

## Interpay, zaaknummer 2910-700, Besluit d-g NMa, 28 april 2004.

Artikel 6 Mw. Gemeenschappelijke Onderneming (joint venture) met karakter samenwerkingsverband.

Artikel 24 Mw. Excessieve tarieven voor netwerkdiensten voor pintransacties

(M.nt. prof.dr. A.M. Van den Bossche)<sup>1</sup>

### Inleiding

Interpay heeft onderhand enige ervaring met mededingingsrechtelijke procedures, zowel op het Europese als het nationale vlak, met initieel telkens gunstige uitkomsten.<sup>2</sup> Nadat echter in augustus 2003 de multilaterale interbancaire vergoeding (MIV) door advisering Telegiro de artikel 17 Mw-toets niet bleek te kunnen doorstaan,<sup>3</sup> krijgt Interpay in het recente Interpay-besluit niet enkel opnieuw te maken met artikel 6 Mw, maar ook, voor het eerst, het boetedeksel van artikel 24 Mw op de neus.<sup>4</sup>

Kort samengevat kwalificeert de d-g NMa Interpay eerst als samenwerkings-GO, die niet alle functies van een zelfstandige eenheid vervult, beboet hij vervolgens de ouders-banken omdat/zolang zij hun dochter geen concurrentie aandoen, om dan het gedrag van diezelfde (onzelfstandig verklaarde) economische eenheid als misbruik van machtspositie aan te merken en haar afzonderlijk een boete van 30.183.000 euro op te leggen voor het hanteren van excessieve tarieven voor netwerkdiensten voor pintransacties.

### Interpay: de historie

Sinds haar ontstaan in 1994 heeft Interpay Nederland B.V. als taak, opdracht en doel 'een efficiënte betaalinfrastructuur op te zetten, te beheren en te ontwikkelen' voor de Nederlandse banken, haar aandeelhouders en belangrijkste klanten.<sup>5</sup> Interpay levert 'als enige aanbieder in Nederland ondersteunende diensten voor elektronische betalingen zoals pinnen, chippen, betalingen met creditcards en girale overboekingen'<sup>6</sup> en treedt met name op als 'facilitair bedrijf [...] belast [...] met de gecentraliseerde behandeling van overboekingsopdrachten,<sup>7</sup> als 'GSA-secretariaat' en 'giraal clearinginstituut';<sup>8</sup> 'als GIP-secretariaat',<sup>9</sup> als 'secretariaat van de Deelnemersraad SOGA' en 'als uitwisselcentrale' in het interbancair Telegirocircuit tussen de banken.<sup>10</sup>

### Interpay en pintransacties

Pintransacties 'zijn betaaltransacties met behulp van een bank- of giropas met pincode via een betaalautomaat bij een detaillist.<sup>11</sup> 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'.<sup>12</sup>

Tot 1 maart 2004<sup>13</sup> was Interpay de enige aanbieder van en contractpartij voor de netwerkdiensten.<sup>14</sup> Toegang tot het Interpaycircuit is essentieel voor zowel de banken als voor ondernemingen. Banken die willen toetreden tot de elektronische betaalmarkt 'moeten toegang hebben tot [dit] circuit om het elektronische betalingsverkeer te kunnen effectueren',<sup>15</sup> zoals ook ondernemingen 'die pinnen als betaalmiddel willen aanbieden, hiertoe een contract met Interpay [moeten] afsluiten'.<sup>16</sup>

Pinnen zit duidelijk in de lift. Waar in 1991 (slechts) 20 miljoen transacties werden geregistreerd,<sup>17</sup> is 'in de jaren na 1992 de groei van het aantal pintransacties stormachtig geweest',<sup>18</sup> tot maar liefst 1.157,1 miljoen

- 1 Prof.dr. A.M. Van den Bossche is hoogleraar Europees Recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en docent Europees mededingingsrecht aan de Universiteit Antwerpen. Afsluiting manuscript: 6 oktober 2004.
- 2 Zie voor deze initiële gevallen van 'mededingingsgratie', Beschikking 8 september 1999, 'Overeenkomst inzake de invoering van een gemeenschappelijke stortings- en acceptgiroprocedure (GSA-Overeenkomst)', *Pb.* 1999 L 271/28: negatieve verklaring; Besluit d-g NMa, 4 juli 2001, zaak 81, *GSA-Overeenkomst*: ontheffing van MIV voor vijf jaar; *Vzng. Rb. Utrecht*, 14 februari 2002, nr. 139811\KG-ZA-1304/RS: afwijzing vordering misbruik verschillende kortingregelingen; Troostbrief Europese Commissie (type negatieve verklaring) voor Gemeenschappelijke Incassoprocedure-overeenkomst (GIP-Overeenkomst); Besluit d-g NMa 24 juli 2002, zaak 82/50, *GIP-Overeenkomst*: ontheffing MIV voor vijf jaar; Troostbrief Europese Commissie (type negatieve verklaring) voor Samenwerkingsovereenkomst Geldautomaten (SOGA-Overeenkomst); Besluit d-g NMa 24 oktober 2002, zaak 84/50, *SOGA-Overeenkomst*, ontheffing MIV voor vijf jaar; Besluit d-g NMa 28 april 2003, zaak 2978/56, *Superunie t. Interpay*: Afwijzing klacht Superunie; hanteren verschillende kortingregelingen, géén misbruik machtspositie.
- 3 Besluit d-g NMa 13 augustus 2003, zaak 3055/35, *Telegiro*, niet-ontheffing MIV, wegens geen billijk aandeel gebruik en niet-onmisbaar.
- 4 Besluit d-g NMa 28 april 2004, zaak 2910/700, *Interpay*, hierna: *Interpay-besluit*.
- 5 <http://www.interpay.nl/interpay/partners/default.asp>.
- 6 [http://www.nmnanet.nl/nl/nieuws\\_en\\_publicaties/persberichten/02\\_17.asp](http://www.nmnanet.nl/nl/nieuws_en_publicaties/persberichten/02_17.asp), Persbericht 24 juni 2002, zaaknummer 2910: NMa informeert en consulteert in onderzoek pintransacties. Vergelijkbaar, *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, punt 17 en Besluit d-g NMa 28 april 2003, zaak 2978/56, *Superunie t. Interpay*, punt 6.
- 7 Beschikking 8 september 1999, *GSA-overeenkomst*, *Pb.* 1999 L 271/28, punt 10.
- 8 Besluit d-g NMa 4 juli 2001, zaak 81, *GSA-Overeenkomst*, punt 8 en 12.
- 9 Besluit d-g NMa 24 juli 2002, zaak 82/50, *GIP-Overeenkomst*, punt 6.
- 10 Besluit d-g NMa 13 augustus 2003, zaak 3055/35, *Telegiro*, punt 5.
- 11 Elke onderneming die pinnen als betaalmiddel aanbiedt.
- 12 *Interpay-Besluit*, punt 22.
- 13 Op deze datum is het contractsbeheer inclusief acquisitie en dergelijke [...] overgedragen aan de aandeelhoudende banken. Dit heeft niet enkel tot gevolg dat detaillisten niet langer gedwongen zijn om alleen met Interpay zaken te doen, en dat deze diensten nu door de banken in concurrentie worden aangeboden, voor de d-g NMa betekent deze wijziging ook dat vanaf dat ogenblik de overtreding door de banken van artikel 6, eerste lid, Mw is beëindigd. *Interpay-besluit*, punt 319.
- 14 Zie hierover ook *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 19.
- 15 *Monitor Financiële Sector 2003*, NMa, p. 23, sub 3.2.3. Toetredingsdrempels.
- 16 Besluit d-g NMa 28 april 2003, zaak 2978/56, *Superunie t. Interpay*, punt 7.
- 17 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 36.
- 18 Besluit d-g NMa 28 april 2003, zaak 2978/56, *Superunie t. Interpay*, punt 31 (sub Argumenten Interpay).

transacties in 2003 (801,5 in 2000; 954,4 in 2001; 1.069,6 in 2002),<sup>19</sup> via een alsmatig stijgend aantal pinbetaalautomaten: 155.620 in 2000; 165.773 in 2001; 177.168 in 2002 en 186.272 in 2003.<sup>20</sup>

### Mededingingsrechtelijke omschrijving van relatie Interpay-banken

Uit het artikel 6 Mw-onderdeel blijkt dat de d-g NMa door de wetgever in een onwerkbaar GO-keurslijf geperst blijft en noodgedwongen moet blijven werken met achterhaalde concepten en beoordelingskaders. Daarnaast valt op de concrete toepassing van deze regels ook wel een en ander af te dingen.

Wat de mededingingsrechtelijke kwalificatie van de relatie tussen Interpay en de banken aangaat, is het beeld enigszins troebel. Zo komen in eerdere Interpay-zaken weliswaar verschillende omschrijvingen voor, doch de precieze relatie werd nooit echt mededingingsrechtelijk geduid. Wel integendeel, in de eerdere artikel 6 Mw-zaken – die in wezen telkens over dezelfde soort activiteiten gaan: het beheren, verwerken, verevenen en sorteren van opdrachten, waarvoor Interpay kosten in rekening brengt aan de banken, die worden verrekend binnen een MIV-systeem –, werd vrij systematisch aangegeven dat Interpay economische activiteiten verricht, en ‘derhalve’ een onderneming is in de zin van de mededingingswet, met name artikel 6<sup>21</sup> respectievelijk 1, sub f.<sup>22</sup> In de eerdere artikel 24 Mw-zaken werd het onderzoek evenzeer toegespitst op het gedrag van Interpay zelf, zonder dat de voorzieningenrechter<sup>23</sup> of de d-g NMa<sup>24</sup> ingingen op, respectievelijk Interpay zich beriep op<sup>25</sup> het ontbreken van ‘zelfstandige besluitvorming’<sup>26</sup>.

Waarom echter enkel in ‘het kader van het onderzoek naar het elektronische betalingsverkeer wordt onderzocht of Interpay, als gezamenlijke onderneming van de drie eerder genoemde banken, feitelijk moet worden beschouwd als een samenwerkingsverband dat de mededinging beperkt in de zin van artikel 6 Mw’,<sup>27</sup> is vrij raadselachtig.

### Wie van de drie? Wat is Interpay?

In wezen gaat het om een van de volgende drie situaties: ofwel Interpay is een ‘gewoon’ samenwerkingsverband van een aantal banken en moet het onderzoek zich zoals in de MIV-zaken toespitsen op hun onderlinge regelingen; ofwel Interpay is een gemeenschappelijke onderneming (GO) met het karakter van een samenwerkingsverband,<sup>28</sup> waarop de kartelbepalingen van toepassing zijn, en worden de ouders-banken, indien nodig, gezamenlijk verantwoordelijk gesteld voor de gedragingen van hun onzelfstandige economische eenheid, ofwel, ten slotte, is Interpay een volwaardige GO waarvan de oprichting (in 1994!) moet beoordeeld worden volgens de concentratiebepalingen. De (late) marktgedragingen van Interpay zelf, zijn dan desgevallend onderworpen aan de kartel- dan wel misbruikregels.

### De splijtzwam: het (deviante) Nederlandse GO-beoordelingskader

Bij de uitwerking van de concentratiebepalingen van de Mededingingswet gaf de Nederlandse wetgever niet meteen van bijdehandheid blijk. Hoewel de herziening van Verordening 4064/89<sup>29</sup> – die in juni 1997 leidde tot de uitvaardiging van Verordening 1310/97<sup>30</sup> – reeds volop aan de gang was, zocht hij uitsluitend inspiratie in Verordening 4064/89. Dit had als concreet en rechtstreeks gevolg dat de concentratiebepalingen van de Mededingingswet van 22 mei 1997<sup>31</sup> reeds op het ogenblik van zijn inwerkingtreding op 1 januari 1998 niet meer spoorden met de Europese regels terzake. Noch de opeenvolgende wijzigingen van de Mededingingswet,<sup>32</sup> noch de Wet Modernisering EG-mededingingsrecht van 20 juni 2004<sup>33</sup> herstelden dit euvel.

Meestal wordt aangenomen dat, anders dan bij artikel 6 en 24 Mw,<sup>34</sup> zulk afstemmen voor concentraties niet formeel verplicht is. Hoewel hier een en ander op af te dingen valt,<sup>35</sup> is de (bewuste?) Nederlandse deviatie, met name

19 In miljoenen, <http://www.interpay.nl/media/kerncijfers/kerncijfers.asp>.

20 Kerncijfers Interpay. <http://www.interpay.nl/media/kerncijfers/kerncijfers.asp>.

21 Zo in Besluit d-g NMa, 4 juli 2001, zaak 81, *GSA-Overeenkomst*, punt 72.

22 Zo in Besluit d-g NMa 24 juli 2002, zaak 82/50, *GIP-Overeenkomst*, punt 44; Besluit d-g NMa 24 oktober 2002, zaak 84/50, *SOGA-Overeenkomst*, punt 44.

23 Vznrgr.Rb.Utrecht, 14 februari 2002, nr. 139811\KG-ZA-1304/RS.

24 Besluit d-g NMa 28 april 2003, zaak 2978/56, *Superunie t. Interpay*.

25 In de *Superunie*-zaak presenteerde Interpay haar argumenten met andere woorden geheel autonoom, zonder op enigerlei wijze te proberen ‘wegraken’ door het in kaart brengen van haar (allesbeslissende) ouders.

26 Interpay-Besluit, punt 108.

27 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 44.

28 Zie echter ook infra.

29 Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *Pb.* 1989 L 395/1, met rectificaties (*Pb.* 1990 L 73/34 en *Pb.* 1990 L 257/13). Aanzienlijk gewijzigd in 1997 en met ingang van 1 mei 2004 geheel vervangen door Vo 139/2004.

30 Verordening (EG) nr. 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997, *Pb.* 1997 L 180/1.

31 Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging.

32 De Mededingingswet is gewijzigd bij de wetten van 18 december 1997 (*Stb.* 1997, 735), 28 januari 1999 (*Stb.* 1999, 30), 6 oktober 1999 (*Stb.* 1999, 470), 6 juli 2000 (*Stb.* 2000, 314), 27 september 2001 (*Stb.* 2001, 481) jo. 12 december 2001 (*Stb.* 2001, 664), 6 december 2001 (*Stb.* 2001, 584), 28 januari 2002 (*Stb.* 2002, 71).

33 Wet van 30 juni 2004 tot wijziging van de Mededingingswet en van enige andere wetten in verband met de implementatie van EG-verordeningen 1/2003 en 139/2004, *Stb.* 2004, 345, in werking getreden op 1 augustus 2004.

34 Binnen het kader van deze bijdrage zou de verdere uitwerking hiervan te ver leiden. Zie hiervoor met name artikel 3, Verordening (EG) nr. 1/2003 van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *Pb.* 2003 L 1/1.

35 Met name door de formulering van artikel 21, lid 1, ingevoerd bij de 1997-herziening van Vo. 4064/89, ongewijzigd behouden in Verordening (EG) nr. 139/2004 van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de ‘EG-concentratieverordening’), *Pb.* 2004 L 24/1, in werking sinds 1 mei 2004. Ook dit element moet echter binnen het bestek van deze bijdrage buiten beschouwing blijven.

voor de beoordeling van GO's verre van probleemloos, omdat de op Europees vlak gerijpte inzichten hierdoor in de Nederlandse context geen uitwerking (kunnen) krijgen, en de d-g NMa moet blijven redeneren in pre-1997 categorieën coöperatieve en concentratieve GO's. Anderzijds maakt de d-g NMa in zijn besluit van 28 april 2004 wél gebruik van Europese documenten, die dateren van ná de Europese afschaffing in 1997 van dit onwerkbaar gebleken onderscheid en die, uiteraard, aanknopen bij de nu geldende Europese regels.<sup>36</sup>

### Het Europees GO-beoordelingskader sinds 1997

Artikel 27 Mw sub c bepaalt, nog steeds in lijn met artikel 3, lid 2, van de oorspronkelijke (pre-1997) Verordening 4064/89, dat onder een concentratie wordt verstaan: de totstandbrenging van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun marktgedrag coördineren.<sup>37</sup>

Sinds 1997 is binnen het Europese GO-beoordelingskader niet langer sprake van coöperatieve en concentratieve GO's, en werd een duidelijke en heldere scheiding aangebracht tussen echte, volwaardige GO's, 'gemeenschappelijke ondernemingen die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervul[en]'<sup>38</sup> in de zin van de concentratieverordening, en gewone samenwerkingsverbanden in de zin van artikel 81 EG. Voor de kwalificatie als volwaardige GO is de factor 'coördinatie van marktgedrag' echter niet langer beslissend. Verder wordt een volwaardige GO sindsdien beoordeeld op grond van Verordening 4064/89 alléén c.q. zowel Verordening 4064/89 als artikel 81 EG. De bijkomende beoordeling ex artikel 81 EG is met name aangewezen en vereist, wanneer de oprichting van de volwaardige gemeenschappelijke onderneming, 'de coördinatie beoogt of tot stand brengt van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven'. In zulk geval 'wordt die coördinatie [binnen *dezelfde* procedure als de concentratie'<sup>39</sup> beoordeeld overeenkomstig de criteria van artikel [81], leden 1 en 3, van het Verdrag, teneinde vast te stellen of de transactie al dan niet verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt'.<sup>40</sup>

Het gevolg van de 1997-wijzigingen is dan ook dat volwaardige GO's – voor het eerst – in volle omvang worden getoetst, waarbij zowel hun structurele als gedragsgevolgen op hun bijdrage tot het waarborgen van een onvervalste mededinging kunnen worden onderzocht. Verordening 139/2004 herformuleert weliswaar de GO-overweging in de preambule,<sup>41</sup> en introduceert in artikel 2 ook een nieuwe invulling voor 'verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt',<sup>42</sup> doch de globale beoordeling van volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen is onverkort gehandhaafd.

### En de d-g NMa, hij ploegde nachtblind voort

Niets van dit alles echter in de Nederlandse context, waar nog steeds de pre-1997 exclusieve kwalificatie van GO's als kartel dan wel concentratie geldt, met als gevolg dat het onderscheid coöperatief-concentratief nog steeds regelbepalend is. De aanduiding van de toepasselijke beoordelingsregels blijft met andere woorden afhankelijk van de doorgevoerde classificatie als concentratief of coöperatief: wanneer een GO coöperatief wordt bevonden, treden uitsluitend de kartelregels die toezicht op het marktgedrag beogen in werking, terwijl anderzijds concentratieve GO's enkel aan de structuurcontrole van de concentratieregels worden onderworpen.

Een dergelijke assimilatie leidt noodgedwongen tot mededingingsrechtelijke nachtblindheid. Na Interpay te hebben aangemerkt als 'een gemeenschappelijke onderneming met het karakter van een samenwerkingsverband dat binnen het bereik van artikel 6, eerste lid Mw valt',<sup>43</sup> behandelt de d-g NMa dit 'samenwerkingsverband van de aandeelhoudende banken'<sup>44</sup> als een gewone overeenkomst en wordt het concentratie-element dat inherent aanwezig is bij de oprichting van elke échte gemeenschappelijke onderneming met andere woorden zonder meer buiten beschouwing gelaten.

36 M.n. de Mededeling van de Commissie van 2 maart 1998 inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Vo. 4064/89, *Pb.* 1998 C 66/5, horend bij de 1997-Vo. 4064/89, die, nota bene 'de mededeling van de Commissie inzake het onderscheid tussen gemeenschappelijke ondernemingen met het karakter van een concentratie of een samenwerkingsverband *vervangt*' (punt 2) en de Richtsnoeren van de Commissie van 6 januari 2001 inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *Pb.* 2001 C 3/2.

37 Vgl. Artikel 3, lid 2, (oorspronkelijke) Vo. 4064/89: Een handeling, met inbegrip van de oprichting van een gemeenschappelijke onderneming, die een coördinatie beoogt of tot gevolg heeft van het concurrentiegedrag van ondernemingen die onafhankelijk blijven, vormt geen concentratie in de zin van lid 1, onder b).

De oprichting van een gemeenschappelijke onderneming die duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult, en die er niet toe leidt dat de oprichtende ondernemingen hun concurrentiegedrag coördineren of dat deze ondernemingen en de gemeenschappelijke onderneming hun concurrentiegedrag coördineren, vormt een concentratie in de zin van lid 1, onder b).

38 Artikel 3, lid 2, Vo. 4064/89, 1997-versie. Identiek in Vo. 139/2004.

39 Mededeling van de Commissie inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke onderneming in de zin van Vo. 4064/89 *Pb.* 1998 C 66/1, punt 16, cursivering toegevoegd.

40 Artikel 2, lid 4, Vo. 4064/89, ingevoegd in 1997.

41 De nieuwe Overweging 20 komt in wezen neer op een verduidelijking, maar introduceert niets echt nieuws.

42 Artikel 2, lid 2, Vo. 139/2004: 'Concentraties die de daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan niet op significante wijze zouden belemmeren, met name door een machtspositie in het leven te roepen of te versterken, moeten verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt'; vgl. Artikel 2, lid 2, Vo 4064/89: 'Concentraties die geen machtspositie in het leven roepen of versterken die tot gevolg heeft dat een daadwerkelijke mededinging op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan op significante wijze wordt belemmerd, moeten verenigbaar verklaard worden met de gemeenschappelijke markt'.

43 Interpay-Besluit, punt 102.

44 Interpay-Besluit, punt 111.

## Is Interpay wel een GO?

De zaak is echter nog problematischer. Anders dan de d-g NMa stelt in punt 105 van het besluit, volstaat de loutere vaststelling dat sprake is van gezamenlijke zeggenschap immers niét om Interpay als GO te kwalificeren.

Een GO is immers in de eerste plaats een 'onderneming', een entiteit die 'duurzaam alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult'.<sup>45</sup> In het post-1997-tijdperk geldt daarbij in de Europese context dat 'de GO werkzaam moet zijn op een markt en daar alle functies moet vervullen welke andere op die markt werkzame ondernemingen normalerwijze vervullen. De GO moet daartoe beschikken over een bestuur dat zich wijdt aan de dagelijkse bedrijfsvoering, en over toegang tot voldoende middelen, waaronder financiële middelen, personeel en (materiële en immateriële) activa, en moet binnen de grenzen van de GO-overeenkomst op duurzame wijze en op basis van een eigen besluitvorming haar eigen bedrijfs-werkzaamheid kunnen uitoefenen'.<sup>46</sup>

Aan het ondernemingsonderzoek kan evenwel, anders dan de d-g NMa in punt 106, geen concentratie-coöperatief-betekenis gehecht worden. Dat de Commissie, vóór de herziening van Verordening 4064/89, 'zowel in de kartel- als de concentratiecontrole-context, voor het onderzoek naar het bestaan van een gemeenschappelijke onderneming [evenzeer] geneigd [leek] het element gezamenlijke controle als voldoende en bijgevolg quasi-uitsluitend doorslaggevend te beschouwen',<sup>47</sup> neemt niet weg dat een niet-onderneming nooit een gemeenschappelijke onderneming kan zijn.

De op zichzelf zeer betwistbare stelling van de d-g NMa, dat Interpay 'niet alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult'<sup>48</sup> omdat alle partijen in de belangrijkste organen zijn vertegenwoordigd, miskent het basiswezen van elke gemeenschappelijke onderneming: een onderneming (vereiste 1), die onder gezamenlijke controle staat van twee of meer andere ondernemingen (vereiste 2). De zaak omkeren, en uit het bestaan van gezamenlijke controle afleiden dat de betrokken entiteit geen onderneming is, en *dus* een coöperatieve GO is, is eigenlijk te zot voor woorden. Indien deugdelijk onderzoek zou (kunnen) uitwijzen dat Interpay inderdaad geen onderneming is, dan is er sprake van 'loutere samenwerking tussen ondernemingen op basis van overeenkomsten c.q. onderling afgestemde feitelijke gedragingen tussen de deelnemende ondernemingen, die alleen reeds daarom binnen het toepassingsbereik van artikel [81 EG c.q. 6 Mw] valt'.<sup>49</sup> Met GO's van welke aard ook heeft dit echter helemaal niets te maken.

## Geén GO. Implicaties voor Interpay-Besluit

Voor het artikel 6 Mw-onderdeel van het Interpay-besluit lijkt de kwalificatie van Interpay als louter samenwerkingsverband tussen de banken in plaats van als coöperatieve GO op het eerste gezicht niet al te veel uit te maken. Het voorwerp van het onderzoek betreft immers in beide

gevallen de samenwerking tussen de banken, en de – in casu negatieve – gevolgen die daarvan uitgaan op de mededinging, met beboeting van de deelnemende banken tot gevolg.

Of en hoe de d-g NMa – in bezwaar- of andere procedures met enige kans op succes kan volhouden dat een in artikel 6 Mw-verband niet-onderneming Interpay tegelijk toch ook een onderneming is met een machtspositie in de zin van artikel 24 Mw, die afzonderlijk wordt beboet omdat zij – hoewel niet alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervullend – daar misbruik van maakt door excessieve tarieven te hanteren voor de levering van netwerkdiensten voor pintransacties, benieuwt mij zeer. Het artikel 24-luik van het Interpay-besluit is echter ook los daarvan erg interessant.

## PIN-markt = relevante markt? Pintransacties op de betaalmarkt

Op de algemene betaalmarkt geldt als algemeen uitgangspunt, dat 'verschillende betaalinstrumenten slechts als onderling substitueerbaar worden beschouwd en worden opgenomen in dezelfde relevante markt, wanneer zij zowel voor de verbruikers en de handelaren substitueerbaar zijn'.<sup>50</sup>

Voor betalingssystemen komen verschillende indelingen voor. Een technische indeling op basis van de onderliggende techniek, onderscheidt giraal, elektronisch en Internetbetalen.<sup>51</sup> Daarnaast wordt vaak aangeknoopt bij het soort betaling: toonbankbetaalmiddel of betaling op afstand. Een van de meest kenmerkende eigenschappen van betalingen op afstand, is dat zij 'niet kunnen worden gebruikt voor het betalen van aankopen in winkels'<sup>52</sup> en er 'geen direct contact is tussen crediteur en debiteur'.<sup>53</sup> Dit geldt meer bepaald voor (enkelvoudige) overschrijvingen,<sup>54</sup> voor automatische incasso,<sup>55</sup> acceptgiro's<sup>56</sup> en elektro-

45 Mededeling van de Commissie inzake het begrip volwaardige gemeenschappelijke ondernemingen in de zin van Verordening 4064/89, *Pb.* 1998 C 66/1, punt 11.

46 *Idem*, punt 12.

47 A.M. Van den Bossche, *Gemeenschappelijke Ondernemingen (joint ventures)*. De EG-beoordelingsregels beoordeeld, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1994, 645 p., randnummer 54. In de EG-context intussen grotendeels achterhaald (precies) door de 1997-wijziging aan Vo 4064/89. Voor de Nederlandse context, door het vasthouden aan het pre-1997-kader *mutatis mutandis* nog steeds geldig.

48 Interpay-Besluit, punt 108.

49 A.M. Van den Bossche, *op.cit.*, randnummer 54.

50 Beschikking 24 juli 2002, *Visa*, *Pb.* 2002 L 318/17, punt 46.

51 Zo de Directievoorzitter van Interpay in Jaarverslag 2003, p. 4: 'girale betalingen zoals incasso, acceptgiro en spoedbetalingen, elektronisch betalen met PIN, Chipknip, MasterCard en Visa creditcards, en betalen via Internet'.

52 Beschikking 24 juli 2002, *Visa*, *Pb.* 2002 L 318/17, punt 47.

53 Beschikking 8 september 1999, *GSA-Overeenkomst*, *Pb.* 1999 L 271/28, punt 32.

54 Aan de orde in Beschikking 8 september 1999, *GSA-Overeenkomst*, *Pb.* 1999 L 271/28, punt 33.

55 *Idem*, punt 34-38.

56 *Idem*, punt 32.

nisch/internet-bankieren.<sup>57</sup> Toonbankbetaalmiddelen van hun kant, zijn in essentie bedoeld voor het betalen van aankopen in winkels. Het gaat daarbij meer bepaald om contant geld, cheques, (debet)betaalkaarten (als pinnen en chippen) en kredietkaarten met elk hun eigen eigenschappen en kenmerken.<sup>58</sup>

Wat pinnen betreft, staat vast dat het in Nederland samen met contant geld, het meest gebruikte toonbankbetaalmiddel is. Hoewel het in beide gevallen in wezen gaat om 'het faciliteren van dezelfde handeling namelijk de overdracht van ongedifferentieerde koopkracht door de consument aan de detaillist, [zijn er] voldoende onderscheidende kenmerken aanwezig om ervan uit te gaan dat pinbetalingen vanuit het perspectief van [zowel] de consument [als de detaillist] onvoldoende substitueerbaar zijn met contant betalen of betalingen met andere toonbankbetaalmiddelen'.<sup>59</sup>

Terwijl 'vrijwel alle consumenten van 18 jaar en ouder beschikken over een bank/-giropas met een pinmogelijkheid, 67% beschikt over een chipknip en 38% over een creditcard',<sup>60</sup> wordt 'circa 67% van het *totale aantal* consumententransacties met contant geld betaald. Op de tweede plaats komt pinnen [met] (circa 29%)'.<sup>61</sup> 'Afgezet tegen de *waarde* van alle consumententransacties wordt ongeveer 59% van alle transacties door de consument afgerekend met de pinpas, circa 34% contant en de resterende 7% met andere betaalmiddelen. Van iedere door de consument betaalde euro wordt 59 cent met een pinpas betaald'.<sup>62</sup>

Verder staat vast dat pinnen 'door de consument vooral gebruikt [wordt] voor betalingen van grote bedragen, contant geld voor kleinere bedragen'.<sup>63</sup> Hoewel het voor een 'detaillist [duidelijk] voordeliger is om grote bedragen te laten pinnen en kleine bedragen contant te laten afrekenen, omdat contant geld in tegenstelling tot pinnen relatief lage vaste kosten en relatief hoge variabele kosten' heeft,<sup>64</sup> vindt 'in de praktijk nauwelijks sturing plaats: de consument wordt vrijwel nooit met tarieven voor pinbetalingen geconfronteerd, en als een vergoeding wordt gevraagd liggen de drempelbedragen waaronder een bijdrage wordt gevraagd doorgaans rond de 11,40 à 13,60 euro'.<sup>65</sup> Onder deze drempelwaarden worden vrijwel alle transacties contant betaald. Verder blijkt dat de 'gemiddelde waarde van een pintransactie 46 euro bedraagt'<sup>66</sup> en 'dat bedragen boven 22,69 euro voor 70 tot 80% met pin [worden] betaald'.<sup>67</sup> Een 'verhoging van de aan consumenten gevraagde vergoeding voor pinnen [zal dan ook] waarschijnlijk nauwelijks effect hebben op het aantal pintransacties'.<sup>68</sup>

### PIN-markt = relevante markt

Het voorgaande onderdeel geeft reeds alle elementen voor het beantwoorden van de vraag of de pinmarkt beperkt is tot de 'markt van het elektronisch betaalverkeer ten behoeve van pintransacties',<sup>69</sup> dan wel ruimer is, en behoort tot 'de markt van de toonbankbetaalmiddelen, waaronder met

name de betaling met cash geld omdat deze betaalmiddelen verwisselbaar zijn met pintransacties'.<sup>70</sup>

Na een bijzonder uitvoerige analyse komt de d-g NMa tot het besluit dat een afzonderlijke relevante markt bestaat van netwerkdiensten voor pintransacties in Nederland.<sup>71</sup> Hoewel Interpay het met deze marktafbakening niet eens is,<sup>72</sup> valt op de methodiek en het onderzoek van de d-g NMa in wezen weinig af te dingen. Zo zijn 'de standpunten van detaillisten en consumenten aan de hand van onderzoeksrapporten uitgebreid aan bod gekomen, heeft de NMa detaillisten uitvoerig bevraagd, onder meer aan de hand van het informatie- en consultatiedocument, is een SSNIP-test<sup>73</sup> uitgevoerd, waarbij de reactie van detaillisten en consumenten in kaart is gebracht [en] is onderzocht wat de mogelijkheden voor aanbodsstitutie zijn'.<sup>74</sup>

Met betrekking tot de SSNIP-test is wel iets bijzond-

- 
- 57 Idem, punt 33 en Besluit d-g NMa 24 juli 2002, zaak 82/50, *GIP-Overeenkomst*, punt 46.
- 58 De d-g NMa rekent ook 'betaling op rekening of door middel van overschrijvingen' tot de toonbankbetaalmiddelen, Interpay-Besluit, punt 34. De toevoeging dat deze 'in bepaalde branches, zoals bij bouwmaterialenmarkten en apothekers, een veel gebruikt betaalmiddel [zijn]', maakt m.i. echter meteen duidelijk dat het hierbij niet echt om 'algemene' toonbankbetaalmiddelen gaat.
- 59 Interpay-besluit, punt 44, voor consumenten en punten 53-55 voor detaillisten.
- 60 Idem, punt 40. Van kredietkaarten wordt overigens nauwelijks systematisch daadwerkelijk gebruikgemaakt.
- 61 Idem, punt 38. De overige toonbankbetaalmiddelen spelen in wezen nauwelijks een rol, ibidem en punt 40.
- 62 Idem, punt 39.
- 63 Ibidem.
- 64 Volgens onderzoek van T. ten Raai en V. Shestalova, ligt het omslagpunt vanaf waar pin goedkoper is voor de detaillist bij een bedrag van 30 euro. *Via tarifiering naar efficiënter betalingsverkeer*, rapport in opdracht van Hoofdbedrijfschap Detailhandel, 2001, aangehaald in *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, noot 27, horend bij tekst punt 29.
- 65 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 29.
- 66 Aangebracht door Interpay, Interpay-besluit, punt 50.
- 67 Blijkens onderzoek van de Consumentenbond, gepubliceerd in de Consumentengeldgids van oktober 2001, waarnaar verwezen in *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 28.
- 68 Idem, punt 29.
- 69 Aangevoerd door Superunie in Vznr.Rb.Utrecht, 14 februari 2002, nr. 139811\KG-ZA01-1304/R.S., 3.8.
- 70 Aangevoerd door Interpay in diezelfde zaak.
- 71 Interpay-besluit, punt 83. Zie specifiek over de geografische marktafbakening, punten 61-64.
- 72 Zie voor de zienswijzen van Interpay ten aanzien van de marktafbakening (en de weerlegging daarvan door de d-g NMa): idem, punten 66-82.
- 73 Dit is een test, waarbij wordt gekeken welke effecten een kleine, maar significante niet-tijdelijke prijsverhoging heeft op de winst van de onderneming, en op het gedrag van afnemers ten aanzien van de onderzochte producten, idem, punt 56, en 1997-Bekendmaking. I.c. of bij een hypothetische stijging van de tarieven voor netwerkdiensten voor pintransacties met 5 à 10% door de afnemers van deze diensten wordt uitgeweken naar substituten.
- 74 Interpay-besluit, punt 36 en voor de volledige, erg uitvoerige behandeling, punten 37-83.

ders aan de hand. In het 2003-Rapport concludeerde de d-g NMa nog op basis van eigen SSNIP-onderzoek dat ‘sterke aanwijzingen [bestaan] dat pinnen een aparte relevante markt vormt ten opzichte van andere toonbankbetaalmiddelen’.<sup>75</sup> In het eigenlijke besluit stelt de d-g NMa daarentegen dat ‘de SSNIP-test niet zonder meer bruikbaar is ter bepaling van de relevante markt’,<sup>76</sup> in ‘geval van bovencompetitieve prijzen, zoals in het onderhavige geval, levert een SSNIP-test geen betrouwbaar beeld op van de relevante substitutiemogelijkheden, omdat afnemers in een dergelijke situatie – eerder dan in een situatie waar de prijs in concurrentie tot stand is gekomen – geneigd zullen zijn producten als substituuat aan te merken, niet zozeer vanwege de kenmerken daarvan, maar vanwege de reeds geldende bovencompetitieve prijs. Dit zijn zeer sterke aanwijzingen dat de relevante markt te ruim wordt afgebakend als de algemeen aanvaarde formules voor de kritische elasticiteit [...] worden toegepast’.<sup>77</sup>

### De machtspositie van Interpay

Dit onderdeel kan extreem kort gehouden worden; aangezien ‘Interpay/BeaNet de enige onderneming is die diensten aanbiedt op de relevante markt, te weten de markt voor netwerkdiensten voor pintransacties, heeft [zij] een economische machtspositie in de zin van artikel 24 Mw’.<sup>78</sup>

### Wanneer zijn tarieven excessief?

Bij het bestrijden van misbruik door middel van excessieve prijzen, is het ‘voornaamste obstakel het ontbreken van een hanteerbare en concrete definitie van wat onder een excessieve prijs verstaan moet worden. Bij een excessieve prijs is er [weliswaar] sprake van een opslag op de toe te rekenen kosten maar hoe hoog mag deze opslag zijn? [Uit onderzoek blijkt] dat er vrijwel geen overeenstemming is over de methoden die kunnen worden toegepast bij het onderzoeken en het aantonen van excessieve prijzen’.<sup>79</sup>

Het ‘niveau van de prijs van een product [hoeft weliswaar] nog niet noodzakelijkerwijs een misbruik te verraden, doch een bijzondere, zakelijk niet gerechtvaardigde hoogte [kan] niettemin een beslissende aanwijzing vormen’.<sup>80</sup> Dat een misbruik kan blijken uit het feit dat de onderneming haar gedragsonafhankelijkheid gebruikt om prijzen op een onredelijk hoog niveau vast te stellen, zal dan ook weinig verbazing wekken.<sup>81</sup> Een prijs wordt ook als buitensporig en te hoog beschouwd, als hij ‘in vergelijking met de onderliggende kosten excessief (onredelijk hoog)’ is,<sup>82</sup> of erger nog, als hij ‘niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie’<sup>83</sup> c.q. ‘kostprijs van het product of dienst die geleverd wordt’,<sup>84</sup> wanneer er ‘een opvallende wanverhouding bestaat tussen de werkelijke kosten en de feitelijke prijsvorming’.<sup>85</sup> Tegelijk is duidelijk ‘dat het hanteren van een kostenoriëntatie als absolute norm bij misbruiktoezicht te ver zou gaan bij de vraag of een onderneming misbruik maakt. [...] Prijzen kunnen zich al met al in zekere mate boven de kosten bevinden, zonder dat dit een reden [...]

oplevert om [zonder meer] aan te nemen dat er sprake is van misbruik’.<sup>86</sup>

Volgens de SER is een van de knelpunten bij de toepassing van artikel 24 Mw dat er ‘in de rechtspraak geen scherp criterium [bestaat] om misbruik in de vorm van prijsonderbieding, prijsdiscriminatie en excessieve prijzen te onderscheiden van normaal ondernemingsgedrag. Bij toepassing van de verschillende tests bestaat bovendien het probleem dat het toerekenen van kosten aan kostenplaatsen niet objectief is vast te stellen’.<sup>87</sup> Dit neemt echter niet weg dat mededingingsautoriteiten een aantal tests ter beschikking hebben.<sup>88</sup>

75 2003-Rapport, punt 57.

76 Interpay-besluit, punt 60, onder verwijzing naar 1997-Bekendmaking, punt 19.

77 Interpay-besluit, punt 59, dat afsluit met ‘Dit verschijnsel wordt aangeduid als een *cellophane fallacy*. Waarom, alweer, een op zichzelf niet extreem helder Amerikaans begrip moet worden ingevoerd in het Nederlandse mededingingsrecht blijft, alweer, onduidelijk. Op grond van de voorgaande tekst, kan overigens gewoon/beter van ‘nachtblindheid’ gesproken worden.

78 Interpay-besluit, punt 134 en 137.

79 *SER-Advies Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, 6/2003, 16 mei 2003, p. 68-69.

80 HvJ, 18 februari 1971, *Sirena t. Eda*, 40/70. *Jur.*, 1971, 69, r.o. 17.

81 Zo in Besch. 19 december 1974, *General Motors Continental*, Pb. 1975 L 29/14; Besch. 2 juli 1984, *British Leyland*, Pb. 1984 L 207/11, punt 26. Zie hierover ook, HvJ, 11 april 1989, *Ahmed Saeed*, 66/82, *Jur.*, 1989, 803, r.o. 43.

82 P. Kalbfleisch, d-g NMa. Lezing rondetafelconferentie 4 februari 2004, *Op prijs gesteld. Een justum pretium bestaat niet: prijsregulering is een ultimum remedium*, punt 24.

83 HvJ, 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, r.o. 250. Als naar verwezen in Interpay-Besluit, punt 139. Zie hiervoor ook: HvJ, 13 november 1975, *General Motors*, 26/75, *Jur.*, 1975, 367, r.o. 12; HvJ, 11 november 1982, *British Leyland*, 226/84, *Jur.*, 1982, 3263, r.o. 27; HvJ, 5 oktober 1994, *SCIACI/la Crespelle*, C-323/93, *Jur.*, 1994, I-5097, r.o. 25; HvJ, 17 juli 1997, *GT-Link*, C-242/95, *Jur.*, 1997, I-4449, r.o. 39.

84 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 34, onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie terzake.

85 Besch. 19 december 1974, *General Motors Continental*, Pb. 1975 L 29/14. Vergelijkbaar HvJ, 11 april 1989, *Ahmed Saeed*, 66/82, *Jur.*, 1989, 803, r.o. 42.

86 P. Kalbfleisch, 4 februari 2004, punt 24.

87 *SER-Advies Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, 6/2003, 16 mei 2003, p 71, sub 5.3.5. Overzicht knelpunten bij de toepassing van artikel 24 Mw.

88 Daarbij heeft iedere test en methode voor- en nadelen. Een van de meer voor de hand liggende nadelen van het hanteren van ‘formule’-methoden, is dat de relevantie ervan meteen wordt betwist en andere methoden naar voor worden geschoven. Zo ook in deze zaak. Zie met name punten 234-240. Of dit een neveneffect is van de zo vaak bepleite meer-economische benadering van het mededingingsbeleid, dan wel de voorafspiegeling van de omvorming van het mededingingsrecht van ‘economisch recht’ tot ‘juridische economie’, wordt hierbij in het midden gelaten. Zeker is, dat niet helemaal zeker is of al dit rekenen en tellen het recht werkelijk ten goede komt, c.q. werkelijk tot betere juridische uitspraken leidt.

### De normale test: (internationale) prijsvergelijking

Op een markt 'die open staat voor concurrentie, zou de normale test erin bestaan dat de prijs van de exploitant met een machtspositie wordt vergeleken met die van zijn concurrenten'.<sup>89</sup> Omgekeerd betekent de vaststelling dat de aangerekende tarieven lager zijn dan elders, op zichzelf, géén voldoende bewijs voor niet-misbruik. Tegelijk staat vast dat een internationale tariefsvergelijking slechts een van de methoden is 'die denkbaar zijn om vast te stellen of de prijs van een product onbillijk is. [...] De EG jurisprudentie vereist een dergelijke internationale vergelijking [...] niet. [...] Door geen internationale tariefsvergelijking toe te passen [handelt] de d-g NMa dan ook niet [per definitie] in strijd met de EG-jurisprudentie inzake artikel 82 EG'.<sup>90</sup>

### De test in geval van bijna-monopolies: rendement op geïnvesteerd vermogen

Bij de beoordeling van tarieven heeft de NMa 'in haar beschikkingenpraktijk een aantal principes gehanteerd waaraan de tariefstelling [...] moet voldoen, zoals het principe dat de tarieven in beginsel dienen gebaseerd te zijn op de totale economische kosten die een (kostenefficiënt) bedrijf aan het leveren van haar (sic) diensten redelijkerwijs kan toerekenen. Hierbij is inbegrepen dat een redelijk rendement op het geïnvesteerde vermogen in de kostprijs mag worden verdisconteerd'.<sup>91</sup> Bij een oordeel van de NMa 'over misbruik door [...] middel van excessieve tarieven wordt een berekening van het (gemiddelde) rendement op het geïnvesteerde vermogen meegewogen. Indien dit rendement bij benadering gelijk is aan de gewogen gemiddelde vermogenskostenvoet, dan is er in principe geen aanleiding te concluderen dat er sprake is van misbruik'.<sup>92</sup>

### De Interpay-test: kosten- en rendementsonderzoek

In de Interpay-zaak hanteert de d-g NMa het uitgangspunt, dat 'sprake is van een excessief tarief, indien het [tarief, opgebouwd uit een kosten- en een rendementscomponent] in een excessieve verhouding staat tot de kosten'.<sup>93</sup> Een excessief tarief kan met andere woorden 'bestaan uit (in het tarief doorberekende) excessief hoge kosten plus een redelijk, dan wel een excessief rendement. Het vaststellen van excessief hoge kosten betekent [echter] niet per definitie dat het tarief excessief is [zoals ook] het vaststellen van uitsluitend een niet-excessief rendement [niet] volstaat om vast te stellen dat een tarief niet excessief is aangezien [dit] gepaard kan gaan met excessief hoge kosten'.<sup>94</sup>

Teneinde concreet inzicht te verkrijgen 'in de vraag of de kosten excessief hoog zijn, onderzoekt de d-g NMa allereerst of de door Interpay gemaakte kosten vanuit bedrijfseconomisch oogpunt op een juiste wijze zijn toegevoerd aan de netwerkdiensten voor pintransacties'.<sup>95</sup> Vervolgens bepaalt de d-g NMa het door Interpay 'gerealiseerde rendement door de opbrengsten te verminderen met de kosten'<sup>96</sup> om dit, ten slotte, te vergelijken 'met [het] – ten

behoefte van de beoordeling van de excessiviteit – vast te stellen normrendement op het eigen en vreemd vermogen van Interpay'.<sup>97</sup>

Indien uit deze vergelijking blijkt dat 'het gerealiseerde rendement lager is dan of gelijk aan het normrendement [is] er geen sprake [...] van misbruik in de vorm van excessieve tarieven. Indien het gerealiseerde rendement [echter] duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan het normrendement is sprake van [een excessief rendement<sup>98</sup> en van] misbruik in de vorm van excessieve tarieven. In het laatste geval is het gerealiseerde rendement [immers] van dusdanige omvang dat het verschil tussen de kosten en de werkelijk gevraagde prijs disproportioneel is'.<sup>99</sup>

### De test toegepast: de tarieven van Interpay zijn excessief

Zoals hiervoor aangegeven, zijn er vier stappen: de toerekening van de kosten aan de netwerkdiensten voor pintransacties; het bepalen van het normrendement en het gerealiseerde rendement, en een vergelijking tussen de twee rendementen.

Wat de toerekening van de kosten betreft, komt de NMa, in navolging van het Mazars-rapport,<sup>100</sup> tot het besluit dat het Interpay-kostentoerekeningssysteem vanuit bedrijfseconomisch oogpunt acceptabel is. De door Interpay werkelijk gemaakte kosten voor met name 'de automatisering en de daaraan verbonden kosten'<sup>101</sup> zijn dus 'op een bedrijfseconomisch acceptabele wijze toegerekend aan de netwerkdiensten voor pintransacties'.<sup>102</sup>

89 Besch. 25 juli 2001, *Deutsche Post*, Pb. 2001 L 331/40, punt 159. In dezelfde lijn, HvJ, 13 juli 1989, *Lucazeau*, 110, 241-242/88, *Jur.*, 1989, 2811, r.o. 25 en HvJ, 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521, r.o. 46.

90 Interpay-Besluit, punt 225. Zie ook punt 224 en 226.

91 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 35, onder verwijzing naar de *Rapportage luchthaventarieven Schiphol* van de NMa van 10 april 2001 en het besluit van de d-g NMa in zaak 11 *Shiva/KLM* van 8 oktober 2001.

92 *Informatie- en Consultatiedocument netwerkdiensten pintransacties*, NMa, 24 juni 2002, punt 38. Zie voor de SER-bezwaren tegen deze methode die er volgens de SER op neerkomt 'dat een hoog rendement op geïnvesteerd kapitaal als bewijs wordt gezien voor een hoge winstmarge', *SER-Advies Evaluatie en aanpassing Mededingingswet*, 6/2003, 16 mei 2003, p. 69-70.

93 Interpay-besluit, punt 141.

94 Idem, noot 86, horend bij tekst punt 141.

95 Idem, punt 142.

96 Dit is, met respect, een toch wel erg vereenvoudigende voorstelling van de zgn. *Return on Invested Capital*-maatstaf, waarover verder meer.

97 Interpay-besluit, punt 143.

98 Idem, punt 149.

99 Idem, punt 146.

100 Kosten- en rendementsonderzoek verricht door onderzoeksbureau Mazars in opdracht van de d-g NMa.

101 Interpay-besluit, punt 154. Met uitsluiting evenwel van de niet door Interpay, maar 'door de banken gemaakte autorisatiekosten (kosten die de banken waarbij de kaarthouders een rekening hebben maken voor het autoriseren van pinbetalingen)', idem, punt 165 en 172.

102 Idem, punt 162. Zie voor meer bijzonderheden over het kostenonderzoek, punten 153-162.

Ter bepaling van het normrendement, 'het rendement dat ten minste moet worden gehaald om aan de rendementseisen van de vermogensverschaffers op de kapitaalmarkt te voldoen', laat de *Weighted Average Cost of Capital* toe de vermogenskostenvoet te bepalen, 'het gewogen gemiddelde van de rendements- en rente-eisen die de kapitaalmarkt stelt met betrekking tot geïnvesteerd eigen, respectievelijk, vreemd vermogen'.<sup>103</sup> Deze bevat 'gewogen naar het relatieve aandeel van de respectievelijke vermogenscomponenten, een vergoeding voor de kosten van het eigen vermogen en van het vreemd vermogen [en houdt] rekening met bedrijfs- en sectorspecifieke risicofactoren'.<sup>104</sup>

Daarbij onderschrijft de d-g NMa de door Mazars gehanteerde WACC-formule:  $(Rev \times (EV/TV) + R_{vv} \times (VV/TV) \times (1-T))^{105}$ , opgebouwd aan de hand van twee algemene parameters: risicovrije interestvoet ( $R_f$ )<sup>106</sup> en marktrisicopremie ( $R_m - R_f$ )<sup>107</sup> en een reeks onderneming-specifieke parameters: maatstaf voor het individuele risico ( $\beta$ );<sup>108</sup> marktwaarde van het eigen vermogen van de onderneming ( $EV$ ); marktwaarde van het vreemd vermogen van de onderneming ten opzichte van de totale marktwaarde van de onderneming ( $VV/TV$ ); de marginale voet van (vennootschaps)belasting voor de onderneming ( $T$ ) en de risicopslag vreemd vermogen ( $R_o$ ).<sup>109</sup>

De door Mazars gemaakte, en door de d-g NMa onderschreven berekeningen, leiden uiteindelijk tot (pre-tax) normrendementen van 12,6% in 1998, 12,5% in 1999, 13,9% in 2000, 13,0% in 2001, en een gemiddelde van 13,0%.<sup>110</sup>

Voor de beoordeling van het door Interpay gerealiseerde rendement, bouwt de d-g NMa voort op de door Mazars gehanteerde *Return on Invested Capital (ROIC)*-methode en formule. De ROIC is daarbij gelijk 'aan het unlevered bedrijfsresultaat<sup>111</sup> dat aan de activiteiten kan worden toegerekend – ook wel aangeduid met *Net Operating Profit Less Adjusted Taxes (NOPLAT)*<sup>112</sup> – gedeeld door het geïnvesteerde vermogen<sup>113</sup> dat aan de operationele activiteit toegerekend kan worden'.<sup>114</sup> Voor de periode 1998-2001, leidt dit tot een (gemiddeld)<sup>115</sup> gerealiseerd rendement van 130,1% (pre-tax) en 84,5% (post-tax).

De uiteindelijke vergelijking van (pre-tax WACC) norm- en (post-tax ROIC) gerealiseerde rendement brengt zowel Mazars als de d-g NMa<sup>116</sup> tot het besluit dat sprake is van 'excessieve rendementen'.<sup>117</sup> Waar de kosten door Interpay weliswaar 'op een bedrijfseconomisch acceptabele wijze zijn toegerekend aan de netwerkdiensten voor pintransacties', maken dergelijke excessieve rendementen duidelijk dat er 'een te grote disproportie bestaat tussen de werkelijk gemaakte aan de netwerkdiensten voor pintransacties toerekenbare kosten en het werkelijk gevraagd tarief voor netwerkdiensten voor pintransacties. De door Interpay [in de periode 1 januari 1998 tot en met 31 december 2001] gehanteerde tarieven hebben dan ook een buitensporig karakter [...], zijn gezien de hoogte van het gerealiseer-

de rendement [...] als evident onbillijk aan te merken'<sup>118</sup> en dus een overtreding van artikel 24 eerste lid Mw.

## De boete

Wat de berekening van de artikel 24-boete betreft, past het besluit keurig de Richtsnoeren boetetoemeting toe; er wordt rekening gehouden met de ernst en de duur van de overtreding voor het bepalen van de basisboete<sup>119</sup> en nagegaan of er aanleiding is tot bijstelling als gevolg van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden.<sup>120</sup> De vermenigvuldiging van het boetegrondslagbedrag

103 Idem, punt 173.

104 Idem, punt 144.

105 Waarbij:  $Rev$  (Rendement eigen vermogen) =  $R_f + \beta \times (R_m - R_f)$  en  $R_{vv}$  (Rendementen vreemd vermogen) =  $R_f + R_o$

106 Gebaseerd op het effectieve rendement op staatsobligaties (punt 177).

107 Afhankelijk van de mate waarin een bepaalde ondernemingsactiviteit (systematisch) risico loopt (punt 178); bestaat uit het rendement over een optimaal gediversifieerde portefeuille, samengesteld uit alle mogelijke, wereldwijd beschikbare beleggingen verminderd met de risicovrije rente. Daarbij worden aandelenindices over het algemeen als substituuut voor de beleggingen gebruikt (punt 184).

108 Mate waarin de onderneming of sector meer of minder risicovol is dan de aandelenmarkt als geheel. Een  $\beta$  van 1 betekent dat het risico gelijk is aan de aandelenmarkt als geheel. Een  $\beta$  van 0 impliceert dat er geen marktrisico is en dat de vergoeding gelijk kan zijn aan het rendement op staatsobligaties (punt 187 en noot 128).

109 Opslag afhankelijk van de credit-rating van een onderneming (punt 177). Opslag die verstrekkers van vreemd vermogen vragen ter dekking van het risico van geen of te late betaling van rente en aflossing; varieert per (type) onderneming en is mede afhankelijk van de omvang van de onderneming, van de vermogensverhouding en de te stellen zekerheden (punt 192). Afgeleid van de gemiddelde kredietwaardigheid van de beschouwde bedrijfstak (punt 193).

110 Interpay-besluit, punt 201. Zie voor alle daaraan voorafgaande, voor een eenvoudige jurist onmogelijk samen te vatten stappen, punten 177-198.

111 Bedrijfsresultaat waarbij het uitgangspunt is dat de onderneming volledig met eigen vermogen wordt gefinancierd, dus een bedrijfsresultaat waarin geen rekening wordt gehouden met de zogenaamde *leverage* die optreedt wanneer een onderneming zich financiert (sic) met vreemd vermogen, noot 142, horend bij punt 202.

112 Resultaat voor vennootschapsbelasting – rente – vennootschapsbelasting (kader punt 203); bedrijfsresultaat voor inkomstenbelastingen, het zogenaamde operationele resultaat (ook wel aangeduid als *Earnings Before Interest and Taxes (EBIT)*), verminderd met de belasting die over EBIT betaald zou moeten worden als de onderneming volledig met eigen vermogen gefinancierd zou zijn (punt 204).

113 Het kapitaal dat is geïnvesteerd in de operationele werkzaamheden van de onderneming (punt 205).

114 Interpay-besluit, punt 202.

115 De jaarlijkse rendementscijfers zijn als betrouwbaar aangemerkt in het (Openbaar) Besluit.

116 Interpay-besluit, punt 216. Zonder het navolgen van deze Mazars-appellen-en-peren-vergelijking echt overtuigend te onderbouwen. De op zich correcte overweging, dat zulks 'ten gunste van Interpay uitwerkt', volstaat hiertoe toch echt niet.

117 Idem, punt 219. Gedurende de hele onderzoeksperiode van vier jaar, en voor ieder jaar afzonderlijk vijf- tot zevenmaal boven het normrendement.

118 Idem, punten 218-220 (Tussenconclusie). Cf. ook punten 243-245 (Conclusie).

119 Idem, punten 305-313.

120 Idem, punten 314-315, in casu niet.



21.725.000<sup>121</sup> met rekenfactor 2,<sup>122</sup> geeft een initiële basisboete van 43.450.000 euro. Omdat deze 'overeenkomstig de Richtsnoeren boetetoemeting op te leggen boete het boetemaximum van artikel 57 Mw' overschrijdt, is bijstelling nodig, tot in casu 'het maximale bedrag dat artikel 57 Mw voorschrijft, namelijk op 10% van de omzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande beschikking' (concreet: 30.183.000 euro), waarna tot slot nog onderzocht wordt of dit tot evidente onbillijkheid leidt.<sup>123</sup>

Eigenaardig en mijns inziens moeilijk verklaarbaar, is dat de artikel 6 Mw-inbreuk aan de ouders-banken wordt toegerekend, omdat Interpay, als zogenoemde coöperatieve GO, niet alle functies van een zelfstandige economische eenheid vervult,<sup>124</sup> terwijl in de artikel 24 Mw-context de 'stelling van Interpay dat voor de toerekenbaarheid en het opleggen van boetes [zij] dient te worden vergeleken met een dochteronderneming waarvan het inbreukmakend beleid is bepaald door de aandeelhoudende banken als moederondernemingen, niet [kan] worden aanvaard [en] de d-g NMa geen aanleiding [ziet] de overtreding aan de aandeelhoudende banken toe te rekenen'.<sup>125</sup> Wordt ongetwijfeld vervolgd ...

---

121 10% van afgeronde betrokken omzet van 217.258.623 euro in Nederland gerealiseerd met netwerkdiensten voor pintransacties in de periode 1 januari 1998-31 december 2001, idem, punten 310-312.

122 Omdat het om een zeer zware overtreding gaat.

123 Interpay-besluit, punt 318, in casu niet.

124 Zie hiervoor opnieuw, supra.

125 Interpay-besluit, punt 269.