

gegeven, overwoog de rechtbank ook nog dat het punitieve karakter van boetes als de onderhavige met zich meebrengt dat – op een vergelijkbare voet als in strafzaken – de opschorting voortduurt totdat ook op een eventueel *hoger* beroep is beslist. Deze benadering wijkt af van die van de voorzieningenrechter CBB van 9 april 2003, waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat blijkt uit de tekst van artikel 63 Mw dat dit artikel zich niet uitstrekt tot de periode dat hoger beroep kan worden ingesteld of, indien hoger beroep is ingesteld, totdat op dat hoger beroep is beslist. Daarbij overweegt de voorzieningenrechter dat het zo moge zijn dat de argumenten die de wetgever heeft gehanteerd om het systeem van dit artikel zich te doen uitstreken tot de beroepsfase, wellicht ook opgeld doet in de hoger-beroepsfase, maar die geschiedenis bevat, volgens de voorzieningenrechter, onvoldoende, niet voor tweërlei uitleg vatbare, aanwijzingen dat de wetgever het verkieselijk zou achten het systeem van artikel 63 Mw zich ook te doen uitstreken over de fase van het hoger beroep.¹⁶

Wellicht dat de voorlopige conclusie over deze actie-reactie rechtspraak van rechtbank en CBB moet zijn dat het CBB meer waarde hecht aan de tekst van de wet dan de rechtbank.

Interpayzaak – NMa-besluit op bezwaar

Interpay, zaaknummer 2910-864, Besluit op bezwaar Raad van Bestuur NMa, 21 december 2005, gericht tegen besluit d-g NMa van 28 april 2004 in zaaknummer 2910-700.
Art. 6 Mw. Gemeenschappelijke Onderneming (joint venture) met karakter samenwerkingsverband. Vaststelling schending gehandhaafd; boete gematigd.
Art. 24 Mw. Excessieve tarieven voor netwerkdiensten pintransacties. Nieuwe omstandigheden; vaststelling schending ongedaan gemaakt; boete vervallen.
(m.nt. mr J.C.A. Houdijk)*

Inleiding

Op 21 december 2005 verscheen het besluit op bezwaar in de Interpayzaak. De Raad van Bestuur van de NMa had hierin een paar lastige kwesties op te lossen, besloten in het oorspronkelijke besluit van 28 april 2004. Zo bestonden er vragen over de diskwalificatie van Interpay als *concentratieve* joint venture bij de toepassing van art. 6 Mw.¹ Er leek sprake van innerlijke tegenstrijdigheid binnen het besluit, aangezien de NMa bij de toepassing van art. 6 Mw Interpay niet bestempelde als zelfstandige economische eenheid, en bij de toepassing van art. 24 Mw wél uitging van een zelfstandige onderneming.² Van de zijde van de Bezwaaradviescommissie was kritiek gekomen op

de meetperiode die de NMa gebruikte om vast te stellen of de tarieven van Interpay daadwerkelijk excessief waren. Verder was de feitelijke situatie zoals deze ten grondslag lag aan de oorspronkelijke boetebeschikking van 28 april 2004 in de loop van 2005 aan substantiële wijzigingen onderhevig geweest; de banken kwamen een compensatieregeling overeen met de detaillisten voor geleden schade, en zij richtten een nieuw orgaan op (Currence) dat bepaalde taken van Interpay heeft overgenomen. Beide regelingen zijn als zodanig door de NMa goedgekeurd in de loop van 2005, maar daarmee was nog niet duidelijk of en hoe deze regelingen de heroverweging van het Interpaybesluit door de NMa zouden beïnvloeden.

Alle redenen dus om uit te kijken naar het besluit op bezwaar, afhankelijk van de invalshoek om te zien hoe de NMa om zou gaan met alle vragen en nieuwe feiten, dan wel om af te wachten hoe de NMa zich uit sommige precaire onderdelen van het oorspronkelijke besluit zou weten te redenen.

Het oorspronkelijke Interpaybesluit

In zijn beschikking van 28 april 2004³ gaf de d-g NMa acht Nederlandse banken⁴ een boete voor de overtreding van art. 6 Mw. De d-g stelde vast dat de banken de mededinging op de markt van netwerkdiensten voor pintransacties hadden uitgeschakeld door hun samenwerking binnen Interpay uit te strekken tot de verkoop van deze netwerkdiensten.⁵ Niet het opzetten en instandhouden van het gezamenlijke netwerk achtte de d-g mededingingsbeperkend, maar wel de keuze voor het beperken van het aanbieden van de netwerkdiensten tot één verkooppunt. De NMa oordeelde dat bovenstaande schending zich had afgespeeld in de periode van 1 januari 1998 tot 1 maart 2004. Tot laatstgenoemde datum was Interpay de enige aanbieder van netwerkdiensten aan detaillisten en andere afnemers. Vanaf 1 maart hebben de banken het sluiten van contracten over te leveren pindiensten zelf ter hand genomen.⁶ Interpay blijft bestaan als intermediair en beheerder van het netwerk, maar het zijn de banken zelf die als wederpar-

* Joost Houdijk is junior wetenschappelijk medewerker, Sectie Internationaal en Europees Recht, Radboud Universiteit Nijmegen.

- Zie bijvoorbeeld R. Wesseling, E.J. Offers, 'De toepassing van de artikelen 6 en 24 Mededingingswet door de NMa in 2004', *Markt & Mededinging* 2005, nr.3, p. 77 en 78; P. Glazener, S.J.H. Evans, D.N. Heeger, M.M.J. Verstraelen, 'Kroniek mededingingsrecht. Beschikkingspraktijk van de NMa in het eerste halfjaar 2004', *SEW* 2005-2, nr. 10, p. 75 en 76.
- A.-M. Van den Bossche, noot bij Interpaybesluit NMa, zaaknr. 2910-700, *Markt & Mededinging* 2004, nr. 7, p. 262 en 267.
- Interpay*, zaaknr. 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004, m. nt. A.-M. Van den Bossche, *Markt & Mededinging* 2004, nr.7, p. 259-267.
- Te weten ABN Amro, Rabobank, ING, Fortis, SNS, BNG, Friesland Bank en Van Lanschot Bankiers.
- Netwerkdiensten voor pintransacties omvatten het transport van gegevens tussen detaillisten en banken waardoor betaaltransacties van consumenten geautoriseerd kunnen worden en een bijboeking op de bankrekening van de detaillist en een afboeking van de bankrekening van de consument kan plaatsvinden. Zie randnr. 22 van NMa's Interpay-besluit van 28 april 2004.

16 CBB 9 april 2003, zaaknr. AWB 03/240, LJN-nr. AF7441.

tij optreden naar de detaillisten toe, en individueel tarieven met hen uitonderhandelen.

Daarnaast beboette de d-g NMa ook Interpay zelf wegens schending van art. 24 Mw. De d-g stelde vast dat Interpay misbruik had gemaakt van haar economische machtspositie door excessieve tarieven te hanteren voor netwerkdiensten voor pintransacties. De NMa bepaalde dat deze overtreding had plaatsgevonden van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001.

De oorspronkelijke boetebeschikking van de NMa laat zich simpel opdelen in twee onderdelen: schending van art. 6 Mw door een groep van acht Nederlandse banken middels een samenwerkingsverband, Interpay geheten; en schending van art. 24 Mw door Interpay als zelfstandige entiteit. Waar de banken, afhankelijk van hun aandeel in de omzet voor pintransacties, boetes kregen opgelegd variërend van een half miljoen euro tot bijna vier miljoen euro, daar kreeg Interpay een boete van meer dan dertig miljoen euro aan de broek.

Opvallend is uiteraard dat de NMa de overtreding van art. 6 Mw toerekent aan de banken afzonderlijk, terwijl de autoriteit de tweede schending toerekent aan Interpay als zelfstandige onderneming. Is het logisch om een entiteit eerst te bestempelen als louter samenwerkingsverband, om het vervolgens als zelfstandige onderneming te kwalificeren? Of is dit slechts een vorm van toerekeningstechniek waarin een overheidsorgaan een grote mate van vrijheid heeft?

Ontwikkelingen in de markt ná het oorspronkelijke Interpaybesluit – Convenant Betalingsverkeer 2005

Op 17 november 2005 hebben de Nederlandse Vereniging van Banken, Interpay en de acht banken het Convenant Betalingsverkeer gesloten met de vertegenwoordigers van de Nederlandse detailhandel, het horecabedrijf, de energiebranche en het garagebedrijf. Dit Convenant dient er mede toe om een einde te maken aan de geschillen tussen Interpay en de aandeelhoudende banken aan de ene kant en de gebruikers van pinsystemen aan de andere kant over de hoogte van de door Interpay in rekening gebrachte vergoedingen voor pintransacties. De gebruikers hebben collectief schadeclaims ingediend bij de aandeelhoudende banken en Interpay om de geleden schade als gevolg van excessieve tarieven voor netwerkdiensten voor pintransacties vergoed te krijgen. Het Convenant dient er mede toe om deze kwestie in der minne te schikken.

De banken verplichten zich om alle toonbankinstellingen met terugwerkende kracht vanaf 1 januari 2005 voor onbepaalde tijd en onafhankelijk van het geldende tarief een korting te verlenen van ten minste één eurocent per verichte pintransactie. De verwachte opbrengst van deze kortingsregeling voor de toonbankinstellingen ligt op minimaal € 36 miljoen.⁷ Aangezien het om een *minimum*korting gaat, kunnen banken in de individuele relatie met afnemers van pindiensten hogere kortingen aanbieden.

Naast een kortingsregeling als hierboven omschreven bevat het Convenant afspraken over het opzetten van een fonds ter stimulering van maatregelen die de doeltreffend-

heid en veiligheid van het toonbankbetalingsverkeer vergroten. Het fonds bevat tien miljoen euro en wordt beheerd door een stichting. In het bestuur van de stichting zitten twee vertegenwoordigers van het Platform Detailhandel Nederland en twee vertegenwoordigers van de Nederlandse Vereniging van Banken.

Ook spreken partijen in het convenant de intentie uit om samen plannen te ontwikkelen om tot een maatschappelijk efficiënt betalingsverkeer te komen. Hier gaat het om maatregelen die een gezond economisch verkeer zouden moeten dienen, en uiteindelijk dus ten goede zouden komen aan de consument.

In de afspraken komt duidelijk een gezamenlijk en gecoördineerd optreden naar voren tussen partijen. Dit is op het eerste gezicht altijd verdacht binnen het mededingingsrecht. Als rechtvaardiging voor de gezamenlijke initiatieven brengen partijen het 'first mover's dilemma'⁸ naar voren. Het is aan de NMa om vervolgens te beslissen of de afspraken überhaupt onder art. 6 lid 1 Mw vallen, dan wel wellicht in aanmerking komen voor een vrijstelling onder art. 6 lid 3 Mw.

In haar Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer van 14 november 2005⁹ keurt de NMa het Convenant goed. De kortingsregeling acht de NMa niet mededingingsbeperkend (in doel noch in effect), aangezien het slechts gaat om minimumkortingen.¹⁰ De regeling laat onverlet dat partijen in individuele onderhandelingen hogere kortingen bedingen dan de afgesproken eurocent. Sinds de overdracht van de pincontracten van Interpay aan de banken (in maart 2004) is een differentiatie ontstaan in tarieven en contractvoorwaarden.¹¹ Dit duidt op meer concurrentie in de markt. Hier komt bij dat een gedeelte van de periode waarover de korting wordt verleend in het verleden ligt, waarin de contracten reeds waren uitonderhandeld. Over deze periode is in ieder geval met zekerheid te zeggen dat de korting over de tarieven ook daadwerkelijk als zodanig uitpakt.¹²

De NMa laat ook het Fonds en de plannen over het maatschappelijk efficiënt betalingsverkeer passeren. Bij het Fonds hanteert zij de gebruikelijke disclaimer over de wijze

6 De laatste contracten met Interpay zijn beëindigd in augustus 2005.

7 *Interpay*, Besluit op bezwaar NMa, 21 december 2005, zaaknr. 2910-864, randnr. 18 en 19.

8 Het 'first mover's dilemma' houdt in dat geen der partijen als eerste, zonder klanten en inkomsten te verliezen, maatregelen kan invoeren die leiden tot ander betaalgedrag bij consumenten en zakelijke gebruikers. Bedrijfseconomische overwegingen en imagoschade weerhouden banken ervan om individueel maatregelen te treffen.

9 Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer 2005 NMa, 14 november 2005, kenmerk 5194/7.0366, http://www.nmanet.nl/Images/Informele%20zienswijze%20Convenant%20Betalingsverkeer%202005_tcm16-81365.pdf.

10 Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer 2005, par. 2.1.

11 Zo worden contracten aangeboden met een vooraf vastgesteld tarief per transactie, maar ook met een achteraf vast te stellen tarief, afhankelijk van het aantal daadwerkelijk behaalde pintransacties. Sommige banken bieden pakketten aan met een bepaalde hoeveelheid transacties tegen een vaste prijs, andere banken bieden een bepaalde hoeveelheid transacties gratis aan. Ook zijn er verschillen in looptijd tussen de overeenkomsten.

waarop dit instrument in de praktijk gehanteerd wordt.¹³ Bij de initiatieven over het efficiënte betalingsverkeer bewandelt de NMa dezelfde weg, en waarschuwt zij dat dit type overleg in de praktijk tot concrete mededingingsbeperkende afspraken kan leiden. Hiervoor staat dan eventueel de uitzonderingsmogelijkheid van art. 6 lid 3 Mw open. De plannen zijn echter op dat moment nog onvoldoende uitgewerkt door partijen. De NMa verklaart zich bereid om te zijner tijd een informele zienswijze te wijden aan door partijen opgestelde concrete maatregelen.¹⁴

De oprichting van Currence

Op 1 januari 2005 richtten de acht banken de besloten vennootschap Brands & Licences Betalingsverkeer Nederland B.V. (B&L) op. Vanaf 17 mei 2005 werkt dit bedrijf onder de definitieve naam Currence. Doel van de oprichting van B&L was om op het gebied van het betalingsverkeer de regelgeving en merklicenties af te zonderen van het domein van processing. Tot de oprichting van B&L verenigde Interpay al deze taken in zich, waardoor zij wel erg veel rollen tegelijk vervulde. Sinds haar oprichting houdt B&L zich bezig met de eerste twee activiteiten (regelgeving en merklicenties), en beperkt Interpay zich tot de processing.

B&L is eigenaar geworden van de merken PIN en Chipknip. Zij licentieert de merken aan financiële instellingen die deze betaalproducten op de markt willen brengen. B&L stelt daarbij eisen waaraan gebruikers van de merken dienen te voldoen. Deze eisen zijn vastgelegd in de Rules & Regulations (R&R). Daarnaast certificeert B&L derde partijen die deelfuncties willen verrichten in het betalingsverkeer, zoals processoren, terminalleveranciers en kaartleveranciers. Ook hierover bevatten de R&R nadere regels. Zowel certificering als licentiëring dient plaats te vinden op basis van vooraf inzichtelijk gemaakte, objectieve criteria die verband houden met veiligheid, continuïteit, betrouwbaarheid en efficiency van het betalingsverkeer. Vraag aan de NMa was of ten eerste de oprichting van B&L en ten tweede de R&R mededingingsrechtelijk door de beugel konden. De NMa heeft zich hierover uitgelaten in haar Informele Zienswijze B&L.¹⁵

De NMa is tamelijk voorzichtig in haar zienswijze over het functioneren van B&L. Zij geeft aan dat de oprichting van het bedrijf positief is voor de marktwerking in het Nederlandse betalingsverkeer. De splitsing vermindert de mededingingsrechtelijke risico's, al blijven er gevaren op de loer liggen in het functioneren van B&L zelf. Vooral de eigendomsstructuur van B&L en de besluitvormingsprocedure inzake bepaalde wijzigingen van de R&R kunnen in de praktijk leiden tot ongewenste situaties. Zowel de Raad van Commissarissen als de Algemene Vergadering van Aandeelhouders zijn op bepaalde momenten beslissingsbevoegd om door de directie voorgestelde wijzigingen van de R&R tegen te houden.¹⁶ Aangezien de banken ruimschoots vertegenwoordigd zijn in beide organen,¹⁷ is het mogelijk dat actieve marktpartijen uit hoofde van hun rol als aandeelhouder of commissaris van B&L invloed uitoefenen op de eisen die aan andere marktpartijen worden gesteld. Dit kan leiden tot

oneigenlijke uitsluiting van (potentiële) marktpartijen of de belemmering van innovatie. De feitelijke toepassing van de R&R en bijbehorende toelatingsprocedure dient dan ook in de praktijk op objectieve, transparante en non-discriminatoire wijze plaats te vinden.¹⁸ De NMa houdt een vinger aan de pols wanneer het gaat om het functioneren van de R&R in de praktijk – het opwerpen van onnodige toetredingsdrempels is uit den boze, evenals het verhinderen van de introductie van innovatieve producten en technologie – maar keurt de oprichting van B&L als zodanig wel goed. De NMa is verder ook tevreden over de toetsingsprocedure omtrent aanvragen voor certificaten en licenties. Toetsing vindt plaats door een onafhankelijke en deskundige auditororganisatie; in geval van een certificaat- of licentieweigering staat arbitrage open bij het Nederlands Arbitrage Instituut.¹⁹

Het advies van de Bezwaaradviescommissie (BAC) over het oorspronkelijke Interpaybesluit

Het advies van de Bezwaaradviescommissie (BAC) in de Interpayzaak²⁰ gaat uiteraard in op zowel de toepassing van art. 6 als 24 Mw, maar de commissie schenkt de meeste aandacht aan het vraagstuk van de al dan niet excessieve tarieven onder art. 24 Mw. De belangrijkste punten zien er als volgt uit.

De BAC begint haar advies met de vaststelling dat de NMa de markt opnieuw dient af te bakenen. De NMa heeft niet overtuigend aangetoond dat de markt in kwestie beperkt is tot betalen met pinpas, en bijvoorbeeld niet contante betaling omvat. Dit heeft vooral te maken met het al dan niet hanteren van de SSNIP-test. De NMa concludeert in haar oorspronkelijke besluit dat de SSNIP-test niet zonder meer geschikt is voor marktafbakening, maar zij geeft niet duidelijk aan op welke afbakeningmethodiek zij haar uiteindelijke marktafbakening dan wel grondt.²¹

12 Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer 2005, par. 2.1.2.

13 Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer 2005, par. 2.2.

14 Informele Zienswijze Convenant Betalingsverkeer 2005, par. 2.3.1-2.3.3.

15 Informele Zienswijze B&L NMa, 19 april 2005, kenmerk 4174/32.0105, http://www.nmanet.nl/Images/11_28504_tcm16-71152.pdf.

16 Zo behoeven een aantal strategische besluiten van de directie van B&L vooraf schriftelijke goedkeuring van de AvA. Het gaat dan bijvoorbeeld om wijzigingen van de R&R die een ingrijpende verandering in de infrastructuur van het betalingsverkeer impliceren. De RvC heeft een rol als geschillenbeslechter in de wijzigingsprocedure van de R&R, en mag daarin het instrument van de bindende uitspraak ter hand nemen.

17 De aandeelhouders van B&L zijn de acht banken, dus de Algemene Vergadering van Aandeelhouders bestaat volledig uit vertegenwoordigers van deze acht; de Raad van Commissarissen van B&L bestaat uit 10 commissarissen, waarvan 7 afkomstig zijn van de aandeelhoudende banken. De overige 3 commissarissen zijn onafhankelijk, waarbij één van hen gelieerd is aan een bank die geen aandelen houdt in B&L.

18 Informele Zienswijze B&L, par. 6.

19 Informele Zienswijze B&L, par. 3.1.2 en 3.2.2.

20 Advies in zaak 2910, *Interpay*, Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet, http://www.nmanet.nl/Images/BAC%20Advies%202910_tcm16-83721.pdf.

Het advies van de BAC – het begrip ‘zelfstandige economische eenheid’

De BAC gaat vervolgens nader in op het begrip ‘zelfstandige economische eenheid’. De behandeling van deze term lijkt enigszins uit de lucht te komen vallen op deze plaats in het advies, maar de commissie probeert daarmee het vraagstuk van de innerlijke tegenstrijdigheid in het oorspronkelijke NMa-besluit te beantwoorden. De NMa besliste daarin immers dat Interpay zelfstandigheid ontbeerde onder art. 6 Mw, terwijl de NMa Interpay wel voldoende autonomie toedichtte om haar als zelfstandig schender van art. 24 Mw te behandelen.

De BAC geeft aan dat de term ‘zelfstandige economische eenheid’ bij het kartelverbod niet dezelfde lading heeft als bij het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Van een normatieve gelijkschakeling is in het mededingingsrecht tot op heden geen sprake, aldus de BAC.²²

Deze constatering is niet juist. Twijfels over een normatieve gelijkschakeling van dit begrip in het mededingingsrecht kunnen inderdaad rijzen, maar dan niet met betrekking tot de verhouding tussen enerzijds het kartelverbod en anderzijds het verbod van misbruik van machtspositie, als wel ten aanzien van het kartelverbod en het verbod van misbruik aan de ene kant en de concentratiecontroleregeling aan de andere kant. De uitleg van het begrip ‘zelfstandige economische eenheid’ verschilt mijns inziens niet of nauwelijks in de artikelen 81 en 82 EG.²³ Bij elk van beide artikelen kan de focus op bepaalde samenwerkings-elementen natuurlijk wel van zaak tot zaak verschillen, afhankelijk van de karakteristieken van de voorliggende casus.²⁴

Een normatieve tegenstelling in de invulling van het begrip ‘zelfstandige economische eenheid’ komt eerder naar voren in de relatie tussen het *ex post* toe te passen kartel- en misbruikverbod aan de ene kant, en de *ex ante* fusiecontroleregeling aan de andere kant.²⁵ Het verschil in interpretatie draait dan om de term ‘zeggenschap’, een zeer belangrijk element bij de beoordeling van zelfstandigheid van economische eenheden. De fusiecontrole heeft een ander karakter dan het kartel- en misbruikverbod: waar de prospectieve fusiecontrole een voorzorgselement in zich draagt, bevat het retrospectieve kartel- en misbruikverbod een punitief element. Bij de concentratiecontrole vormt de zeggenschapsmaatstaf dan ook een toegangscriterium voor controle, terwijl de maatstaf bij het kartel- en misbruikverbod uiteindelijk een toetsingscriterium voor daderschap is.²⁶

Bij de fusiecontrole zou men daarom verwachten dat de zeggenschapsdrempel wat lager ligt, omdat dit de mededingingsautoriteit de mogelijkheid geeft om bepaalde fusies binnen het bereik van de concentratiecontrole te brengen. Het punitieve karakter van de *ex post* kartel- en misbruikcontrole vereist eigenlijk dat de lat wat hoger ligt teneinde overtredingen niet zomaar toe te rekenen aan ondernemingen die in een bepaalde verhouding staan tot de eigenlijke wetsovertreder. Dit verschil kristalliseert zich enigszins uit waar de fusiecontrole de loutere *mogelijkheid* tot het uitoefenen van beslissende invloed van moeder(s) op dochter al voldoende

acht om een zeggenschapsband tot stand te brengen,²⁷ terwijl een dergelijke benadering onder het kartel- en misbruikverbod niet zomaar voldoende lijkt om daderschap aan te nemen voor mededingingsrechtelijke ‘delicten’ die bijvoorbeeld door een dochter zijn gepleegd.

Een mogelijke vervolgstap: het begrip ‘collectieve machtspositie’ binnen art. 82 EG en de fusiecontroleregeling

Als men de vraag naar de al dan niet zelfstandigheid van economische eenheden heeft beantwoord en daarmee het ondernemingscriterium heeft afgehandeld, komt men uit bij de voor elk van de drie mededingingsinstrumenten typische voorwaarden, zoals het bestaan van een mededingingsbeperkende overeenkomst onder art. 81 EG, en de aanwezigheid van misbruik van machtspositie onder art. 82 EG. Het ondernemingscriterium binnen de artikelen 81 EG en 82 EG is in zekere zin nog maar de opmaat voor de werkelijke toets van het bestaan van zo’n mededingingsbeperkende overeenkomst, respectievelijk een dergelijk misbruik. Binnen de fusiecontroleregeling is het ontstaan van een (nieuwe) onderneming dan weer het centrale draaipunt; de hele regeling is gericht op de effecten die dat teweegbrengt voor de marktstructuur.

Toch zijn vooral tussen art. 82 EG en de concentratiecontrole sterke parallellen aanwezig in het ‘post-ondernemingsstadium’, en wel op het punt van het begrip ‘collectieve machtspositie’. Via deze figuur is een groep van zelfstandige ondernemingen, die niet als één economische eenheid is te bestempelen, toch onder de werking van art. 82 EG respectievelijk de concentratiecontroleregeling te krijgen. Bij de invulling van het begrip ‘collectieve machtspositie’ verwijst het Hof van Justitie kruislings naar interpretaties in zaken onder zowel art. 82 EG als de fusiecontrole.²⁸ De invulling van dit begrip onder beide regelingen loopt dus in hoge mate parallel in de rechtspraak. In die situatie komen de conceptuele ver-

21 BAC-advies in zaak 2910, Interpay, randnr. 14-16.

22 BAC-advies in zaak 2910, Interpay, randnr. 20 en 21.

23 Het Gerecht van Eerste Aanleg heeft in het *Vlaxglas*-arrest ook expliciet vastgesteld dat er geen juridische of economische reden bestaat om aan te nemen dat de betekenis van het begrip ‘onderneming’ in art. 82 EG zou verschillen van de betekenis in art. 81 EG. Zie Gerecht van Eerste Aanleg, 10 maart 1992, *gev. zaken T-68/89, T-77/89, T-78/89, Società Italiana Vetro e.a. t. Commissie* (‘*Vlaxglas*’), *Jur.* 1992, p.II-1403, r.o. 358.

24 Zo kan men voor de vraag naar het bestaan van een zelfstandige economische eenheid in een concrete kartel- of misbruikzaak de verhouding onderzoeken tussen een dochteronderneming en haar moederbedrijf, de relatie tussen een dochter en een groep van samenwerkende moeders, of de verhouding tussen de samenwerkende moeders als zodanig. Binnen deze relaties kan de dochter dan weer een heel afhankelijke positie innemen, dan wel zeer autonoom opereren.

25 R. Whish, *Competition Law*, London: LexisNexis UK 2003, p. 88 en 89.

26 De tegenstelling lijkt voort te komen uit het feit dat de *ex ante* fusiecontrole zich concentreert op de formeel vastgelegde beïnvloedingsmogelijkheden, terwijl de *ex post* kartel- en misbruikcontrole vooral toeziet op de wijze waarop ondernemingen feitelijk zijn omgesprongen met hun formele en informele beslissingsbevoegdheden.

27 Zie art. 3 lid 2 van Vo. 139/2004 en art. 26 Mw.

28 Zie A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 832-836.

schillen tussen art. 82 EG en de fusiecontroleregeling meer tot uiting in de afwijkende vervolgvorwaarden. Zo zou men het daderschap met betrekking tot een schending van art. 82 EG in geval van een collectieve machtspositie van een aantal bedrijven kunnen ophangen aan de actieve deelname van een onderneming aan het misbruik.²⁹ Het verschil wordt dan niet zozeer gemaakt door het ondernemingscriterium (of de figuur van de collectieve machtspositie), als wel door een daaropvolgende voorwaarde uit art. 82 EG (namelijk het element van misbruik).

Het advies van de BAC – de berekeningsmethodiek van de NMa om misbruik vast te stellen

De BAC stelt dat de berekeningsmethodiek van de NMa teneinde vast te stellen of het tarief voor pindiensten excessief hoog was, niet juist is. Bij een investeringsproject zoals 'pin' worden de kosten vooral in de initiële fase gemaakt. De opbrengsten volgen pas in de latere jaren. De NMa beperkt haar kosten-batenanalyse tot de periode 1998-2001, terwijl het investeringsproject reeds gestart is in 1989. Neemt men deze periode mee in de berekening, dan komt men op een normrendement dat verrassend dicht in de buurt ligt van de door de NMa zelf gehanteerde bovengrens van 13%, aldus de BAC.³⁰ Van excessieve prijzen zou dan geen sprake zijn. Bij de berekening van de kosten van Interpay dient de NMa bovendien de zogenaamde autorisatiekosten³¹ ook mee te wegen.³²

Verder is de periode waarover de NMa het uiteindelijke gemiddelde rendement op de verleende diensten berekent te kort. De NMa neemt ook hier 1998 als beginpunt voor haar beoordeling: op 1 januari 1998 zouden de aanloopverliezen reeds zijn terugverdiend door Interpay. De BAC wijst deze redenering van de NMa van de hand met het argument dat zij niet relevant is voor de vraag naar de vermeende excessiviteit van het rendement. De NMa dient het rendement te berekenen over de gehele investeringsperiode, en niet alleen vanaf het moment dat de aanloopverliezen zijn terugverdiend. Het rendement op investeringen geldt immers als compensatie voor het risico dat de kapitaalverschaffers hebben gelopen gedurende de gehele investeringsperiode, (vooral) ook in de aanvangsperiode.³³

Als laatste punt omtrent misbruik heeft de BAC kritiek op de afwijzing van een internationale tariefsvergelijking door de NMa. Argumenten van de NMa dat buitenlandse equivalenten van Interpay mogelijk eveneens bovencompetitieve tarieven hanteren en dat de afbakening van de relevante markt in de weg staat aan tariefsvergelijking snijden geen hout.³⁴

Het advies van de BAC – de toepassing van het EG-mededingingsrecht

De BAC constateert dat naast de Nederlandse Mw ook het Europese mededingingsrecht toegepast moet worden, omdat de wijze waarop de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties is vormgegeven ook haar weerslag heeft op de tussenstaatse handel.³⁵

Verder concludeert de commissie dat bij de toepassing van art. 6 Mw nog niet vaststaat dat de mededinging daadwerkelijk is beperkt door het concentreren van de verkoop van pin-netwerkdiensten binnen één organisatie. Wellicht dat onderlinge concurrentie bij de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties helemaal niet efficiënter is en voordeliger voor de detaillist. De schending van art. 6 Mw blijft overigens gewoon in stand, omdat de BAC de *strekking* van de gedragingen van partijen wel in strijd met art. 6 Mw acht.³⁶

Het besluit van de Raad van Bestuur van de NMa op bezwaar

De Raad van Bestuur van de NMa handhaaft in zijn besluit op bezwaar de vaststelling dat de banken art. 6 Mw hebben geschonden door de verkoop van de netwerkdiensten te concentreren bij één instantie, Interpay. De Raad blijft bij de redenering uit het oorspronkelijke besluit, dat het toewijzen van de verkooptaak aan één centrale organisatie niet noodzakelijk is voor het instandhouden en exploiteren van het netwerk. Wel matigt de Raad de boetes enigszins die aan de banken zijn opgelegd voor de schending van art. 6 Mw.

De Raad verklaart de bezwaren tegen de vaststelling dat Interpay art. 24 Mw heeft overtreden door excessieve tarieven te hanteren gegrond. Hij trekt de aan Interpay opgelegde boete dan ook in.

De toepassing van art. 24 Mw in bezwaar

Bij de toetsing van art. 24 Mw heeft de Raad van Bestuur de volgende overwegingen. De Raad volgt het advies van de BAC op het punt van de looptijd waarover investeringen en rendementen gemeten moeten worden. De NMa heeft een te korte meetperiode aangehouden in het oorspronkelijke besluit. Daarmee is niet gezegd dat de vaststelling van excessiviteit ook meteen van tafel is. De Raad stelt dat de NMa wellicht te snel heeft aangenomen dat investeringen waren terugverdiend, inclusief een redelijk rendement. Aan de andere kant heeft zij in haar onderzoek ook niet de besparingen meegenomen die het gevolg zijn van het pinnen (denk aan de besparingen wegens het

29 Hierbij is het niet zo dat de ondernemingen die samen een collectieve machtspositie vormen ook automatisch allemaal verantwoordelijk zijn voor een eventueel bestaande misbruiksituatie. Het is mogelijk dat slechts één (of enkele) van de gezamenlijk dominante ondernemingen zich schuldig maakt (maken) aan dit misbruik. Zie A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, p. 839-840, met een verwijzing naar Gerecht van Eerste Aanleg, 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar t. Commissie, Jur.* 1999, p.II-2969.

30 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 26-28.

31 De autorisatiekosten zijn de kosten die worden gemaakt bij het nagaan of een debiteur over voldoende bestedingsruimte beschikt om met zijn pinpas te kunnen betalen. De autorisatiekosten worden dan ook feitelijk door de banken gemaakt. Interpay zou deze kosten aan de banken vergoeden.

32 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 35-36.

33 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 40-41.

34 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 42-48.

35 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 58-64.

36 BAC-advies in zaak 2910, *Interpay*, randnr. 69.

afnemen van het contante betalingsverkeer). Hiermee komt de Raad op een minpunt en een pluspunt in het oorspronkelijk onderzoek, die elkaar wellicht voor een groot gedeelte opheffen. Het zou dus kunnen zijn dat bij een nieuwe toetsing de kosten-batenanalyse nog steeds wijst op een te hoog rendement. Voor de nieuwe toetsing is echter wel een complex, langdurig en kostbaar onderzoek nodig. Bij de beantwoording van de vraag of de NMa dit onderzoek dient uit te voeren, wijst de Raad op een aantal nieuwe omstandigheden, die nog niet aanwezig waren ten tijde van het nemen van het oorspronkelijke besluit.³⁷

Deze nieuwe omstandigheden vallen uiteen in twee ontwikkelingen. De eerste is de totstandkoming van het Convenant tussen de banken en de toonbankinstellingen, waarin de kortingsregeling een primaire rol speelt. De tweede ontwikkeling is een recent onderzoek waaruit blijkt dat de mededingingssituatie op de markt van netwerkdiensten voor pintransacties in Nederland is verbeterd.³⁸

Gezien deze nieuwe ontwikkelingen acht de Raad het niet meer opportuun om het hele onderzoek naar excessieve tarieven nog eens over te doen. De bezwaren ten aanzien van de terugverdientijd worden gegrond verklaard, en de vastgestelde overtreding van art. 24 Mw herroepen. Het punt van de marktafbakening hoeft daarom niet meer nader bekeken te worden.³⁹

Met het opzijzetten van art. 24 Mw hoeft de NMa zich ook niet langer het hoofd te breken over de kritiekpunten op haar misbruiktoetsing. Nieuwe ontwikkelingen in de markt kunnen soms een zegen zijn voor een mededingingsautoriteit.

De toepassing van art. 6 Mw in bezwaar – Interpay een coöperatieve of concentratieve GO?

Bij de toetsing van art. 6 Mw heeft de Raad de volgende overwegingen. Uiteraard komt eerst het vraagstuk van de gemeenschappelijke onderneming (GO) aan bod. De Raad is van mening dat Interpay niet meer is dan een coöperatieve GO. Interpay heeft dus geen concentratief karakter. Zij vervult niet duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid, daar er geen sprake is van zelfstandige besluitvorming en omdat Interpay economisch afhankelijk is van de aandeelhoudende banken. Bovendien leidt Interpay tot (gevaar voor) coördinatie van het concurrentiegedrag van de aandeelhoudende banken.⁴⁰

Over het gevaar van coördinatie merkt de Raad op dat tussen de aandeelhoudende banken veelvuldig overleg plaatsvindt in Interpay over bestaande producten, gezamenlijke producten in ontwikkeling en de benodigde infrastructuur. Over alle betalingsproducten die gegevenstransport behoeven is tussen de aandeelhoudende banken overleg.⁴¹

Ter ondersteuning van de conclusie betreffende het gebrek aan zelfstandigheid voert de Raad aan dat de banken via hun vertegenwoordigers in de Algemene Vergadering van Aandeelhouders (AvA) en de Raad van Commissarissen (RvC) een zodanige invloed hebben op de beleidsvoering van Interpay dat deze laatste geen ruimte meer heeft om haar eigen

belang na te streven middels het voeren van een eigen commercieel beleid.⁴² Volgens de Raad kan alleen sprake zijn van een volwaardige GO in geval van zelfstandige besluitvorming ten aanzien van de operationele bedrijfsvoering.⁴³

Mijns inziens komt de Raad hier wel erg snel tot de conclusie dat Interpay geen enkele zelfstandigheid kent. Zo is de directie van Interpay onafhankelijk, heeft zij (in ieder geval formeel) een eigen beslissingsruimte, en zijn er meer elementen die in ieder geval een zekere mate van juridische en fysieke onafhankelijkheid verraden. Zo heeft Interpay haar eigen vestiging, personeel en activa tot haar beschikking. In het verkeer met de banken handelt zij niet alleen met haar moederbedrijven, maar ook met andere banken, al is de omvang van dit handelsverkeer niet zo groot. Interpay lijkt ook de normale functies van een handelsonderneming te vervullen bij haar werkzaamheden op de markt.⁴⁴ De Raad houdt het erop dat de aandeelhoudende banken vergaande invloed hebben op de besluitvorming van Interpay en dat de directie niet zelfstandig is op het gebied van de operationele bedrijfsvoering. Het is de vraag of vergaande invloed voldoende is om een bedrijf van zijn economische zelfstandigheid te beroven. Mij lijkt dat daarvoor (alles)beslissende invloed vereist is. In dit kader kan het een interessante vraag zijn (i) of Interpay wel eens beslissingen neemt tegen de aanwijzingen van de AvA en RvC in, (ii) en in hoeverre Interpay beslissingen neemt die niet teruggedraaid worden door de AvA en RvC.⁴⁵

De NMa heeft in eerdere beschikkingen in ieder geval al aangenomen dat Interpay een (zelfstandige) onderneming is,⁴⁶ waaraan apart overtredingen van de Mw toegerekend kunnen worden.

Belangrijke consequentie van de huidige benadering door de NMa is dat zij nieuwe gemeenschappelijke dochterondernemingen van de banken die ongeveer dezelfde opzet hebben, ook niet kan toetsen aan de concentratiecontroleregeling. Zo is de oprichting van Currence niet getoetst als con-

37 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 13-16.

38 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 17-20.

39 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 21-23.

40 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 40.

41 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 38.

42 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 28-33.

43 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 34-36.

44 In het EG-mededingingsrecht zijn dit belangrijke maatstaven voor volwaardigheid als GO. Zie de Mededeling Commissie over het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van de Concentratiecontroleregering, *Pb.* 1998, C 66/1, par. 14.

45 Uiteindelijk komt de toetsing natuurlijk aan op een afweging van de concrete feiten van een zaak, hoe mooi de criteria ook zijn die men heeft aangelegd. Centraal daarbij staat de vraag of de invloed van de AvA en RvC zo veel verder gaat dan die welke aandeelhouders en commissarissen normaal gesproken uitoefenen binnen een onderneming, dat van zelfstandigheid van Interpay niet langer sprake kan zijn. De NMa gaat in haar oorspronkelijke besluit uitvoerig in op de *feitelijke* omstandigheden in de Interpayzaak die haar tot het oordeel van niet-zelfstandigheid hebben gebracht: *Interpay*, zaaknr. 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004, randnr. 88-101, 104-109, 127-128.

46 Besluit d-g NMa, 4 juli 2001, zaak 81, *GSA-Overeenkomst*, randnr. 72; Besluit d-g NMa, 24 juli 2002, zaak 82/50, *GIP-Overeenkomst*, randnr. 44; Besluit d-g NMa, 24 oktober 2002, zaak 84/50, *SOGA-Overeenkomst*, randnr. 44.

centratie, maar heeft de NMa slechts een informele zienswijze afgegeven over haar functioneren. De NMa zit nu in de positie waarin zij zichzelf gemanoeuvreerd heeft. Toch is het de vraag of de NMa in de hypothetische situatie dat zij (zonder de huidige ballast) Interpay begin jaren negentig had kunnen toetsen aan een Nederlandse fusiecontroleregeling, dit bedrijf zo gemakkelijk aan deze controle had laten ontsnappen langs de weg van de coöperatieve joint venture.⁴⁷

Het punt is natuurlijk dat de NMa een beetje de gevangene is van de curieuze voorwaarde in art. 27, sub c Mw die voorschrijft dat de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming buiten het kader van de (Nederlandse) concentratiecontroleregeling valt, indien zij ertoe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren. Letterlijke interpretatie van deze voorwaarde houdt eigenlijk in dat geen enkele duurzame joint venture van *directe* concurrenten onder de fusiecontrole getoetst kan worden (welke gemeenschappelijke onderneming tussen 'horizontale' concurrenten leidt nu niet in zekere mate tot coördinatie van marktgedrag?), terwijl al te soepele omgang met dit criterium uiteindelijk in strijd lijkt met de wet. De coördinatie van marktgedrag kan dan ook maar beter uit de wet verdwijnen als uitsluitingscriterium voor de fusiecontrole, omdat het een onderscheid genereert dat voor de op marktstructuur gerichte regeling als zodanig niet direct van belang is.⁴⁸ De NMa kruipt bij haar beoordeling of een joint venture onder de Nederlandse fusiecontrole valt overigens wel toe naar de Europese benadering ter zake, door de Mededeling over het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming van de Concentratiecontrolereverordering⁴⁹ te gebruiken in haar toetsing.⁵⁰ In de communautaire fusiecontrole is een en ander namelijk helderder geregeld. Een joint venture wordt getoetst op haar structurelementen, maar voorzover zij als doel of effect heeft de coördinatie van concurrentiegedrag van verder onafhankelijke ondernemingen, vindt binnen deze fusiecontrole óók een karteltoets plaats.⁵¹

Ondanks art. 27, sub c Mw zullen onder de Nederlandse Mw ongetwijfeld joint ventures totstandkomen die als concentratie worden getoetst, maar toch een zekere coördinatie tussen de marktpartijen met zich meebrengen. Voor nieuw op te zetten concentraties bestaat sinds 1998 tenminste een Nederlandse fusiecontrole, deze is er voor de oprichting van Interpay nooit geweest. Zelfs indien de NMa aan zou nemen dat Interpay een concentratieve joint venture is, dan lijkt bij afwezigheid van een nimmer uitgevoerde concentratietoets de beoordeling van bepaalde elementen in bijvoorbeeld de oprichtingsovereenkomsten onder art. 6 Mw wel degelijk mogelijk. Ook latere aanpassingen van oprichtingsakten, statuten of ondernemingsreglementen zouden gewoon voor beoordeling onder de Mw open moeten staan. Hetzelfde geldt voor andersoortige besluiten van de joint venture in kwestie. Een *hypothetische* fusiecontroletoets kan niet als ultieme (formele) maatstaf dienen voor de vervolging van kartelafspraken of misbruikgedragingen.⁵²

De toepassing van art. 6 Mw in bezwaar – Interpay en het concentratietoezicht

De Raad stelt verder dat het feit dat Interpay bij haar oprichting niet aan het concentratietoezicht was onderworpen, niet met zich meebrengt dat in het kader van een later onderzoek naar overtreding van art. 6 Mw niet alsnog het karakter van de GO Interpay kan worden vastgesteld. Immers, een onderzoek naar overtreding van art. 6 Mw kan slechts worden uitgevoerd indien vaststaat dat de desbetreffende GO een coöperatieve GO is.⁵³

Dit is een cruciaal punt dat mijns inziens ten grondslag ligt aan het geharrewar rond de status van Interpay als joint venture en de mogelijke innerlijke tegenstrijdigheid in het NMa-besluit, op het moment dat de NMa Interpay kwalificeert als een niet-zelfstandige onderneming (art. 6 Mw), maar toch ook als een zelfstandige onderneming (art. 24 Mw).

De NMa hóeft zich echter in casu helemaal niet te begeven in een hypothetische concentratiecontroletoets. Simpelweg omdat de fusiecontrole niet van toepassing is, en ook nimmer is geweest. De oprichting en de eerste werkzame jaren van Interpay liggen immers in een tijdvak vóór de introductie van de Nederlandse concentratiecontroleregeling.

Wat de NMa wil doen is art. 6 Mw toepassen ten aanzien van de banken. Beter is om dan direct te toetsen aan de voorwaarden van het artikel, en de afbakeningsproblematiek van joint ventures binnen de fusiecontroleregeling te laten voor wat deze is. In de Europese beschikkingspraktijk betoonde de Commissie zich vóór de totstandkoming van de fusiecontroleregeling geen voorstander van een toetsing

47 Wellicht had de NMa dan juist haar best gedaan om de fusiecontrole van toepassing te doen zijn, om vervolgens de concentratie te verbieden of nadere voorwaarden op te leggen.

48 Art. 27, sub c Mw is daarom zo ongelukkig, omdat het joint ventures die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullen toch buiten de fusiecontrole houdt wanneer zij ertoe leiden dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren. Mededingingsautoriteiten willen 'duurzame' joint ventures toch altijd controleren op hun gevolgen voor de structuur van de markt, ongeacht of zij naar de inzichten van dat moment dienen als platform of instrument voor enige marktcoördinatie tussen de deelnemers?

49 Mededeling Commissie over het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van de Concentratiecontrolereverordering, P.b. 1998, C 66/1.

50 De NMa verwijst in haar oorspronkelijke besluit zelf naar deze Mededeling als richtsnoer bij de vaststelling van het coöperatieve karakter van een GO. Dit ondanks de bestaande discrepantie tussen het communautaire en het Nederlandse fusiecontrolerecht die ontlening van argumenten toch wat lastiger maakt. Zie *Interpay*, zaaknr. 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004, randnr. 103-106.

51 Zie art. 2 lid 4 en 5 van Vo. 139/2004. De Mw kent zoals gezegd een vergelijkbare bepaling niet, aangezien zij (de oprichting van) gemeenschappelijke ondernemingen die als instrument dienst doen voor de oprichtende ondernemingen om hun marktgedrag te coördineren buiten het begrip 'concentratie' houdt, en als zodanig dan ook in het geheel niet toetst onder de Nederlandse concentratiecontroleregeling.

52 Art. 27 Mw is m.a.w. niet in het leven geroepen om de toepassing van art. 6 Mw te beperken, maar om de toepassingsreikwijdte van de fusiecontrole vast te stellen.

53 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 42.

van concentraties aan art. 81 EG, maar onmogelijk was het in ieder geval bij joint ventures niet.⁵⁴

Bij de toepassing van art. 24 Mw is het nog simpeler. Een onderzoek naar excessieve prijzen kan uitgevoerd worden zelfs als vaststaat dat er een concentratieve GO in het spel is. Het moet dan wel gaan om gedragingen die plaatsvinden ná de fusie en tijdens de fusiecontrole nimmer daadwerkelijk zijn meegenomen in de toetsing (in deze casus weer een louter hypothetische denksprong). De NMa kan in dat geval zowel de GO als de daarin deelnemende banken aanpakken voor misbruik.⁵⁵ Interpay is de pineut, maar ook de banken kan het medeplegen van een mededingingsdelict worden tegengeworpen.⁵⁶ Het zou dan (moeten) gaan om een collectieve machtspositie. De NMa dient in dat geval wel aan te tonen dat de banken direct betrokken zijn bij het smeden van de misbruikplannen. Het dossier bevat hiertoe waarschijnlijk wel een aantal aanwijzingen.⁵⁷

Het voordeel van deze aanpak is niet dat de NMa ineens een vrije weg heeft naar veroordeling. De problemen met de materiële delictsbestanddelen blijven bestaan (machtspositie, excessiviteit van prijzen, etc.), en de NMa krijgt te maken met de bewijslast omtrent medeplegerschap. Bij dit laatste onderdeel kan men dan weer een soepele benadering aanhouden (met elementen van risico-aansprakelijkheid), en een meer restrictieve benadering (actieve deelname van de medeplegers vereist). Het voordeel van deze aanpak is wél dat de innerlijke tegenstrijdigheid uit het besluit van de NMa verdwijnt, waardoor het – op dit punt – niet langer betwistbaar is.

De toepassing van art. 6 Mw in bezwaar – Rechtvaardigingsgronden en de plaats van het Europese mededingingsrecht

De Raad volgt het advies van de BAC niet waar de BAC aangeeft dat het nog niet zeker is dat met het installeren van één verkooporgaan voor pin-netwerkdiensten de mededinging feitelijk beperkt is. De Raad vindt van wel, en verwijst hiervoor naar een onderzoek waaruit blijkt dat de tarieven na de overdracht van de pincontracten van Interpay aan de banken in maart 2004 in het algemeen zijn gedaald.⁵⁸

De Raad stelt vast dat ook het EG-mededingingsrecht van toepassing is in deze zaak, aangezien de interstatelijke handel beïnvloed wordt door het stelsel van overeenkomsten tussen de in Interpay deelnemende banken. De Raad denkt hier vooral aan drempelvorming.⁵⁹ Dit houdt dus in dat de ‘Interpay’-feiten ook aan art. 81 EG getoetst moeten worden. De Raad gaat overigens niet over tot een aparte inhoudelijke beoordeling. Met de vaststelling van schending van art. 6 Mw in het achterhoofd, en na toetsing van het enige bijkomende criterium van beïnvloeding van de tussenstaatse handel, concludeert de Raad direct dat ook art. 81 EG geschonden is.⁶⁰ Op de hoogte van de boete heeft dit overigens geen invloed.⁶¹

Als laatste toetst de Raad of de geconstateerde mededingingsbeperkingen gerechtvaardigd kunnen worden onder art. 6 lid 3 Mw en art. 81 lid 3 EG. De partijen hadden in bezwaar aangevoerd dat de wijze van verkoop van netwerkdiensten (gebundeld in Interpay) om twee redenen gunstiger was voor de afnemers:⁶² ‘double marginalisation’⁶³ zou wor-

54 Zo wilde de Commissie blijkens haar Concentratie memorandum uit 1966 art. 81 EG wel gebruiken indien na het concentratieproces meerdere economisch onafhankelijke ondernemingen bleven voortbestaan (zoals het geval is bij joint ventures), en de transactie tussen partijen niet alleen tot een wijziging in eigendom maar ook tot coördinatie van hun marktgedrag zou leiden. Zie L. Ritter & W.D. Braun, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 495. Voor een mooi overzicht van het Commissiebeleid over de toepassing van art. 81 EG ten aanzien van joint ventures door de jaren heen, en de twijfel bij de Commissie om daarbij (volmondig) voor een ‘Zweischranken-theorie’ dan wel een ‘Trennungstheorie’ te kiezen: A.-M. Van den Bossche, *Gemeenschappelijke ondernemingen (joint ventures). De E.G.-beoordelingsregels beoordeeld*, Antwerpen: Kluwer 1994, p. 153-166.

55 Uiteraard alleen als de NMa misbruik ook echt aantoonbaar door te bewijzen dat de tarieven daadwerkelijk excessief zijn – nog een hele klus zo bleek reeds hierboven. Het gaat mij hier echter niet om de bepaling van het materiële ‘delict’, maar om het daderschap.

56 Art. 5.0.1 lid 2 van het Voorontwerp van wet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (*Kamerstukken II*, 2003-2004, 29702, nr. 2) luidt: ‘Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.’ De Awb zoekt hier aansluiting bij begrippen uit het strafrecht. In het strafrecht is het tegenwoordig eigenlijk niet meer noodzakelijk dat de medepleger het delict gezamenlijk met de andere medeplegers daadwerkelijk uitvoert. Voldoende is reeds dat hij betrokken is (geweest) bij het smeden van het plan. Uit een bewuste, enigszins planmatige bijdrage kan vaak al een zo nauwe en volledige samenwerking tussen twee (of meer) personen afgeleid worden dat van medeplegen sprake is. Zie J. de Hullu, *Materieel Strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 461; D.H. de Jong & G. Knigge, *Het materiële strafrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 228-230.

57 In het besluit op bezwaar van de Raad van Bestuur zijn in ieder geval een aantal voorbeelden te vinden van de concrete bemoeienis van de banken met de plannen en het beleid van Interpay. Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 28-33.

58 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 18.

59 Volgens vaste rechtspraak heeft een kartel dat het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar zijn aard een versterking van de nationale compartimentering tot gevolg, hetgeen de in het Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist. Verweren dat afspraken het handelsverkeer tussen de lidstaten niet merkbaar beïnvloeden, aangezien zij alleen binnenlandse aankopen betreffen maar de grensoverschrijdende verkopen niet raken, wijst het Hof van Justitie dan ook af. Zie *Gerecht van Eerste Aanleg*, 15 september 2005, zaak T-325/01, *Daimler Chrysler AG t. Commissie*, n.n.g., r.o. 212. De Raad ziet de drempelvorming vooral in het perspectief van de moeilijkheden voor potentiële buitenlandse concurrenten van Interpay om de Nederlandse markt van netwerkdiensten te betreden. Zie Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 58.

60 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 52-59.

61 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 60-63.

62 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 67.

63 Dit verschijnsel houdt in dat het in de handelskolom tussenvoegen van een extra partij (de banken) hogere tarieven voor de detaillisten tot gevolg heeft, omdat zowel Interpay als de banken een winstmarge zullen hanteren bij de verkoop van netwerkdiensten aan de banken respectievelijk de detaillisten.

den voorkomen en positieve externaliteiten die zich voordoen zouden worden geïnternaliseerd.⁶⁴

De Raad verwerpt de rechtvaardigingsgrond van de 'double marginalisation' met het argument dat de banken door hun onderlinge concurrentie voldoende worden geremd in het hanteren van aanzienlijke winstmarges.⁶⁵

De Raad schuift het argument van het internaliseren van positieve externaliteiten aan de kant met de opmerking dat dit proces al grotendeels voltooid was op het moment van de inwerkingtreding van de Mw op 1 januari 1998.⁶⁶

De Raad matigt vervolgens de boetes voor de banken wegens schending van art. 6 Mw enigszins, omdat de banken tien miljoen euro ter beschikking hebben gesteld aan de Stichting Bevorderen Efficiënt Betalen. Het levert de banken een totaalkorting op van drie miljoen euro.⁶⁷

Hoe de schendingen van de Mw toe te rekenen aan Interpay en/of de banken?

Wanneer men de joint-venturebenadering loslaat en zich richt op een zelfstandige toets onder art. 6 Mw/81 EG en art. 24 Mw/82 EG komt men vanzelf uit bij de vraag welke ondernemingen nu precies betrokken waren bij het opzetten van de mededingingsbeperkingen, en aan welke ondernemingen de gedragingen in kwestie vervolgens toe te rekenen zijn.

De vaststelling van aansprakelijkheid is een vraag die, net als in het strafrecht, uiteindelijk heel feitelijk beantwoord kan worden, en mijns inziens niet te veel afhankelijk dient te zijn van formele constructies. Het gaat erom wie al dan niet daadwerkelijk bij de mededingingsbeperking betrokken is.⁶⁸ Twee punten staan daarbij centraal: (i) heeft de onderneming in kwestie een zekere autonomie om commercieel te handelen? (denk aan Interpay) (ii) is de onderneming in kwestie actief betrokken geweest via haar vertegenwoordigers in het opzetten/afstemmen van mededingingsbeperkende plannen? (denk aan de banken).

Het eerste punt heeft betrekking op de autonomie van een dochteronderneming ten aanzien van haar moeder. De vraag luidt daarbij of de dochteronderneming eigenlijk wel autonoom genoeg is om zelf een strafbaar feit te begaan, of dat zij een 'willoze' uitvoerder van de beslissingen van de moeder is. Bij dit punt dreigt dezelfde discussie terug te komen die zich ook in het joint-venturevraagstuk afspeelt: wanneer heeft een onderneming/economische eenheid voldoende zelfstandigheid om als autonome actor door het leven te gaan? Dit keer echter geen verwarrende (pseudo)tegenstellingen of (hypothetische) tegenstrijdigheden.

Bij art. 6 Mw dienen er meerdere autonome ondernemingen zijn aan te wijzen als deelnemers aan een mededingingsbeperkende overeenkomst. Mochten zij daarbij een bedrijf hebben opgezet zonder eigenlijke autonomie dat als uitvoerder dienst doet van de overeenkomst, dan is duidelijk dat een schending van art. 6 Mw aan de autonome ondernemingen wordt toegerekend, en de willoze uitvoerder wordt overgeslagen.

Bij art. 24 Mw kan sprake zijn van één dominante partij die bijvoorbeeld excessieve prijzen berekent. Mocht deze dominante partij echter louter een uitvoerder zijn van de plannen van een aantal bedrijven dat op de achtergrond de beslissingen neemt, dan kan men onder art. 24 Mw ook bij deze laatste ondernemingen uitkomen. Maar ook hier geldt: indien een dochteronderneming een zekere ruimte heeft om zelfstandig te beslissen, dan kan zij als verdachte in aanmerking komen.

Het tweede punt vormt de spiegelkant van het eerste punt. Hier gaat het niet om willoze dochterondernemingen, maar juist om zeer autonome dochters met zoveel ruimte voor het uitzetten van hun eigen beleid dat het de vraag is of de moeders hier nog enige invloed op (hebben) kunnen uitoefenen. Uiteindelijk is het ijkpunt of de moeder enige betrokkenheid heeft (gehad) bij het plegen van een mededingingsrechtelijk 'delict' door een dochteronderneming. De vervolgvraag luidt dan hoe actief deze betrokkenheid dient te zijn om (mede)verantwoordelijkheid aan te nemen. Het spectrum loopt daar van directe, actieve en volledige betrokkenheid bij de totstandkoming van de mededingingsbeperking tot risicoaansprakelijkheid.

Heeft de dochteronderneming enige autonomie in haar handelen?

In de Europese 'kartel'-jurisprudentie wordt onder het begrip onderneming verstaan een met betrekking tot het voorwerp van een overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid uit juridisch oogpunt gevormd door verschillende natuurlijke of rechtspersonen.⁶⁹ Voor de toepassing van de mededingingsregels is niet beslissend dat twee vennootschappen formeel los van elkaar staan omdat zij ieder hun eigen rechtspersoonlijkheid bezitten, maar wel of hun marktgedrag dat van een eenheid is. Een economische eenheid kan bestaan tussen moeder- en dochteronderneming, maar ook tussen een vennootschap en haar handelsvertegenwoordiger, of tussen opdrachtgever en zijn commissionair. Agenten

64 Bij 'two-sided markets' zoals de markt voor netwerkdiensten doen zich positieve externaliteiten voor. Deze bestaan eruit dat hoe meer detaillisten besluiten om pinbetalingen te accepteren, hoe meer consumenten een pinpas zullen willen hebben. Andersom geldt dat hoe meer consumenten een pinpas bezitten, hoe meer detaillisten zullen besluiten om pinbetalingen te accepteren. Als Interpay de netwerkdiensten rechtstreeks aan de detaillisten verkoopt, zal Interpay rekening houden met het effect dat iedere nieuwe acceptant een positieve invloed heeft voor alle kaartuitgevende banken gezamenlijk. De positieve externaliteiten worden aldus geïnternaliseerd. Van dit laatste zal geen sprake zijn indien vrije concurrentie bestaat tussen een aantal ondernemingen in het aanbieden van de pin-netwerkdiensten.

65 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 68-69.

66 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 70-71.

67 Besluit op bezwaar NMa, *Interpay*, zaaknr. 2910-864, randnr. 75-76.

68 Ook in het strafrecht is het heel gewoon om een moederonderneming die opdracht geeft tot fraude bij het dochterbedrijf strafrechtelijk aan te pakken voor medeplegen van fraude.

69 Hof van Justitie, 12 juli 1984, 170/83, *Hydrotherm*, *Jur.* 1984, p.2999, r.o. 11; Gerecht van Eerste Aanleg, 29 juni 2000, T-234/95, *DSG t. Commissie*, *Jur.* 2000, p.II-2603, r.o. 124.

verliezen hun hoedanigheid van zelfstandig marktdeelnemer pas wanneer zij geen van de risico's dragen die voortvloeien uit de overeenkomsten die zij voor rekening van de opdrachtgever hebben gesloten, en zij als in de onderneming van de opdrachtgever opgenomen medewerkers zijn te beschouwen. Belangrijk is dus niet alleen of de handelsagent/dochter met eigen rechtspersoonlijkheid zijn/haar marktgedrag zelfstandig bepaalt (dan wel zich laat leiden door instructies van de opdrachtgever/moeder), maar ook of de agent zelf substantiële financiële of commerciële risico's draagt in de uitoefening van zijn taken/activiteiten.⁷⁰

Heeft de moederonderneming enige betrokkenheid bij het handelen van haar dochter (gehad)? – Het zeggenschaps criterium in het Europese kartelrecht

Volgens vaste rechtspraak is er sprake van een overeenkomst in de zin van art. 81 lid 1 EG wanneer de betrokken ondernemingen de gemeenschappelijke wil te kennen hebben gegeven om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. De criteria coördinatie en samenwerking die in de rechtspraak van het Hof worden gehanteerd schrijven niet eens voor dat er een werkelijk plan moet zijn opgesteld.⁷¹

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de omstandigheid dat de dochtermaatschappij eigen rechtspersoonlijkheid bezit, niet voldoende is om de mogelijkheid uit te sluiten dat haar gedrag aan de moedermaatschappij wordt toegerekend; dit kan het geval zijn wanneer de dochtermaatschappij haar marktgedrag niet zelfstandig bepaalt, doch grotendeels de haar door de moedermaatschappij verstrekte instructies volgt. Het bezit van 100% van het kapitaal van de dochteronderneming volstaat als zodanig niet om het bestaan van een dergelijke controle door de moedermaatschappij aan te tonen.⁷² Hiervoor is iets meer nodig: het bewijs dat de moeder daadwerkelijk enige zeggenschap heeft uitgeoefend. Toch is dit criterium zo uit te leggen dat risicoaansprakelijkheid dichtbij komt. Zo zou een mededingingsautoriteit de toerekening van het gedrag van de dochtermaatschappij aan de moedermaatschappij zelfs kunnen baseren op de omstandigheid dat de moeder niet betwist dat zij het commerciële beleid van haar dochter op beslissende wijze kon beïnvloeden, en geen bewijs aandraagt voor haar stelling dat die dochter autonoom optrad.⁷³ Alhoewel er op deze omkering van de bewijslast het nodige valt af te dingen, geeft het wel aan dat een mededingingsautoriteit met enig goed feitelijk onderzoek de moeder in veel gevallen aan kan pakken.⁷⁴ Zo ook waarschijnlijk in de Interpayzaak. De NMa heeft voldoende aanknopingspunten om zelf met bewijs te komen, zij hoeft haar toevlucht niet te nemen tot een soort omkering van de bewijslast.⁷⁵ De NMa moet dan gewoon bewijzen dat de banken betrokken zijn geweest bij het uitdenken en opzetten van mededingingsbeperkende gedragingen. Ook als Interpay uiteindelijk de uitvoerder is van de plannen, ontnemt dat niet het medeplegerschap aan de banken.

Voor welke onderneming is het begrip zelfstandige economische eenheid uiteindelijk van belang?

De vraag naar een al dan niet bestaande zelfstandige economische eenheid is in de Interpayzaak eigenlijk voorname-lijk van belang voor de vraag of aan Interpay zelf bepaalde overtredingen van de Mw kunnen worden toegerekend (zoals schending van art. 24 Mw). Bij de toerekening van bepaalde schendingen aan de banken maakt het niet uit of Interpay nu wel of niet beschouwd wordt als een zelfstandige economische eenheid: in het ene geval is Interpay voor de banken een podium van overleg, in het andere een partner in crime.⁷⁶

Overigens denk ik niet dat Interpay zelf zo snel als een niet-zelfstandige economische eenheid hoeft te worden beschouwd, waarmee het wellicht zou ontsnappen aan toerekening van een Mw-schending: hiervoor ligt de lat voor niet-zelfstandigheid in de EG-jurisprudentie te hoog. Interpay loopt wel degelijk ook zelf een commercieel risico in haar activiteiten, en heeft uit dien hoofde voldoende commerciële zelfstandigheid om ook zelf aangepakt te worden.

De uitgangspunten in het vraagstuk rond autonomie versus economische eenheid van bedrijven/bedrijfsonderde-

70 Hof van Justitie, 16 december 1975, gev. zaken 40-48/73, 50/73, 54-56/73, 111/73, 113-114/73, *Suiker Unie e.a. t. Commissie, Jur.* 1975, p.1663, r.o. 541; Hof van Justitie, 24 oktober 1995, zaak C-266/93, *Volkswagen en VAG Leasing, Jur.* 1995, p.I-3477, r.o. 19; Gerecht van Eerste Aanleg, 15 september 2005, zaak T-325/01, *Daimler Chrysler AG t. Commissie*, n.n.g., zie r.o. 85-88.

71 Hof van Justitie, 15 juli 1970, zaak 41/69, *ACF Chemiefarma t. Commissie, Jur.* 1970, p. 661, r.o. 112; Hof van Justitie, 29 oktober 1980, gev. zaken 209/78-215/78 en 218/78, *Van Landewyck e.a. t. Commissie, Jur.* 1980, p. 3125, r.o. 86; Gerecht van Eerste Aanleg, 20 april 1999, gev. zaken T-305/94-307/94, T-313/94-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94-329/94, T-335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. t. Commissie (PVC II-arrest), Jur.* 1999, p. II-931, r.o. 715; Gerecht van Eerste Aanleg, 15 september 2005, zaak T-325/01, *Daimler Chrysler AG t. Commissie*, zie r.o. 199 en 200.

72 Hof van Justitie, 14 juli 1972, zaak 48/69, *ICI t. Commissie, Jur.* 1972, p. 619, r.o. 132-141.

73 Hof van Justitie, 16 november 2000, zaak C-286/98 P, *Stora Kopparbergs t. Commissie, Jur.* 2000, p. I-9925, r.o. 28 en 29; Gerecht van Eerste Aanleg, 15 september 2005, zaak T-325/01, *Daimler Chrysler AG t. Commissie*, r.o. 218 en 219.

74 De mededingingsautoriteit kan daarbij verschillende factoren in aanmerking nemen zo blijkt uit jurisprudentie van het Hof van Justitie, zoals de mate van autonome handelingsbevoegdheid van de dochteronderneming, de mate waarin de moederonderneming op de hoogte was van de met het kartelrecht strijdige activiteiten van de dochteronderneming, de eigen deelname van de moeder aan de inbreuk, de concrete invloed van de moeder op het ondernemingsbeleid van de dochter, en de vraag of er identiteit van personen bestaat in organen van moeder en dochteronderneming. Zie voor een opsomming van deze factoren uit vroegere jurisprudentie: Gerecht van Eerste Aanleg, 15 september 2005, zaak T-325/01, *Daimler Chrysler AG t. Commissie*, r.o. 170.

75 Mededingingsautoriteiten hebben er nog wel eens een handje van om geconstateerde overtredingen van de Mw zomaar toe te rekenen aan alle bedrijven die toevallig in de buurt waren toen ze gepleegd werden. Denk aan de bouwfraude. Voorzichtigheid lijkt mij hier geboden. Een mededingingsautoriteit moet wel degelijk kijken naar de directe, actieve betrokkenheid van bedrijven bij een mededingingschending.

76 Overigens kan het toerekeningvraagstuk nog wel zijn invloed hebben op de vaststelling van de hoogte van de uiteindelijke boete aan partijen, maar dat vormt verder geen onderwerp van deze bijdrage.

len zijn in de jurisprudentie veelal ontwikkeld in zaken die draaien om de relatie tussen enerzijds één moederbedrijf of opdrachtgever en anderzijds één of meerdere dochters/handelsagenten. In zaken die draaien om een dochter met meerdere moeders of opdrachtgevers wordt de beoordeling alleen maar gecompliceerder. Bij een eenduidige relatie moederdochter kan men de laatste in bepaalde omstandigheden best als loutere uitvoerder bestempelen van moeders wil. Bij een dochter met meerdere moederbedrijven is dit veel moeilijker. Vergt het niet altijd een bepaalde beslissingsautonomie om de wil van verschillende moeders of opdrachtgevers te implementeren in één enkel ondernemingsbeleid? Het is natuurlijk mogelijk dat de moeders voor iedere beslissing van de dochter vooraf exact de lijn bepalen en deze opdragen aan de dochter. Het beslissingsproces binnen een dochter kan, zelfs in retrospectief, altijd op deze wijze geconstrueerd worden. Toch doet dit wat gekunsteld aan in het geval van dochters die in ieder geval juridisch zelfstandig zijn en ook qua organisatie een eigen structuur en besluitvormingsmechanisme hebben. Overigens zijn in het laatste (gekunstelde) geval de moeders in ieder geval zeker onderworpen aan het regime van het kartelverbod.

Een vergelijking van de zeggenschapscriteria onder de fusiecontrole en onder het kartel- en misbruikverbod

Met het begrip 'zeggenschap' wordt uiteindelijk de mate van invloed vastgesteld die de ene onderneming op de andere heeft. Op het vlak van de betekenis en invulling van dit begrip is een vergelijking mogelijk tussen de fusiecontrole en het kartelverbod. Zo zijn er voorstellen dat op het punt van de zeggenschap van de moeder over de dochter uniformiteit dient te bestaan tussen beide figuren, waarbij het criterium uit de concentratiecontrole als leidraad zou moeten dienen. Het argument van de interne consistentie van het mededingingsrecht speelt hierbij een belangrijke rol.⁷⁷ Zeggenschap bestaat volgens de fusiecontroleregeling in geval van de mogelijkheid om op grond van feitelijke of juridische omstandigheden een beslissende invloed uit te oefenen op de activiteiten van een onderneming.⁷⁸ Indien men dit criterium overzet naar art. 81 EG zou de moeder al aansprakelijk zijn indien zij de *mogelijkheid* heeft om beslissende invloed uit te oefenen. Het is de vraag of dit toerekeningcriterium binnen art. 81 niet te soepel is, hoewel in jurisprudentie en beschikkingspraktijk over de toepassing van art. 81 EG de lijn soms dicht aanligt tegen risicoaansprakelijkheid.⁷⁹ Mijn voorkeur zou uitgaan naar een wat voorzichtiger aanpak, waarbij moederbedrijven wel degelijk ook actief moeten hebben bijgedragen aan (het opzetten van) de mededingingsbeperkende gedragingen van de dochter.⁸⁰ Zeker ingeval er niet sprake is van één enkele moeder, maar een hele groep moederbedrijven.

Een verschil in benadering van het 'zeggenschaps criterium' tussen aan de ene kant de *ex ante* fusiecontrole met haar voorzorgelementen en aan de andere kant het *ex post*

kartel- en misbruikverbod met zijn punitieve inslag lijkt niet onlogisch.

Conclusies

De joint-venturetoets die de NMa hanteert in de Interpayzaak, en die de Raad van Bestuur op bezwaar handhaaft, levert alleen maar onduidelijkheid op bij de keuze om onder art. 6 Mw de acht banken en onder art. 24 Mw Interpay zelf aan te pakken. Waar de NMa in het kader van de toepassing van het kartelverbod concludeert dat Interpay zelfstandigheid ontbeert om als concentratieve joint venture door het leven te gaan, daar dicht zij Interpay bij de toepassing van het misbruikverbod wel weer voldoende autonomie toe om als zelfstandig schender op te treden. Hier zit een tegenstrijdigheid in besloten die moeilijk uit te leggen is.

De hele joint-venturediscussie ware beter achterwege gebleven. Zij is binnen het feitencomplex van de Interpayzaak niet functioneel. De NMa had beter direct over kunnen gaan tot toetsing onder art. 6 Mw en/of 24 Mw van afspraken tussen de acht banken, van afstemming tussen de banken enerzijds en Interpay anderzijds, en van beslissingen van Interpay zelf. De NMa kan zich daarbij gewoon concentreren op het bewijzen van de materiële elementen van de betreffende artikelen. Bij de toerekening loopt de mededingingsautoriteit natuurlijk wel aan tegen vragen die op de achtergrond van de fusiecontrole een rol spelen, zoals zeggenschap (met de twee uiterste waarden van enerzijds directe, actieve en volledige betrokkenheid en anderzijds risicoaansprakelijkheid), maar haar besluit was in ieder geval niet innerlijk tegenstrijdig geweest.

Een mededingingsautoriteit dient verder bij de toepassing van art. 6 en 24 Mw voorzichtig te zijn met het al te gemakkelijk afgaan op risicoaansprakelijkheid. Het punitieve karakter van beide bepalingen vergt een iets zwaardere bewijslast.

In bezwaar heeft de NMa de art. 24 Mw-klacht van excessieve tarieven ten aanzien van Interpay laten vallen. De NMa handhaaft de art. 6 Mw-klacht jegens de banken betreffende het instellen van één enkel verkooppunt voor pin-netwerkdiensten.

77 Zie W. Wils, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law. Essays in Law and Economics*, The Hague: Kluwer Law International 2002, p. 173-176.

78 Zie Vo. 139/2004, art. 3 lid 2 en art. 26 Mw.

79 Denk aan de Commissiebeschikking in de *Choline Chloride*-zaak, Besluit Commissie van 9 december 2004, zaak COMP/E-37.533, besproken door P.J. Kreijger in *Markt & Mededinging* 2005, nr. 7, p. 228-232. Als vaststaat dat een onderneming aanwezig was op bijeenkomsten waar mededingingsbeperkende afspraken zijn gemaakt, en zij niet publiekelijk afstand heeft genomen van hetgeen op deze bijeenkomsten is besproken, dan is de onderneming de pineut en wordt betrokkenheid bij het kartel aangenomen. Zie *Gerecht van Eerste Aanleg*, 15 juni 2005, gev. zaken T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, *Tokai Carbon e.a. t. Commissie*, n.n.g., r.o. 65. In deze laatste 'daderschapvorm' zit toch een element van daadwerkelijke betrokkenheid besloten, in de vorm van een eerste, initiële stap tot aanwezigheid bij de mededingingsbeperkende bijeenkomsten.

80 Zie in dit kader de kritische houding van P.J. Kreijger ten aanzien van het optreden van de Commissie in de *Choline Chloride*-zaak: P.J. Kreijger, noot bij *Choline Chloride, Markt & Mededinging* 2005, nr. 7, p. 232.

Vanuit handhavingsperspectief is het laten vallen van de art. 24-klacht wellicht niet zo mooi, niet iedere wetsovertreder ontsnapt immers zomaar aan vervolging na het treffen van een schikking met zijn slachtoffers. Toch is deze keuze van de NMa wel begrijpelijk. Een onderzoek naar de excessiviteit van tarieven is moeilijk en kostbaar. De middelen van de NMa zijn nu eenmaal beperkt. Een optreden van een mededingingsautoriteit als prijsbepaler dient bovendien tot een minimum beperkt te blijven.⁸¹ Vandaar dat ook bijvoorbeeld de Commissie terughoudend is om als prijsregulator op te treden.⁸² Het vaststellen van de prijs voor producten en diensten behoort nu typisch tot het domein van de marktpartijen.

Hier komt bij dat de NMa *inhoudelijk* op enkele punten in de fout is gegaan in het oorspronkelijke besluit bij het vaststellen van de excessiviteit van tarieven. De kritiek van de Bezwaaradviescommissie dat de meetperiode van de NMa niet de gehele investeringsperiode van partijen omvatte op alle investeringselementen, was terecht. Met het laten vallen van art. 24 Mw ontloopt de NMa nu alle bovenstaande probleempunten.⁸³ Ook verdwijnt *de facto* de innerlijke tegenstrijdigheid in de benadering van de artikelen 6 en 24 Mw hiermee uit het besluit – immers, één van de twee artikelen valt weg. De Raad van Bestuur heeft hiermee wellicht niet de meest elegante oplossing gevonden, functioneel is deze wel.

In bezwaar hebben de partijen art. 24 Mw dus al van tafel gekregen, wat rest is art. 6 Mw. Voor deze laatste horde zal men nu bij de rechter moeten zijn.

81 Een mededingingsautoriteit dient voorzichtig te zijn met de vaststelling of en wanneer er sprake is van een onredelijk hoge prijs voor een bepaald product. Zie E.H. Pijnacker Hordijk & Y. de Vries, 'Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een economische machtspositie onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht', *SEW* 2002, p. 446. Het bepalen van de economische waarde van een product of dienst en het vaststellen van een 'juiste' of 'eerlijke' prijs daarvoor, is in de praktijk niet eenvoudig. Zie L. Ritter & W.D. Braun, *European Competition Law. A Practitioner's Guide*, The Hague: Kluwer Law International 2004, p. 426 en 430.

82 Zie A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2004, p. 379, 380 en 838. Een belangrijk punt is dat art. 82 sub a EG (art. 24 Mw) niet bedoeld is om de rechter of mededingingsautoriteiten in de positie van industrieel regulator te brengen. Het veronderstelt een wijd bereik aan 'redelijke' prijzen. Aldus S.D. Anderman, *EC Competition Law and Intellectual Property Rights*, Oxford: Oxford University Press 1998, p. 215.

83 Overigens was het niet uitgesloten geweest dat de NMa met een gewijzigde berekening opnieuw was uitgekomen op de excessiviteit van gehanteerde tarieven. De NMa had immers bij een volledige hertoets ook factoren mee kunnen nemen die de verdenking van excessiviteit juist zouden onderbouwen, maar die de NMa in haar oorspronkelijke beoordeling links had laten liggen. Denk hierbij aan kostendrukkende omstandigheden als het afnemen van het contante betalingsverkeer.

Boontje c.s. / NMa

Boontje c.s. / NMa, Rechtbank Rotterdam, 22 december 2005, MEDED 05/396 WILD, LJN: AV7339, betreffende de afwijzing van de klacht van misbruik van een economische machtspositie, nu de Gemeente Castricum bij gronduitgifte staatssteun verleent.
(mr W.W. Geursen)¹

Inleiding

De NMa ontbreekt het aan de bevoegdheid uitspraken te doen over staatssteun. Nu de klacht van Boontje c.s. op voorhand eerder staatssteun lijkt te betreffen dan misbruik van een economische machtspositie, wijst de NMa de klacht af omdat de Gemeente bij steunverlening niet optreedt als onderneming. De rechtbank vindt echter dat de NMa onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de Gemeente niet als onderneming handelde en vernietigt het besluit. De rechtbank sluit namelijk niet uit dat er zowel sprake kan zijn van staatssteun als van misbruik.

De aanleiding

In de jaren '90 heeft de heer Boontje van de Gemeente Castricum en van – toen nog – de Gemeente Limmen tegen marktwaarde het multisportpark 'Berg en Bal' respectievelijk tennispark 'De Voetel' gekocht. Het multisportpark heeft Boontje later ingebracht in de vennootschap onder firma Blovo (hierna tezamen: Boontje). Sinds 2002 zijn de gemeenten Castricum, Akersloot en Limmen gefuseerd tot één gemeente (hierna: de Gemeente).

In de Gemeente kan daarnaast worden getennist bij Tennisvereniging Akersloot en Stichting Tennispark Vinkenbaan (hierna tezamen: de tennisverenigingen). De tennisverenigingen hebben de door hun gebruikte tennisparkeer respectievelijk gehuurd en in erfpacht van de Gemeente, beide tegen het (symbolische) bedrag van f 1,- (€ 0,45). De erfpachtovereenkomst stamt uit 1970 en tennispark Akersloot wordt sinds 1997 verhuurd.

Boontje is van mening dat de Gemeente de vier tennisparkeer ongelijk behandelt. Volgens hem draagt de Gemeente bij in de kosten van de tennisverenigingen door slechts een symbolisch bedrag aan huur en canon te vragen, terwijl Boontje een dergelijke bijdrage in de exploitatie niet ontvangt. Boontje zou daardoor hogere grondkosten hebben en ziet zich genoodzaakt zijn tennisfaciliteiten tegen een hogere prijs met een lagere marge aan te bieden.

Volgens Boontje verstoort de steun van de Gemeente aan de tennisverenigingen de markt voor buitentennis in Castricum. Boontje verzoekt de Gemeente om een (gelijke) bijdrage in zijn exploitatielasten. Daarnaast dient Boontje bij brief van 16 maart 2004 bij de NMa een klacht in. Volgens Boontje zijn de huur- en erfpachtovereenkomst in strijd met

1 Wessel Geursen is werkzaam als advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek en als docent verbonden aan het Europa Instituut van de Universiteit Leiden.