations ne requérant pas d'interprétation du droit de l'UnionMastercard, Visa et ICS sont-elles des parties intéressées ?

[OMISSIS] Visa, Mastercard et ICS [sont] des parties intéressées [OMISSIS].

4.3 [OMISSIS] [Considérations sur la recevabilité]

L'ACM était-elle habilitée à agir contre des infractions à l'article 4 et à l'article 5 du règlement pour les faire respecter ?

[OMISSIS]

5.3 Le rechtbank (tribunal) a estimé à juste titre que l'ACM est formellement habilitée à agir contre des infractions à l'article 4 et à l'article 5 du règlement pour les faire respecter. [OMISSIS]

Motivation des questions préjudicielles

6.1 Mastercard et Visa exploitent un schéma de cartes de paiement quadripartite, on l'a dit, tandis qu'Amex exploite un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage (la KLM). Dans les conclusions qu'il a présentées le 6 juillet 2017 dans l'affaire American Express (C-304/16, EU:C:2017:524, points 49 à 68 inclus), l'avocat général Campos Sánchez-Bordona expose le contexte et le fonctionnement des schémas de cartes de paiement (ci-après les « conclusions présentées dans l'affaire Amex »). Il souligne que la rivalité entre les schémas de cartes de paiement crée une situation paradoxale en ce que le montant des commissions d'interchange ne diminue pas, mais augmente au contraire. C'est précisément la raison pour laquelle le règlement a été adopté, qui prévoit un contrôle réglementaire des plafonds applicables aux commissions d'interchange (point 68 des conclusions présentées dans l'affaire Amex).

6.2 Dans un schéma de cartes de paiement quadripartite, les opérations de paiement sont effectuées par l'intermédiaire d'un émetteur (pour le titulaire de la carte) et d'un acquéreur (pour le bénéficiaire). L'acquéreur paie une commission à l'émetteur pour régler la transaction, la commission d'interchange. L'acquéreur et l'émetteur paient tous deux une cotisation au schéma quadripartite de cartes de paiement. Le titulaire de la carte paie des frais de carte à l'émetteur (frais de carte)

et le commerçant une commission (commission de service acquittée par le commerçant) à l'acquéreur.

6.3 Dans un schéma de cartes de paiement tripartite, le schéma émet la carte et règle lui-même les paiements faits avec la carte. Le titulaire de la carte paie des frais de carte comme dans un schéma de cartes de paiement quadripartite et le commerçant acquitte une commission de service mais comme il n'y a pas de banque qui émette la carte ni de banque qui accepte le paiement, dans le schéma de cartes de paiement tripartite il n'y a pas de commission d'interchange (visible). Cela explique pourquoi l'article 1^{er}, paragraphe 3, sous c), du règlement déclare le chapitre II inapplicable aux opérations effectuées au moyen de cartes de paiement émises par des schémas de cartes de paiement tripartites. Toutefois, il en va autrement si un schéma de cartes de paiement tripartite émet la carte avec ce partenaire de comarquage, car le schéma doit alors être considéré comme un schéma de cartes de paiement quadripartite (article 1^{er}, paragraphe 5, du règlement).

6.4 Dans l'arrêt Amex, la Cour a interprété l'article 1^{er}, paragraphe 5, du règlement en ce sens que l'assimilation à un schéma de cartes de paiement quadripartite n'exige pas que le partenaire de comarquage agisse en tant qu'émetteur au sens de l'article 2, point 2, du règlement.

6.5.1 Ainsi, un schéma de cartes de paiement tripartite qui émet des cartes de crédit avec un partenaire de comarquage doit donc être considéré comme un schéma de cartes de paiement quadripartite, même si le partenaire de comarquage n'agit pas en tant qu'émetteur. Selon le rechtbank (tribunal), c'est donc à juste titre que l'ACM a assimilé à un schéma de cartes de paiement quadripartite le schéma de cartes de paiement tripartite d'Amex avec le partenaire de comarquage la KLM.

6.5.2 Amex ne partage pas cette analyse et évoque une décision (non publiée) du 18 novembre 2021 [OMISSIS] dans laquelle le rechtbank (tribunal) a décidé, à l'endroit d'un schéma de cartes de paiement quadripartite, que les paiements entre l'émetteur et le partenaire de comarquage ne font pas partie de la commission d'interchange plafonnée. Selon le rechtbank (tribunal), tant que les paiements faits par le « côté acquéreur » du schéma à l'émetteur respectent le plafond de 0,3 %, les commerçants ont la garantie que leurs coûts sont limités au niveau prescrit par le règlement et, en outre, ces paiements ne constituent pas une barrière à l'entrée. Les paiements faits par l'émetteur au partenaire de comarquage au-delà du plafond ne peuvent avoir été financés que par des fonds ne provenant pas du côté acquéreur du schéma et donc par une source que le règlement ne réglemente pas. Selon Amex, cette décision de justice exclut le plafonnement de rémunérations d'un partenaire de comarquage dans un schéma de cartes de paiement quadripartite et doit donc s'appliquer aux mêmes rémunérations dans un schéma de cartes de paiement tripartite. Les schémas quadripartites ne sont pas soumis à des restrictions par la décision dans ce qu'ils paient au partenaire de comarquage,

alors qu'un schéma tripartite de cartes de paiement l'est. Cela risque de créer des conditions de concurrence inéquitables.

6.5.3 Le Collège estime que l'arrêt Amex indique clairement que les mêmes règles s'appliquent à un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage et à un schéma de cartes de paiement quadripartite et qu'un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage est soumis aux obligations découlant des articles 4 et 5 du règlement (voir les points 68 et 72 de l'arrêt). Le recours contre la décision du rechtbank (tribunal) invoquée par Amex n'a pas donné lieu (faute d'intérêt à faire appel) à une décision au fond du Collège [OMISSIS]. Il n'appartient pas au Collège de se prononcer en l'espèce sur le bien-fondé de ladite décision du rechtbank (tribunal). Cette décision du rechtbank (tribunal) n'intéresse pas l'appréciation des présents appels. En conséquence, le Collège ne se prononcera pas sur cette décision.

6.6 Le Collège partage l'analyse que le rechtbank (tribunal) a faite dans les présentes affaires, selon laquelle on n'aperçoit pas tout-à-fait clairement les conséquences que l'assimilation d'un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage à un schéma de cartes de paiement quadripartite aurait sur l'application des articles 4 et 5 du règlement. En effet, ces dispositions visent la « commission d'interchange » et la « compensation nette » qui supposent des paiements à l'émetteur, alors que ces paiements sont inexistant dans un schéma de cartes de paiement tripartite. À cet égard, l'article 5 du règlement précise qu'il doit s'agir, en substance et dans les passages qui nous intéressent, de rémunérations reçues par un émetteur de la part d'un schéma de cartes de paiement.

6.7 Le rechtbank (tribunal) a interprété lui-même les articles 4 et 5 du règlement. Cette interprétation diffère de celle que le juge des référés a donnée à ces dispositions et n'est pas conforme à la conception que la Commission européenne (ci-après la « Commission ») a exprimée dans la lettre du 16 novembre 2018 adressée à American Express (Comp/D-1/RP/nb/2018/182345) et dans le « Document de travail des services de la Commission intitulé : Rapport sur l'application du règlement (UE) 2015/751 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte. SWD (2020) 118 final » du 29 juin 2020 (ci-après le « document de travail 2020 »). Le rechtbank (tribunal) n'a pas dit si les paiements que la KLM reçoit d'Amex doivent être considérés ou non comme une compensation nette. En effet, aux fins de l'application de l'interdiction de contournement de l'article 5 du règlement, il est sans importance, selon le rechtbank (tribunal), qu'il y ait ou non une compensation nette car toute rémunération dont l'objet ou l'effet est le même que la commission d'interchange, sert, en tant que « commission d'interchange implicite », à déterminer si le plafond de la commission d'interchange est dépassé.

6.8 Pour le Collège, les articles 4 et 5 du règlement ne sont pas à ce point clairs que leur interprétation ne puisse raisonnablement susciter aucun doute. Cette

absence de clarté impose au Collège de solliciter une décision préjudicielle de la Cour de justice au titre de l'article 267 TFUE.

Questions en interprétation de l'article 4 du règlement

7.1 L'article 4 du règlement plafonne la commission d'interchange. La commission d'interchange est une commission payée directement ou indirectement pour chaque opération effectuée entre l'émetteur et l'acquéreur qui sont parties à une opération de paiement liée à une carte (article 2, point 10, première phrase, du règlement).

La compensation nette ou les autres rémunérations convenues sont considérées comme faisant partie de la commission d'interchange (article 2, point 10, deuxième phrase, du règlement). La compensation nette est le montant net total des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un émetteur en provenance du schéma de cartes de paiement, de l'acquéreur ou de tout autre intermédiaire, en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à une carte (article 2, point 11, du règlement).

7.2 Dans l'interprétation de ces dispositions, il importe avant tout de savoir si les paiements que la KLM reçoit d'Amex en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à une carte doivent être considérés comme une compensation nette même si la KLM n'est pas elle-même émetteur. Il convient de prendre en compte à cet égard que ces paiements d'Amex à la KLM ne sont pas directement liés à une opération. Comme nous l'avons indiqué plus haut aux points 1.3.2 à 1.3.4, Amex a payé à la KLM des rémunérations pour la coopération. L'ACM a additionné, pour quatre années de programme et pour chaque année de programme (qui va de juin à juin), toutes les commissions payées par Amex à la KLM et les a ensuite divisées par le volume des paiements effectués avec les cartes de crédit.

7.2.1 Les termes de l'article 2, point 11, du règlement montrent qu'il s'agit du montant net total des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un émetteur en provenance du schéma de cartes de paiement. La KLM n'est pas émetteur (au sens visé à l'article 2, point 2, du règlement), parce qu'elle n'est pas un fournisseur de prestation de paiement. Il découle de ce fait d'une interprétation littérale que les paiements que la KLM reçoit d'Amex ne peuvent pas être considérés comme une compensation nette.

7.2.2 Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union européenne doit tenir compte non seulement de son libellé, mais aussi du contexte et de l'objectif du régime dont elle fait partie. Dans l'arrêt Amex (points 70 et 71), ainsi que le Collège croit le comprendre, la Cour a estimé, par référence aux objectifs du règlement, qu'il ne peut être exclu qu'un certain type de contrepartie ou d'avantage puisse être qualifié de commission d'interchange implicite, même si le partenaire de comarquage n'agit pas en tant qu'émetteur. Cela indique, comme l'affirme également l'ACM, que les

paiements ne doivent pas nécessairement être reçus par un émetteur pour être qualifiés de commission d'interchange et plus spécifiquement de compensation nette. Selon l'ACM, dans les conclusions présentées dans l'affaire Amex (au point 94), l'avocat général considère que la commission d'interchange comprend (également) les paiements, les rabais ou les incitations que le partenaire de comarquage reçoit du schéma. C'est également ce que semble penser la Commission européenne dans sa lettre du 16 novembre 2018 à American Express (Comp/D-1/RP/nb/2018/182345).

« (...) En conclusion, tous les paiements, rabais ou incitations versés par le schéma de cartes tripartite aux partenaires de comarquage ou aux agents conformément à des accords, moins les paiements, rabais ou incitations versés par le partenaire de comarquage au schéma de cartes tripartite, aboutissent à une compensation nette soumise à un plafond en vertu du règlement. (...) »

7.2.3. Cela conduit le Collège à énoncer la question suivante.

1. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement, aux fins de l'application des règles de fond du règlement, en ce sens que le montant net total des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un partenaire de comarquage en provenance d'un schéma de cartes de paiement tripartite dans le cadre d'opérations de paiement par carte ou d'activités connexes doit être considéré comme une compensation nette, même si ce partenaire de comarquage n'est pas lui-même un émetteur ?

7.3 Si cette question appelle une réponse affirmative, la question suivante est de savoir si le fait que l'article 2, point 10, deuxième phrase, du règlement dispose que la compensation nette est considérée comme faisant partie de la commission d'interchange implique que la compensation nette relève directement du champ d'application de l'article 4 du règlement. La réponse à cette question est pertinente car, en cas de réponse affirmative, l'examen de la question de savoir si l'objet ou l'effet est équivalent à la commission d'interchange peut être omis. En effet, aucune condition de ce type n'est imposée dans la définition de la compensation nette à l'article 2, point 11, du règlement, ni à l'article 4 du règlement. Si la compensation nette ne relève pas directement du champ d'application de l'article 4, elle peut, en vertu de l'article 5 du règlement, être considérée comme faisant partie de la commission d'interchange aux fins de l'article 4 de ce règlement, si elle a un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange.

7.3.1 L'article 2, point 10, du règlement définit la commission d'interchange. Dans la même disposition, comme indiqué ci-dessus, au niveau des définitions, la compensation nette est considérée comme faisant partie de la commission d'interchange (article 2, point 10, deuxième phrase). Compte tenu de ce qui précède et du fait que l'article 4 du règlement repose sur la notion de commission d'interchange pour le plafonnement, on pourrait soutenir, comme le font d'ailleurs

l'ACM et Mastercard, que la compensation nette relève directement du champ d'application de l'article 4 du règlement.

7.3.2 Par ailleurs, d'après les termes de l'article 5 du règlement, il se trouve que la compensation nette fait expressément partie de l'interdiction de contournement inscrite dans cette disposition. Le considérant 31 du règlement lie également la compensation nette à l'interdiction de contournement. Tout cela semble indiquer que la compensation nette n'est pas directement couverte par le champ d'application de l'article 4 du règlement, mais qu'en vertu de l'article 5 du règlement, elle est considérée comme faisant partie de la commission d'interchange aux fins de l'article 4 du règlement, si elle a un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange. Il semble que ce soit également la conception de l'avocat général dans les conclusions présentées dans l'affaire Amex (point 95). Selon lui, les commissions qu'un schéma tripartite pourrait verser, de manière directe ou indirecte, aux partenaires de comarquage auraient un objet ou un effet équivalent aux commissions d'interchange dans le cas des schémas quadripartites. Dans la note de bas de page 44, il fait explicitement référence à l'octroi de points pour les programmes de fidélité des compagnies aériennes sur les cartes de comarquage. Selon l'avocat général, ce serait un exemple de ce type de commissions indirectes ayant un effet équivalent aux commissions d'interchange. On se demande au reste quelle serait encore la signification de (la mention de la compensation nette à) l'article 5 du règlement, s'il découlait déjà des dispositions combinées de l'article 4 et de l'article 2, points 10 et 11, que la compensation nette serait considérée comme faisant partie de la commission d'interchange.

7.3.3 Il apparaît en outre que la Commission estime que ce qui compte pour la compensation nette c'est d'avoir un objet ou un effet équivalent aux commissions d'interchange dans un schéma de cartes de paiement quadripartite :

« (...) L'évaluation de la compensation nette implique en principe que toutes les sommes liées à des transactions de paiement par carte ou à des activités connexes ayant un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange et versées au partenaire de comarquage par le schéma de cartes de paiement tripartite, sous déduction des sommes allant du partenaire de comarquage au schéma de cartes de paiement tripartite, doivent être prises en considération. (...) » (Document de travail 2020, p. 13)

7.3.4 D'autre part, comme le soutiennent l'ACM et Mastercard, il pourrait précisément être déduit de la lettre de la Commission du 16 novembre 2018 (précitée) que la Commission estime que la compensation nette relève directement du champ d'application de l'article 4 du règlement. En effet, dans cette lettre, la Commission ne se prononce pas sur la question de savoir si le cas échéant les commissions ont un objet et/ou un effet équivalent à la commission d'interchange dans les schémas de cartes de paiement quadripartites, mais elle note que, selon elle, il n'y a pas lieu de procéder à une analyse supplémentaire de la concurrence.

7.3.5. Cela conduit le Collège à la question suivante.

2. Faut-il interpréter l'article 4 du règlement, lu en combinaison avec l'article 2, point 10, deuxième phrase, en ce sens que la compensation nette relève directement du champ d'application de l'article 4 ?

Questions en interprétation de l'article 5 du règlement

8.1 Si la Cour répond par la négative à l'une des questions énoncées ci-dessus, il faudra alors déterminer si les rémunérations, y compris la compensation nette, reçues par la KLM de la part d'Amex doivent être considérées comme faisant partie de la commission d'interchange au sens de l'article 5 du règlement (interdiction de contournement) aux fins de l'application du plafond fixé à l'article 4 du règlement.

8.2.1 Selon Amex, le texte de l'article 5 du règlement exclut que les commissions versées à un partenaire de comarquage qui n'est pas un émetteur soient considérées comme une commission d'interchange. La commission d'interchange est payée par transaction pour le règlement de cette transaction. Les rémunérations versées par Amex à la KLM n'ont aucun rapport avec le règlement de paiements et ne peuvent donc en aucun cas avoir le même objet ou le même effet.

8.2.2 L'ACM, Mastercard et Visa exposent que le législateur de l'Union a adopté le règlement en considérant que les rémunérations versées par un schéma de cartes de paiement tripartite à un partenaire de comarquage pouvaient entraîner une défaillance du marché similaire à la commission d'interchange dans un schéma de cartes de paiement quadripartite, de sorte que l'ACM n'a plus besoin d'examiner cette question. L'ACM, Mastercard et Visa estiment que le tribunal, en utilisant les facteurs de la part de marché, du montant de la cotisation du titulaire de la carte et du montant de la commission de service acquittée par le commerçant, applique les mauvais critères pour évaluer si une commission a un effet équivalent. L'ACM estime que ce n'est pas l'effet de la rémunération sur le marché qui importe à cet égard mais l'effet dans la relation entre le schéma de cartes de paiement tripartite et le partenaire de comarquage. Les rémunérations ont un effet équivalent si elles convainquent (peuvent convaincre) effectivement un tiers de coopérer avec un schéma de cartes de paiement tripartite, de diffuser des cartes ou de stimuler des opérations de paiement, sans qu'il importe que cet effet soit voulu ou non. Mastercard et Visa, en revanche, exposent que la source de financement des paiements faits au partenaire de comarquage est déterminante, car les commissions du côté acquéreur dans le schéma de cartes de paiement entraînent une augmentation des coûts (de transaction) pour les commerçants et donc pour les consommateurs. Étant donné que, dans un schéma de cartes de paiement tripartite, la source des rémunérations n'est pas claire, Mastercard et Visa soutiennent que l'on peut supposer que les rémunérations proviennent du côté acquéreur dans le schéma et sont des commissions d'interchange implicites, sous réserve de la preuve (contraire) à fournir par le schéma de cartes de paiement tripartite.

8.3.1 Il importe dès lors en premier lieu de savoir si l'article 5 du règlement doit être lu en ce sens qu'il porte aussi sur des rémunérations qu'un partenaire de comarquage reçoit du schéma de cartes de paiement lorsque ce partenaire de comarquage n'est pas éditeur. À l'instar des définitions de la commission d'interchange et de compensation nette figurant à l'article 2, points 10 et 11, il ressort des termes de l'article 5 du règlement qu'il doit s'agir de rémunérations reçues par un émetteur de la part d'un schéma de cartes de paiement. Si un partenaire de comarquage n'est donc pas un émetteur, une interprétation littérale de l'article 5 du règlement implique que cette disposition ne s'applique pas.

8.3.2 Mais là encore, l'interprétation d'une disposition doit tenir compte du contexte et de l'objectif de la réglementation dont elle fait partie. Ainsi que nous l'avons relevé plus haut sous le visa de l'arrêt Amex (points 70 et 71), la Cour, s'est référée aux objectifs du règlement pour estimer que l'on ne pouvait pas exclure qu'un certain type de contrepartie ou d'avantage soit qualifié de commission d'interchange implicite même si le partenaire de comarquage n'agit pas en tant qu'émetteur. Cela incite à penser que l'article 5 du règlement a également trait à des commissions reçues par un partenaire de comarquage de la part du schéma de cartes de paiement.

8.3.3 Cela conduit le Collège à la question suivante :

3. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'il a également trait à des rémunérations, y compris la compensation nette, reçues par un partenaire de comarquage de la part du schéma de cartes de paiement lorsque le partenaire de comarquage n'est pas un émetteur ?

8.4 Si cette question appelle une réponse affirmative, il convient d'examiner ensuite si l'objet ou l'effet des rémunérations est équivalent à la commission d'interchange. À cet égard, on se demande quand des rémunérations, y compris la compensation nette, que paye un schéma de cartes de paiement tripartite au partenaire de comarquage ont l'objet ou l'effet équivalent à la commission d'interchange. En outre, la question est de savoir si l'effet de ces rémunérations doit encore être examiné, à partir du moment où l'on a déterminé qu'une rémunération a un objet équivalent à celui d'une commission d'interchange.

8.5.1 Selon l'avocat général dans les conclusions présentées dans l'affaire Amex, (point 95), les commissions qu'un schéma tripartite pourrait verser, de manière directe ou indirecte, aux entreprises ou aux agents avec lesquels il met en place une extension auraient, *un objet ou un effet* (mis en italiques par le Collège) équivalent aux compensations que sont les commissions d'interchange dans le cas des schémas quadripartites. Dans la note de bas de page 44, il fait explicitement référence à l'octroi, par American Express, de points pour le programme de fidélité de compagnies aériennes sur ses cartes de comarquage (Amex/Alitalia, Amex/Iberia, Amex/Air France, etc.) comme exemple de commission indirecte dont l'*effet* (mis en italiques par le Collège) est équivalent à la commission d'interchange. Il relève également que selon la logique et la finalité du règlement,

lorsque le schéma tripartite accorde une compensation à un tiers qui collabore à son activité (comme c'est le cas des entreprises de comarquage ou des agents), son montant sera répercuté sur le prix du service et sera payé par le consommateur. Il s'agit, incontestablement, selon l'avocat général, de compensations indirectes, qui rémunèrent la possibilité d'avoir accès au fichier clients de ces entreprises collaboratrices, mais il ne s'agit pas moins de commissions d'*effet* (mis en italiques par le College) équivalent aux commissions d'interchange appliquées dans les schémas quadripartites et dans les schémas tripartites non authentiques (voir le point 96). On peut trouver au point 132 des conclusions présentées dans l'affaire Amex une indication de ce qu'est l'objet ou l'effet de la commission d'interchange. L'avocat général y expose que l'assimilation des schémas de cartes de paiement tripartites étendus par comarquage ou par agent aux schémas de cartes de paiement quadripartites respecte le principe de proportionnalité parce qu'elle est une mesure apte à instaurer des conditions de concurrence équitable entre des types de schémas de paiement avec carte qui ont recours à des tiers pour étendre leur part de marché et qui les rémunèrent au moyen de commissions d'interchange ou de commissions d'effet équivalent.

8.5.2 Dans l'arrêt Amex, la Cour n'aborde pas l'objet et/ou l'effet de la commission d'interchange. Toutefois, la Cour n'exclut pas qu'un certain type de contrepartie ou d'avantage puisse être qualifié de commission d'interchange implicite au sens du considérant 28 du règlement, sans que le partenaire de comarquage ou l'agent avec lequel le schéma de cartes de paiement tripartite a conclu un accord ne soit nécessairement impliqué dans l'activité d'émission du schéma de cartes de paiement tripartite (point 71 de l'arrêt). Cette formulation, prudente, de la Cour pourrait indiquer qu'il n'est pas a priori certain qu'une rémunération versée par un schéma de cartes de paiement tripartite au partenaire de comarquage ait un effet équivalent à la commission d'interchange d'un schéma de cartes de paiement quadripartite.

8.5.3 La réglementation des commissions d'interchange dans le règlement vise, selon le considérant 10 du règlement, à améliorer le fonctionnement du marché intérieur et à contribuer à la réduction des coûts de transaction pour les consommateurs. La vocation de ce règlement à s'appliquer aux schémas de cartes de paiement tripartites est, selon le législateur de l'Union, nécessaire parce que ces schémas sont, dans certains cas, considérés comme des schémas de cartes de paiement quadripartites et qu'ils sont évalués selon les mêmes règles que ces derniers, afin de tenir compte de l'existence de commissions d'interchange implicites et de contribuer à la mise en place de conditions de concurrence équitables (voir le considérant 28 du règlement). La Commission ne voit pas clairement si l'assimilation à des schémas de cartes de paiement quadripartites des schémas de cartes de paiement tripartites avec un partenaire de comarquage, oblige toujours d'examiner si les rémunérations payées par un schéma de cartes de paiement tripartite à un partenaire de comarquage suscitent des problèmes (de marché) similaires à ceux d'un schéma de cartes de paiement quadripartite.

8.5.4 Le Collège ne peut déduire des considérants et des dispositions du règlement en quoi consiste précisément l'objet ou l'effet de la commission d'interchange. Dans le « Document de travail des services de la Commission. Analyse d'impact accompagnant le document « Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant les services de paiement dans le marché intérieur, modifiant les directives 2002/65/CE, 2013/36/UE et 2009/110/CE et abrogeant la directive 2007/64/CE, et proposition de règlement du Parlement européen et du Collège relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte, SWD(2013) 288 final » (ci-après le « document de travail 2013 ») la Commission européenne a relevé ceci à propos de la justification des commissions d'interchange :

« (...) En général, la raison avancée pour percevoir une CMI [commission multilatérale d'interchange] est de stimuler l'activité des émetteurs de cartes en augmentant les revenus qu'ils tirent des paiements par carte. Les banques émettrices utilisent souvent une partie des recettes provenant de ces commissions interbancaires pour promouvoir l'utilisation des cartes de paiement à travers des primes (miles aériens, etc.). En principe, plus les commissions d'interchange sont élevées, plus les banques émettrices encouragent l'utilisation des cartes. Les titulaires de cartes sont donc incités, par des primes et autres récompenses, à utiliser des cartes qui génèrent des frais plus élevés. Par conséquent, du côté du titulaire de la carte, le coût direct de l'utilisation de l'instrument de paiement n'est souvent pas apparent, à moins que les commerçants informent les consommateurs des coûts ou refusent les instruments de paiement coûteux, ce qu'ils font avec réticence par crainte de perdre des clients.

En général, les schémas de cartes et les émetteurs de cartes expliquent que les CMI sont soit un moyen de faire couvrir par un commerçant les coûts des banques émettrices, soit un moyen d'encourager les consommateurs à utiliser une carte de paiement. Conformément à cette théorie, les CMI permettent des frais peu élevés pour les titulaires de cartes et permettent aux émetteurs de cartes d'encourager l'utilisation fréquente de la carte en offrant des primes aux consommateurs (par exemple, des miles aériens)». (Document de travail 2013, volume 1/2, p. 11)

8.5.5 On pourrait déduire des conclusions présentées dans l'affaire Amex et de la genèse du règlement que l'article 5 du règlement devrait être interprété en ce sens que les rémunérations ont un objet équivalent à la commission d'interchange si la finalité de ces rémunérations est de convaincre un tiers, en l'occurrence le partenaire de comarquage, de coopérer avec un schéma de cartes de paiement réglementé pour diffuser ses cartes et/ou avoir accès à sa clientèle et/ou développer des activités visant à faire adhérer à des cartes et/ou à stimuler des transactions passées à l'aide de cartes. Cet objet viserait ainsi à étendre les activités du schéma de cartes de paiement. Il s'ensuivrait que l'effet d'une rémunération serait équivalent à la commission d'interchange si cette

rémunération entraîne une extension des activités des schémas de cartes de paiement.

8.5.6 Cela conduit le College aux questions suivantes.

4a. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération, y compris une compensation nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a une finalité équivalente à la commission d'interchange, si l'idée de cette rémunération est d'étendre les activités du schéma de cartes de paiement ?

4b. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération, y compris une compensation nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a un effet équivalent à la commission d'interchange si cette rémunération entraîne une extension des activités du schéma de cartes de paiement ?

4c. Si ces questions appellent une réponse négative, selon quels critères et/ou facteurs faut-il alors apprécier si une rémunération, y compris une rémunération nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange ?

8.6.1 Ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, le rechtbank (tribunal) a estimé que l'équivalence de l'objet ou de l'effet des rémunérations d'un schéma de cartes de paiement tripartite à un partenaire de comarquage doit s'apprécier à la lumière des objectifs du règlement. À cet égard, il convient, selon le rechtbank (tribunal) d'examiner l'incidence des rémunérations que le schéma de cartes de paiement tripartite paye au partenaire de comarquage sur le marché intérieur et sur les frais de transaction des consommateurs. Le rechtbank (tribunal) ne semble donc pas souscrire à la position de l'ACM selon laquelle il n'y a plus lieu d'examiner l'effet de ces rémunérations une fois qu'il a été établi qu'une rémunération a un objet équivalent à celui d'une commission d'interchange.

8.6.2 Le College déduit de la formulation alternative « ou » à l'article 5 du règlement qu'une rémunération doit être assimilée à une commission d'interchange aux fins de l'article 4 du règlement si elle a une finalité équivalente à la commission d'interchange. Dans ce cas, il n'y a donc plus lieu d'examiner si la rémunération a également un effet équivalent à une commission d'interchange. Toutefois, il ne peut être exclu qu'au regard de l'objectif du règlement d'atténuer l'incidence sur les consommateurs des coûts liés aux opérations de paiement par carte de paiement, ce soit surtout l'effet de la rémunération qui importe pour que cette rémunération doive être considérée comme faisant partie de la commission d'interchange aux fins de l'application de l'article 4 du règlement.

8.6.3 Cela conduit le Collège à la question suivante.

5. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération doit déjà être considérée comme faisant partie de la commission d'interchange aux fins de l'application de l'article 4 du règlement lorsque la rémunération a un objet qui est équivalent à la commission d'interchange ?

Questions en interprétation de la notion de compensation nette

9.1 Ainsi que nous l'avons rappelé plus haut, aux termes de l'article 2, point 11, du règlement, on entend par « compensation nette » le montant net total des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un émetteur en provenance du schéma de cartes de paiement, de l'acquéreur ou de tout autre intermédiaire, en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à une carte. Ainsi que nous l'avons déjà relevé au point 7.3.2, un lien est établi dans le considérant 31 du règlement, entre la compensation nette et l'interdiction de contournement prévue à l'article 5 du règlement. Lors du calcul de cette commission d'interchange, pour s'assurer de l'absence de contournement des règles, il convient de tenir compte du montant total des paiements ou des incitations reçus, pour les opérations réglementées, par un émetteur de la part d'un schéma de cartes de paiement, déduction faite des commissions payées par l'émetteur au schéma de cartes de paiement.

9.2 Le Collège estime que c'est à juste titre que l'ACM relève que les notions de « paiements, rabais et incitations » et « commissions » ont trait dans le considérant 31 du règlement à deux flux de rémunération distincts. Le premier concerne les paiements effectués par le schéma de cartes de paiement à l'émetteur ou, dans le cas d'un schéma de cartes de paiement tripartite avec un partenaire de comarquage, au partenaire de comarquage, sous la forme de « paiements, rabais ou incitations ». L'autre flux de rémunérations, opposé, concerne les « commissions » payées au schéma de cartes de paiement par l'émetteur ou, dans le cas d'un schéma de cartes de paiement tripartite avec partenaire de comarquage, par le partenaire de comarquage. Ces dernières rémunérations sont déduites des « paiements, rabais et incitations ».

9.3 Dans les présentes affaires, il s'agit du flux de rémunérations opposé : les « rémunérations » que la KLM paye en tant que partenaire de comarquage à Amex en tant que schéma de cartes de paiement. La question qui se pose ici est de savoir quelles sont les rémunérations que le partenaire de comarquage verse au schéma de cartes de paiement tripartite qui peuvent être incluses dans le calcul du « montant net total » et s'il doit s'agir d'une commission « monétaire ». Lorsque les commissions non monétaires que le partenaire de comarquage paye au schéma tripartite de cartes de paiement peuvent également être incluses dans le calcul du « montant net total », on se demande comment il faut calculer la valeur de la prestation non monétaire (contrepartie) dans le cadre de la compensation nette.

9.4.1 Amex et la KLM estiment toutes deux que la commission de service acquittée par le commerçant que la KLM paie à Amex pour l'acceptation des opérations par carte de crédit doit être prise en compte dans le calcul du montant net total.

9.4.2 L'ACM estime que la commission de service acquittée par le commerçant que la KLM paie à Amex ne peut pas être incluse dans le calcul du montant net total. Cette commission de service acquittée par le commerçant découle de l'accord d'acceptation des cartes conclu entre Amex et la KLM, en vertu duquel Amex en qualité d'acquéreur passe un contrat avec la KLM en tant que commerçant, portant sur l'acceptation des opérations de paiement par carte. Selon l'ACM, cela signifie que la relation juridique donnant lieu à la commission n'implique pas l'émission conjointe de cartes au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 5, du règlement. En outre, les frais que la KLM doit payer en tant que détaillant n'entrent pas dans la définition de la compensation nette. Dans sa décision du 24 juillet 2019, le juge des référés du rechtbank (tribunal) a suivi ce point de vue. À cet égard il a relevé que chaque détaillant doit payer une telle rémunération à Amex pour l'acceptation par Amex des paiements par carte de crédit.

9.4.3 Il n'est pas contesté que la commission de service acquittée par le commerçant, payée par la KLM à Amex, découle de l'accord d'acceptation des cartes conclu avec Amex. La commission de service acquittée par le commerçant est une commission payée par le bénéficiaire à l'acquéreur dans le cadre des opérations de paiement par carte (article 2, point 12, du règlement). Il s'agit donc d'une rémunération dans la relation entre le bénéficiaire, d'une part, et l'acquéreur, d'autre part. La compensation nette (et le considérant 31 du règlement) vise des rémunérations dans la relation entre l'émetteur d'une part et le schéma de cartes de paiement d'autre part. Cela confirme le point de vue d'l'ACM selon lequel la commission de service acquittée par le commerçant, payée par la KLM à Amex, ne peut pas être incluse dans le calcul du montant net total. D'autre part, comme nous l'avons rappelé plus haut, la notion de compensation nette est surtout propre à un schéma quadripartite. Contrairement à un schéma de cartes de paiement quadripartite, dans un schéma de cartes de paiement tripartite, c'est le schéma de cartes de paiement lui-même qui fournit des services d'acceptation et d'émission. Amex, en tant que schéma de cartes de paiement, est donc à la fois émetteur et acquéreur et reçoit de la KLM des rémunérations qui, conformément à l'article 2, point 12, du règlement, se rapportent également aux opérations de paiement par carte ou à des activités connexes. Il importe également de noter qu'en plus de l'accord d'acceptation de la carte, l'accord de comarquage fait également partie de l'accord-cadre global. L'ACM considère que la commission versée par Amex à la KLM (prime à la signature) pour la conclusion de ces conventions est une commission liée aux opérations de paiement par carte ou aux activités connexes au sens de l'article 2, point 11, du règlement. Selon l'ACM, cette rémunération incite la KLM à nouer une coopération de comarquage avec Amex et à la poursuivre.

9.4.4 Cela conduit le Collège à la question suivante.

6. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement en ce sens qu'une commission de service acquittée par le commerçant payée par un partenaire de comarquage à un schéma de cartes de paiement tripartite peut être déduite des paiements, rabais ou incitations reçus par le partenaire de comarquage de la part du schéma de cartes de paiement en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à une carte ?

9.5.1 En outre, Amex et la KLM soutiennent que les coûts liés à l'attribution des miles doivent être pris en compte dans le calcul du montant net total.

9.5.2 L'ACM estime que, dans la compensation nette telle que visée par le règlement, seuls les frais (monétaires) peuvent être déduits du montant total. L'ACM se réfère tout d'abord au considérant 31 du règlement, qui explique la compensation nette, et en particulier à l'expression « déduction faite des commissions payées par l'émetteur au schéma de cartes de paiement » qui y figure. L'ACM en conclut que les coûts ou la contre valeur économique de la performance d'un émetteur ou d'un partenaire de comarquage ne peuvent être déduits du montant total payé par Amex à la KLM pour les miles. Deuxièmement, l'ACM affirme que c'est la KLM et non Amex qui fournit les miles au titulaire de la carte. Troisièmement, l'ACM relève que tout autre point de vue aboutirait à ruiner l'objectif du règlement consistant à empêcher des commissions d'interchange élevées et disparates. Si les coûts ou la contre valeur économique d'une prestation du partenaire de comarquage peuvent être déduits du montant total reçu d'un schéma de cartes de paiement, cela pourrait facilement conduire à un contournement du plafond de la commission d'interchange. Un schéma de cartes de paiement serait donc en mesure de faire des paiements substantiels au partenaire de comarquage pour les miles s'il est autorisé à déduire de ces paiements les frais que le partenaire de comarquage doit exposer à cet effet. Le législateur de l'Union a précisément voulu empêcher ce contournement en adoptant l'article 5 du règlement.

9.5.3 Le Collège estime avec la KLM et Amex qu'Amex fournit des miles à ses titulaires de cartes au titre de la relation contractuelle entre Amex et ces titulaires de cartes. À cet effet, Amex achète d'abord les miles à la KLM. Ces miles ont une valeur et la question est de savoir si Amex peut déduire cette valeur du montant total des rémunérations qu'elle paye à la KLM. Les termes de la définition de la compensation nette figurant à l'article 2, point 11, du règlement n'imposent pas d'inclure uniquement les rémunérations monétaires dans le calcul du montant net total. De même, il ne découle pas tout bonnement du considérant 31 du règlement que seuls les rémunérations monétaires et non la valeur d'une contrepartie convenue par contrat peuvent être déduits de la compensation nette. Selon le Collège, lorsqu'une rémunération monétaire est la contrepartie d'un produit ou d'un service acheté par le schéma de cartes de paiement à l'émetteur ou au partenaire de comarquage, il est en soi raisonnable d'inclure la valeur de la prestation dans le calcul de la rémunération nette. Si ce n'était pas le cas, le montant total en termes économiques serait un montant brut.

9.5.4 L'ACM relève à juste titre que la déduction de la valeur de la prestation dans le calcul de la compensation nette ne doit pas avoir pour effet de contourner le plafond de la commission d'interchange. À cet égard, on se demande comment doit se déterminer la valeur de la (contre) prestation non monétaire dans le cadre de la compensation nette.

9.5.5 Dans son appréciation du respect par Amex de l'injonction qui lui a été faite sous astreinte, l'ACM a admis, conformément à la décision que le juge des référés a rendue dans la présente procédure, qu'Amex déduise de la rémunération qu'elle paye pour les miles, la valeur des miles qu'elle achète. À cet égard, les parties divergent sur la manière de calculer cette valeur. Selon l'ACM, cette valeur ne devrait pas dépasser les coûts de la contrepartie réelle que la KLM doit exposer pour un mile attribué et le calcul devrait tenir compte de l'expérience qui enseigne que les miles ne sont pas utilisés à 100 %. En revanche, Amex et la KLM soutiennent que la valeur des miles correspond (exactement) à la rémunération des miles convenue entre Amex et la KLM. la KLM relève en outre qu'en tant que partenaire de comarquage, on ne peut exiger d'elle de devoir partager des informations commerciales sensibles avec son cocontractant (Amex) afin de déterminer les coûts de la contrepartie effective qu'elle doit fournir pour un mile attribué.

9.5.6 Cela conduit le College aux questions suivantes.

7a. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement en ce sens qu'il permet de déduire du montant total perçu par le partenaire de comarquage du schéma de cartes de paiement non seulement des rémunérations monétaires versées par le partenaire de comarquage, mais également les coûts ou la contre valeur économique de la prestation d'un partenaire de comarquage ?

7b. Si cette question appelle une réponse affirmative, selon quels critères faut-il calculer cette valeur ?

10. Compte tenu de ce qui précède, le College va adresser à la Cour de justice les questions préjudicielles énoncées ci-dessous dans le dispositif.

Suite de la procédure

11. Réserve à statuer dans l'attente de l'arrêt de la Cour de justice.

Dispositif

Le College :

- Sollicite la Cour de justice de statuer à titre préjudiciel sur les questions suivantes :

1. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement (UE) 2015/751 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux commissions d'interchange pour les opérations de paiement liées à une carte (ci-après le « règlement »), aux fins de l'application des règles de fond du règlement, en ce sens que le montant net total des paiements, des rabais ou des incitations reçus par un partenaire de comarquage en provenance d'un schéma de cartes de paiement tripartite dans le cadre d'opérations de paiement par carte ou d'activités connexes doit être considéré comme une compensation nette, même si ce partenaire de comarquage n'est pas lui-même un émetteur ?
2. Faut-il interpréter l'article 4 du règlement, lu en combinaison avec l'article 2, point 10, deuxième phrase, en ce sens que la compensation nette relève directement du champ d'application de l'article 4 ?
3. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'il a également trait à des rémunérations, y compris la compensation nette, reçues par un partenaire de comarquage de la part du schéma de cartes de paiement lorsque le partenaire de comarquage n'est pas un émetteur ?
 - 4a. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération, y compris une compensation nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a une finalité équivalente à la commission d'interchange, si l'idée de cette rémunération est d'étendre les activités du schéma de cartes de paiement ?
 - 4b. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération, y compris une compensation nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a un effet équivalent à la commission d'interchange si cette rémunération entraîne une extension des activités du schéma de cartes de paiement ?
 - 4c. Si ces questions appellent une réponse négative, selon quels critères et/ou facteurs faut-il alors apprécier si une rémunération, y compris une compensation nette, perçue par un partenaire de comarquage pour des opérations de paiement ou des activités connexes a un objet ou un effet équivalent à la commission d'interchange ?
5. Faut-il interpréter l'article 5 du règlement en ce sens qu'une rémunération doit déjà être considérée comme faisant partie de la commission d'interchange aux fins de l'application de l'article 4 du règlement lorsque la rémunération a un objet qui est équivalent à la commission d'interchange ?
6. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement en ce sens qu'une commission de service acquittée par le commerçant payée par un partenaire de comarquage à un schéma de cartes de paiement tripartite peut être déduite des paiements, rabais ou incitations reçus par le partenaire de comarquage de

la part du schéma de cartes de paiement en rapport avec des opérations de paiement ou des activités connexes liées à une carte ?

7a. Faut-il interpréter l'article 2, point 11, du règlement en ce sens qu'il permet de déduire du montant total perçu par le partenaire de comarquage du schéma de cartes de paiement non seulement des rémunérations monétaires versées par le partenaire de comarquage, mais également les coûts ou la contrevaieur économique de la prestation d'un partenaire de comarquage ?

7b. Si cette question appelle une réponse affirmative, selon quels critères faut-il calculer cette valeur ?

[OMISSIS]

[Formule finale et signature]

DOCUMENT DE TRAVAIL