

Advies in zaak 2910, Interpay

Subcommissie van de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet bestaande uit: mr. M.C.M. van Dijk (voorzitter), prof. dr. E.E.C. van Damme en prof. mr. J. Borgesius. De subcommissie werd bijgestaan door dr. J.F. Appeldoorn (secretaris).

1. Inleiding en procedure

1. Bij besluit van 28 april 2004 in zaaknummer 2910 (hierna: het besluit) stelde de directeur-generaal van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: d-g NMa) vast dat ABN AMRO Bank N.V. (hierna: ABN AMRO), Coöperatieve Centrale Raiffeisen-Boerenleenbank B.A. (hierna: Rabobank), ING Bank N.V. (hierna: ING), Fortis Bank (Nederland) N.V. (hierna: Fortis), SNS Bank N.V. (hierna: SNS), F. Van Lanschot Bankiers N.V. (hierna: Van Lanschot), Friesland Bank N.V. (hierna: Friesland Bank) en Bank Nederlandse Gemeenten (hierna: BNG) een inbreuk hebben gemaakt op artikel 6(1) Mededingingswet (hierna: Mw), alsmede dat Interpay Nederland B.V. en Interpay BeaNNet B.V. artikel 24(1) Mw hebben overtreden.
2. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 6, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa boetes opgelegd aan de hierboven daarbij genoemde partijen.
3. Op grond van de vastgestelde overtreding van artikel 24, eerste lid, Mw heeft de d-g NMa een boete opgelegd aan Interpay Nederland B.V. (hierna: Interpay).
4. Tegen het bestreden besluit werden volgens onderstaand schema pro-forma bezwaarschriften alsmede aanvullende gronden ingediend.

	Pro-forma	Aanvullende gronden	Gemachtigde(n)
ABN	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. J.J. Allen
			Mr. C.M.H.M Kneepkens
			Mr. H.M.H. Speyart
Rabobank	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. T.M. Snoep
			Mr. M.N.A. Ebben
ING	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. O.W. Brouwer
			Mr. M.J. Koomen
			Mr. P.J. Kreijger
Fortis	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. A.A. Donia
SNS	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. T.R. Ottervanger
			Mr. drs. J.E. Janssen
			Mr. I. Veldhuis
Van Lanschot	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. A.A. Donia
Friesland Bank	9 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. A.A. Donia
BNG	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. A.A. Donia
Interpay	8 juni 2004	14 sept. 2004	Mr. J.C.M. van der Beek
			Mr. M. de Koning

5. Bij brief van 17 augustus 2004 werd aan de partijen en de zaakbehandelaars bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit medegedeeld dat op 10 november 2004 een

hoorzitting zou plaatsvinden door de Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet (hierna: Adviescommissie). Op 10 november 2004 vond deze hoorzitting plaats waarbij de partijen en vertegenwoordigers van de NMa werden gehoord door de subcommissie van de Adviescommissie bestaande uit: mr. M.C.M. van Dijk (voorzitter), prof. dr. E.E.C. van Damme en prof. mr. J. Borgesius. De subcommissie werd bijgestaan door dr. J.F. Appeldoorn (secretaris).

6. Het verslag van de hoorzitting werd op 17 maart 2005 aan partijen rondgestuurd.

2. Bestreden besluit

7. Het bestreden besluit is als bijlage aan dit advies gehecht.

3. Bezwaren en beoordeling

Algemeen

8. Op basis van het besluit, het aan de Adviescommissie ter beschikking gestelde dossier, de bezwaarschriften van partijen, alsmede naar aanleiding van hetgeen ter hoorzitting mondeling naar voren is gebracht namens partijen en de d-g NMa, zoals neergelegd in het verslag en de bijlagen en overgelegd aan partijen en de d-g NMa, bespreekt en beoordeelt de Adviescommissie de hiernavolgende onderdelen. Voor de volledige weergave van de standpunten verwijst de Adviescommissie naar genoemde documenten.
9. Ten aanzien van de feiten en de gedragingen van partijen op basis waarvan hierna beoordeling van de ingebrachte bezwaren plaatsvindt, wordt uitgegaan van de weergave daarvan zoals opgenomen in het besluit, voor zover niet of niet gemotiveerd bestreden door partijen of de Adviescommissie anders uit de onderliggende stukken is gebleken.
10. Ten aanzien van de ingebrachte bezwaren stelt de Adviescommissie vast dat de bezwaarschriften van Van Lanschot, Friesland Bank, Fortis, en BNG nagenoeg gelijk zijn.¹ Daarenboven zijn ook de overige bezwaarschriften op veel onderdelen inhoudelijk aan elkaar gelijk te stellen. Zoals ter hoorzitting medegedeeld volstaat de Adviescommissie met het bespreken van de bezwaren, zonder dat steeds wordt vermeld op welke wijze dit in alle bezwaarschriften naar voren is gebracht. Bezwaarden dienen derhalve de beoordeling van de Adviescommissie mede ten aanzien van het door hen ingebrachte bezwaarschrift te lezen, ook al worden zij niet steeds uitdrukkelijk daarbij genoemd. Waar bezwaarden als enigen iets naar voren brengen, wordt dit uitdrukkelijk vermeld.

¹ De bezwaarschriften van van Lanschot, Friesland Bank en BNG bevatten allen dezelfde tekst met uitzondering van het steeds geïndividualiseerde bezwaar ten aanzien van de hoogte van de opgelegde boete. Het bezwaarschrift van Fortis is enkel afwijkend van deze drie doordat in nr. 67 drie regels zijn weggefallen. Het bezwaarschrift van BNG is enkel afwijkend van genoemde drie bezwaarschriften vanwege het bij de anderen afwezige bezwaar aangaande de kwalificatie als onderneming in de zin van art. 1 sub f Mw.

Marktafbakening – algemeen

Beoordeling

11. De d-g NMa heeft bij brief van 25 oktober 2004² aangekondigd nader onderzoek te willen doen naar de afbakening van de relevante markt. De Adviescommissie kan deze aankondiging niet anders interpreteren dan als een mededeling van de d-g NMa dat de huidige motivering in zijn besluit de slotsom aangaande de marktafbakening niet kan dragen. Daar de d-g NMa niet heeft gemeend zijn besluit gelijktijdig aan het verwerven van dit inzicht te moeten intrekken, kan de Adviescommissie niet anders concluderen dan dat de bezwaren van partijen ten aanzien van de marktafbakening gegrond moeten worden verklaard. Niettegenstaande dit feit acht de Adviescommissie het wenselijk ten aanzien van de huidige motivering haar oordeel over de bezwaren uit te spreken.

Marktafbakening

12. Partijen maken bezwaar tegen de afbakening van de relevante markt in het besluit.³ Zij betogen dat deze markt te eng is afgebakend⁴ alsmede dat deze niet is beperkt tot Nederland.⁵

13. De d-g NMa concludeert dat de relevante markt wordt gevormd door de markt voor netwerkdiensten voor pintransacties in Nederland.⁶

Beoordeling

14. In het rapport van de d-g NMa⁷ (hierna: het rapport) wordt reeds tot de in randnummer 13 van dit advies vermelde marktafbakening geconcludeerd.⁸ De d-g NMa heeft daarbij onder meer gebruik gemaakt van de zgn. SSNIP-test. Na kennisname van het rapport hebben partijen onderzoek naar deze marktafbakening laten doen.⁹ In het onderzoek wordt gepoogd aan te tonen dat voor de consument het betalen met contant geld een substituuat vormt voor het betalen met een pinpas.¹⁰ Dientengevolge zou op grond van een SSNIP-test de markt ruimer moeten worden afgebakend, daar verscheidene toonbankbetaalmiddelen tot elkaar in concurrentie staan. In het besluit verwerpt de d-g NMa vervolgens de SSNIP-test, daar deze vanwege het gevaar van een *cellophane fallacy* i.c. niet bruikbaar zou zijn.¹¹ Daarmee zou het onderzoek van OXERA i.c. geen waarde meer hebben.¹² Vervolgens blijft de d-g NMa bij de in het rapport vastgestelde marktafbakening “op basis van het rapport (...) en met in achtname van de zienswijzen van partijen”.¹³

15. De Adviescommissie acht daarmee het besluit op dit punt onvoldoende gemotiveerd en in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel tot stand gekomen. Naar het oordeel van

² # 2910/767.

³ Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 3 van de aanvullende gronden van Interpay.

⁴ Zie vn. 3.

⁵ Zie rn. 137-141 van de aanvullende gronden van ABN.

⁶ Rn. 83 van het besluit.

⁷ Rapport van de d-g NMa als bedoeld in art. 59 Mw, # 2910/486.

⁸ Rn. 58 van het rapport.

⁹ OXERA Consulting Ltd, “Economische analyse van de marktpositie van Interpay”, Bijlage 1 bij Zienswijze Interpay n.a.v. het rapport, # 2910/575.

¹⁰ Zie figuur 3.2. op p. 38 van het rapport genoemd in vn. 9.

¹¹ Rn. 60 van het besluit.

¹² Rn. 77 van het besluit (daarin zal bedoeld zijn “3.3.3.” i.p.v. “3.2.3.”)

¹³ Rn. 29 besluit.

de Adviescommissie is de marktafbakening in het rapport voor het overgrote deel gegrondvest op de SSNIP-test, overeenkomstig de beleidsregels van de Europese Commissie.¹⁴ Nu partijen naar het oordeel van de Adviescommissie aannemelijk hebben gemaakt dat aan een juiste toepassing van de SSNIP-test tijdens de d-g NMa redelijkerwijs te twijfelen is¹⁵, is het aan de d-g NMa om, in het geval hij niet van de in het rapport vastgestelde slotsom wenst af te wijken, in het besluit ófwel deze twijfel weg te nemen, ófwel op een andere wijze tot een marktafbakening te komen die de alsdan vastgestelde slotsom kan dragen. Een nalaten dienaangaande kan niet anders dan tot de slotsom leiden dat aan de eisen met betrekking tot de aanvaardbaarheid van de uit de argumentatie blijkende kwalificatie van de feiten niet is voldaan. In het onderhavige geval verklaart de d-g NMa in het besluit echter de SSNIP-test ongeschikt zonder een andere wijze van het afbakenen van de markt daarvoor in de plaats te stellen, zodat voor bezwaarde uit het besluit niet duidelijk is op te maken op grond waarvan de d-g NMa vasthoudt aan zijn in het rapport reeds getrokken conclusie. Dit klemt te meer, daar de d-g NMa met het verwerpen van de SSNIP-test ook het onderzoek in opdracht van partijen thans ongeschikt acht, zodat het wegnemen van de twijfel aan een juiste toepassing van de SSNIP-test niet geschiedt, terwijl door de verwijzing naar het rapport in m. 29 van het besluit de d-g NMa zijn conclusie toch ook op het rapport wil doen steunen.

16. Mitsdien kan het besluit niet in stand blijven. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa bij de volledige heroverweging van het primaire besluit rekening te houden met het navolgende.

Interpay (overtreding artikel 24 Mw)

Vooringenomenheid d-g NMa

17. Interpay stelt dat de d-g NMa in deze onzorgvuldig heeft gehandeld door in strijd met art. 2:4 Awb reeds voor het uitbrengen van het rapport mededingingsrechtelijke bezwaren ten aanzien van Interpay kenbaar te maken.¹⁶

Beoordeling

18. Naar het oordeel van de Adviescommissie geven de in deze zaak uitgebrachte persberichten geen blijk van enige vooringenomenheid tijdens de d-g NMa.¹⁷ Voor zover Interpay doelt op berichten in de landelijke pers wijst de Adviescommissie erop dat deze niet onder de verantwoordelijkheid van de d-g NMa tot stand zijn gekomen en derhalve hier geen rol spelen. Het bezwaar faalt derhalve.

Innerlijke tegenstrijdigheid

19. Interpay meent dat het besluit een "ernstige inconsistentie" bevat, waardoor het als innerlijk tegenstrijdig moet worden gekenschetst. De inconsistentie zou eruit bestaan dat de d-g NMa enerzijds de banken kartelvorming verwijt waarbij Interpay niet als zelfstandige economische eenheid wordt gezien, terwijl de d-g NMa anderzijds

¹⁴ Bekendmaking inzake de definitie van de relevante markt, Pb EG 1997 C 372, p. 5.

¹⁵ Ook al wordt hier verder niet inhoudelijk op de marktafbakening ingegaan, is het in vn. 10 van dit advies genoemde figuur 3.2. toch al in staat om de houdbaarheid van een juiste toepassing van de SSNIP-test door de d-g NMa van vraagtekens te voorzien.

¹⁶ Rn. 243-244 van de aanvullende gronden van Interpay.

¹⁷ Persberichten van 28 februari 2002, 24 juni 2002 en 17 april 2003.

Interpay het verwijt maakt misbruik van haar economische machtspositie te maken, waarbij Interpay dan wél een economisch zelfstandige eenheid zou zijn.¹⁸

Beoordeling

20. Voor de juistheid van de stelling van Interpay is het noodzakelijk dat de term “zelfstandige economische eenheid” bij het kartelverbod dezelfde lading heeft als bij het verbod op misbruik van een economische machtspositie. Anders dan Interpay meent is echter van een dergelijke normatieve gelijkschakeling in het mededingingsrecht tot op heden geen sprake.¹⁹

21. Doordat deze normatieve gelijkschakeling er niet is, staat het de d-g NMa vrij om enerzijds de uitschakeling van de onderlinge concurrentie op de markt voor netwerkdiensten voor pintransacties door de banken vast te stellen op grond van art. 6 Mw, terwijl anderzijds Interpay een verwijt op grond van art. 24 Mw wordt gemaakt dat eruit bestaat dat aan de door de afwezigheid van enige concurrentie ontstane machtspositie van Interpay vervolgens op anticompetitieve wijze gestalte wordt gegeven.

22. Het bezwaar faalt derhalve.

Vaststelling machtspositie

Beoordeling

23. Gezien haar conclusie aangaande de marktafbakening meent de Adviescommissie dat de grond is ontvallen aan de vaststelling van de marktaandelen en de mogelijke machtsposities in het bestreden besluit en behoeven de bezwaren dienaangaande geen behandeling meer.

Misbruik – algemeen

Beoordeling

24. De d-g NMa heeft bij brief van 25 oktober 2004²⁰ aangekondigd nader onderzoek te willen ten aanzien van de beoordeling op grond van art. 24 Mw. De Adviescommissie kan deze aankondiging niet anders interpreteren dan als een mededeling van de d-g NMa dat de huidige motivering in zijn besluit de slotsom aangaande de overtreding van art. 24 Mw niet kan dragen. Daar de d-g NMa niet heeft gemeend zijn besluit gelijktijdig aan het verwerven van dit inzicht te moeten intrekken, kan de Adviescommissie niet anders concluderen dan dat de bezwaren van partijen ten aanzien van het constateren van misbruik gegrond moeten worden verklaard. Niettegenstaande dit feit acht de Adviescommissie het wenselijk ten aanzien van de huidige motivering haar oordeel over de bezwaren uit te spreken.

Misbruik – methodiek

25. Interpay poogt een aantal gebreken aan te tonen in de door de d-g NMa gehanteerde WACC methode ter bepaling van het normrendement.²¹ Daarnaast stelt Interpay dat de door de d-g NMa gehanteerde methodiek niet geschikt is om achteraf vast te stellen of sprake is geweest van excessieve rendementen.²²

¹⁸ Rn. 107 en 264-268 van de aanvullende gronden van Interpay.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld R. Whish, *Competition law*, 5th Ed., London, 2003, p. 88-89.

²⁰ #2910/767.

²¹ Rn. 158-163 van de aanvullende gronden van Interpay.

²² Rn. 164-176 en rn. 210-233 van de aanvullende gronden van Interpay.

Beoordeling

26. Na kennisneming van het rapport heeft Interpay de bevindingen van de d-g NMa terzake laten onderzoeken.²³ De resultaten van dit onderzoek zijn naar het oordeel van de Adviescommissie van dien aard dat zij ernstige twijfel laten bestaan aan de juistheid van de door de d-g NMa gebezigde methode. Deze twijfels worden in het besluit niet weggenomen.
27. In het besluit wordt eerst de indruk gewekt dat het OXERA rapport slechts kanttekeningen plaatst bij de door de d-g NMa gevolgde methode en dat deze vanwege hun geringe omvang geen verschil maken. Vervolgens merkt de d-g NMa op dat de methode van OXERA tot een rendement van meer dan % per jaar zou leiden.²⁴
28. Vervolgens wordt het OXERA rapport door de d-g NMa terzijde geschoven op de grond dat eventuele onzorgvuldigheden in het door de d-g NMa ingestelde onderzoek “steeds ten voordele van Interpay/BeaNet zijn gedaan en derhalve ten gunste van Interpay/BeaNet uitvallen”.²⁵ Daarbij wordt in de bijbehorende voetnoten vermeld dat het rendement berekend volgens de methode van OXERA nog steeds excessief zou zijn.²⁶ De d-g NMa neemt bij zijn beoordeling als uitgangspunt dat sprake is van een excessief tarief indien het tarief in een excessieve verhouding staat tot de kosten.²⁷ Als toets voor excessiviteit gaat de d-g NMa na of het gerealiseerde rendement (preciezer: de ROIC) duurzaam aanzienlijk hoger ligt dan het normrendement, de WACC.²⁸ Partijen hebben betoogd dat de methode die de d-g NMa gebruikt ongeschikt is en een onjuist beeld geeft van het gerealiseerde rendement. Bij een investeringsproject, zoals pin gezien kan worden, worden de kosten vooral in de initiële fase gemaakt, terwijl de opbrengsten in de latere jaren gerealiseerd worden. In het onderhavige geval hebben banken sinds 1989 in pin geïnvesteerd; de NMa beperkt zijn analyse echter tot de periode 1998-2001. Het gevolg is dat in de analyse van de d-g NMa de initiële kosten buiten beeld blijven. Indien men het rendement van het project bekijkt over de gehele looptijd van het project, bijvoorbeeld via de gebruikelijke IRR-methode, dan volgt een rendement van maximaal % (zonder autorisatiekosten). Dit is niet veel hoger dan het door de d-g NMa berekende gemiddelde normrendement van 13%.²⁹
29. Uit het bovenstaande volgt dat de conclusie die de d-g NMa trekt in randnummer 230 van het besluit niet terecht is en dat de bezwaren van partijen op dit punt gehonoreerd dienen te worden.
30. Gelet op het voorgaande kunnen de bezwaren met betrekking tot de exacte hoogte van de rendementen berekend volgens de door de d-g NMa gehanteerde methodes hier verder buiten beschouwing blijven.
31. De bezwaren dienen op dit punt dan ook gegrond te worden verklaard.

²³ OXERA Consulting Ltd, “Profitability assessment in the context of the NMa investigation”, Bijlage 5 bij zienswijze Interpay n.a.v. het rapport, # 2910/575.

²⁴ Rn. 240, laatste zin van het besluit.

²⁵ Rn. 209 van het besluit.

²⁶ Voetnoten 143-145 van het besluit. Deze redenering keert terug in rn. 217 van het besluit.

²⁷ Zie rn. 141 van het besluit.

²⁸ Zie rn. 146 van het besluit.

²⁹ Zie rn. 201 van het besluit.

Misbruik – Autorisatiekosten

32. Interpay stelt zich op het standpunt dat bij de berekening van de kosten van Interpay de zogenaamde autorisatiekosten hadden moeten worden meegewogen.³⁰

33. De d-g NMa meent dat de autorisatiekosten geen onderdeel van de kostprijs vormen.³¹

34. 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. Partijen stellen zich op het standpunt dat zij de afspraak hebben gemaakt dat Interpay deze autorisatiekosten aan de banken zou vergoeden. De NMa stelt dat uit de door partijen overgelegde stukken deze afspraak niet duidelijk blijkt.³²

Beoordeling

35. Met behulp van de verklaring bijgevoegd als bijlage 8 bij de aanvullende gronden van Interpay wordt naar de mening van de Adviescommissie voldoende aannemelijk gemaakt dat de banken deze afspraak hebben gemaakt. Het bezwaar slaagt derhalve.

36. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa in zijn beslissing op bezwaar de autorisatiekosten mee te wegen in zijn berekening.

Misbruik – Periode onderzoek van rendementen

37. Interpay verwijt de d-g NMa een te korte periode te hebben genomen waarbinnen de rendementen zijn onderzocht. Interpay wenst ook de periode vanaf 1989 hierbij te betrekken.³³

38. De d-g NMa neemt 1 januari 1998 als beginpunt, omdat de Mededingingswet op die datum in werking is getreden en de d-g NMa geen bevoegdheid heeft om overtredingen in de periode voorafgaand aan 1 januari 1998 te sanctioneren. De stelling van Interpay dat hierdoor een incorrect beeld zou ontstaan aangaande het excessieve rendement wordt door de d-g NMa bestreden door te stellen dat op 1 januari 1998 de aanloopverliezen door Interpay reeds waren terugverdiend.

39. Interpay stelt hier tegenover dat het terugverdienen nog niet betekent dat er enig positief rendement is gemaakt in die periode, waardoor voor de investeerders in Interpay het moment waarop de aanloopverliezen zijn terugverdiend niet het moment is waarop een positief rendement op de gehele investering ontstaat.³⁴

Beoordeling

40. Naar de mening van de Adviescommissie slaagt dit bezwaar. Ook al heeft de inwerkingtreding van de Mededingingswet op 1 januari 1998 voor de d-g NMa tot gevolg dat hij niet bevoegd is overtredingen van vóór die datum te sanctioneren, laat dit onverlet dat het onderzoek naar een vermeend excessief rendement zich mede over die voorgaande periode uitstrekt. De stelling van de d-g NMa is enkel juist in die zin dat overtredingen waarmee reeds vóór de datum van inwerkingtreding van de

³⁰ Rn. 138-157 van de aanvullende gronden van Interpay. Voor een uitgebreide feitelijke weergave aangaande deze kosten zie ook par. 2 van de aanvullende gronden van Rabobank.

³¹ Rn. 163-172 van het besluit.

³² Rn. 166 van het besluit.

³³ Rn. 195 van de aanvullende gronden van Interpay.

³⁴ Rn. 199 van de aanvullende gronden van Interpay.

Mededingingswet een aanvang is gemaakt, slechts kunnen worden beboet voor de periode dat de onderneming dit gedrag ná 1 januari 1998 heeft voortgezet.

41. Daar het onderzoek van de d-g NMa naar het vermeende excessieve rendement de vraag tot uitgangspunt neemt in hoeverre de kapitaalverschaffers bovenmatig zijn gecompenseerd voor het door hen geïnvesteerde vermogen³⁵, heeft het vaststellen van het moment waarop een onderneming eventueel geleden aanloopverliezen heeft terugverdiend geen waarde voor deze mededingingsrechtelijke analyse, anders dan dat op dat moment de kapitaalverschaffers een absoluut rendement van 0% op het door hen geïnvesteerde kapitaal zullen hebben gemaakt. Het laten beginnen van de onderzoeksperiode op dat moment zou echter geen rekening houden met het door de kapitaalverschaffers in de voorafgaande periode genomen risico. Daar een na dit moment genoten rendement ook als compensatie voor dat risico moet worden gezien, kan de d-g NMa de periode gelegen vóór het ‘break-even’ punt bezwaarlijk buiten de rendementsanalyse laten.

Misbruik – Internationale tariefsvergelijking

Beoordeling

42. Een aanvullende motivering aangaande het excessieve rendement had de d-g NMa wellicht kunnen ontleen aan een internationale tariefsvergelijking. De d-g NMa heeft hier echter van afgezien, ondanks de aansporing daartoe van partijen³⁶, om de volgende redenen. Ten eerste omdat dit niet vereist is, ten tweede omdat die methode vanwege de afbakening van de relevante markt waarbij i.c. Nederland als geografische markt is bepaald, ongeschikt is en ten derde omdat dit volgens de d-g NMa “tevens bezwaarlijk kan zijn omdat geenszins de mogelijkheid kan worden uitgesloten dat zij [buitenlandse equivalenten van Interpay, BAC] eveneens bovencompetitieve tarieven hanteren”.³⁷
43. Ten aanzien van dit laatste argument merkt de Adviescommissie op dat het aanvaarden van dit risico door de d-g NMa op gespannen voet staat met de onschuldpresumptie die hij ten aanzien van buitenlandse aanbieders van netwerkdiensten voor pintransacties zou dienen te hanteren. Het afwijzen van een internationale tariefsvergelijking bij een onderzoek naar misbruik in de eigen lidstaat op grond van niet meer dan een vermoeden acht de Adviescommissie niet passend, te meer daar het vermoeden van de d-g NMa enkel op bevindingen in de eigen lidstaat kan zijn gefundeerd.
44. Ten aanzien van het tweede argument is de Adviescommissie niet bij machte in te zien hoe de afbakening van de relevante markt een rol kan spelen bij de vraag of een internationale tariefsvergelijking het geëigende middel is om een excessief rendement te onderzoeken. Al naar gelang de relevante markt is afgebakend heeft dit enkel tot gevolg dat een internationale tariefsvergelijking ondernemingen omvat die al of niet elkaars concurrenten zijn. Die vaststelling is i.c. niet relevant.

³⁵ Rn. 146 van het besluit.

³⁶ Rn. 223 van het besluit.

³⁷ Rn. 226 van het besluit.

45. Ten aanzien van de eerste reden heeft de d-g NMa het gelijk aan zijn zijde: de Europese jurisprudentie noopt niet tot het doorvoeren van een internationale tariefsvergelijking.
46. Nochtans kan met die conclusie in de ogen van de Adviescommissie niet worden volstaan nu de d-g NMa na het formuleren van een slotsom op basis van een onderzoek naar de verhouding tussen de kostprijs en de vraagprijs heeft nagelaten te bepalen of ófwel deze vraagprijs op zichzelf beschouwd onredelijk is dan wel onredelijk moet worden geacht in verhouding tot de door vergelijkbare ondernemingen gehanteerde vraagprijzen.³⁸
47. De op zichzelf geoorloofde keuze een internationale tariefsvergelijking na te laten roept derhalve voor de d-g NMa de verplichting in het leven te onderzoeken of de vraagprijs op zichzelf beschouwd onredelijk is.
48. Daar het besluit dienaangaande zwijgt, is de slotsom aangaande het excessieve karakter van de door Interpay gehanteerde prijs onvoldoende gemotiveerd.

Rente

49. Interpay is van mening dat de d-g NMa ten onrechte rente laat berekenen over de opgelegde boete.
50. De d-g NMa neemt in het onderhavige besluit geen specifiek standpunt in; het bezwaar richt zich tegen de 'standaardtekst' in het dictum.

Beoordeling

51. Art. 67(2) Mw bepaalt dat vanaf 13 weken na inwerkingtreding van het besluit rente verschuldigd is. Voor de periode gelegen tussen de bekendmaking en het instellen van bezwaar regelt art. 63(1) Mw dat de werking van een sanctiebeschikking wordt opgeschort totdat de beroepstermijn is verstreken. Nu bezwaar is ingesteld, bepaalt art. 63(1) Mw dat daardoor de werking van het besluit (opnieuw) wordt opgeschort. De Adviescommissie is van mening dat de Mededingingswet op dit punt een ambigüiteit bevat. Enerzijds kan worden gezegd dat de schorsende werking van artikel 63(1) Mw moet worden uitgelegd als het tijdelijk wegnemen van de juridische werking van het besluit. Daar een rentevergoeding niets meer is dan een waardering voor de tijdsperiode dat een verplichting nog niet is nagekomen, kan er voordat op het bezwaar is beslist nimmer een dergelijke renteverplichting bestaan, daar hangende die beslissing van een 'onderliggende' verplichting zijdens Interpay geen sprake is.³⁹ Anderzijds kan worden gezegd dat art. 63(1) Mw slechts de werking van het besluit opschort, maar het besluit wel op enig moment in werking is getreden. Zonder dit laatste zou het immers onmogelijk zijn om bezwaar in te stellen, daar slechts bezwaar tegen een besluit kan worden ingesteld, dat in werking is getreden. Met het moment van inwerkingtreding zou dan voor bezwaarde de renteverplichting ontstaan.

52. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa om -nu de bepaling een sanctie betreft- indachtig het beginsel *in dubio pro reo* in het voordeel van bezwaarde te beslissen.

³⁸ Zie zaak 27/76, *United Brands v Commissie*, Jur. 1978, p. 207, r.o. 252.

³⁹ Zie over het evenwicht tussen het uitstel van betaling en het 'afromen' door het berekenen van rente o.m. C.T. Dekker, *Nederlands Mededingingsprocesrecht*, Deventer, 2002, pp. 378-379.

Banken (overtreding art. 6 Mw)

Vertrouwensbeginsel

53. Partijen stellen met een beroep op het vertrouwensbeginsel dat de d-g NMa de bevoegdheid mist in weerwil van de eerder betoonde houding van de Nederlandse overheid toch tot overtreding van de Mededingingswet te concluderen. Ondermeer doen zij daarbij een beroep op het Besluit van de Minister van EZ van 15 maart 1995.⁴⁰

Beoordeling

54. De Adviescommissie acht het bezwaar op dit punt ongegrond. De door ING geciteerde passage in rn. 236 van de aanvullende gronden is onvoldoende in staat om aan te tonen dat de Minister in zijn besluit mede doelt op het in rekening brengen van de kosten voor de dienstverlening door BeaNet. De eerste alinea van dat citaat behelst immers niet meer dan een weergave van een door de banken geuite mening in het kader van een verzoek om ontheffing, hetgeen niet is gelijk te stellen aan een concrete toezegging waar partijen op mochten en nog steeds op mogen vertrouwen van de Minister, ook al heeft deze op dat verzoek in zijn algemeenheid welwillend gereageerd. Rn. 261 van het besluit van de d-g NMa is dan ook, anders dan ING betoogt, niet zinledig.

55. Terzijde wenst de Adviescommissie het volgende op te merken. Uit een notitie van dhr. D. Wessels aan de Raad van Commissarissen van Interpay⁴¹, bestaande uit vertegenwoordigers van de banken, blijkt dat deze op 10 december 1999 is gewaarschuwd voor de mogelijke mededingingsrechtelijke gevolgen van een in die notitie voorgedragen oplossing t.a.v. de autorisatiekosten. Nu Interpay dit risico bij een onderdeel van de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties duidelijk heeft erkend en via de Raad van Commissarissen aan de banken heeft gemeld, wil het de Adviescommissie voorkomen dat aan het positieve besluit van de Minister van EZ van 15 maart 1995 althans intern geen groot vertrouwen werd ontleend.

De banken en art. 6 Mw – Toepassing art. 81 EG

56. De banken maken bezwaar tegen de toetsing van de door hen in BeaNet vormgegeven verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties aan art. 6 Mw. Daarbij worden meerdere argumenten in stelling gebracht. Zo wordt betoogd dat met BeaNet een concentratieve joint venture is opgericht die niet aan art. 6 Mw kan worden getoetst, BeaNet een zelfstandige economische eenheid is, en dat de banken geen partij zijn bij een overeenkomst in de zin van art. 6 Mw.⁴²

Beoordeling

57. Deze bezwaren lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

58. De Adviescommissie acht het van belang deze bezwaren tezamen met de bezwaren aangaande de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG in het besluit op bezwaar, te bespreken.

⁴⁰ Zie o.m. rn. 232-238 van de aanvullende gronden van ING.

⁴¹ De notitie vormt bijlage 6 bij de zienswijze van Interpay n.a.v. het rapport, #2910/575.

⁴² Zie o.m. de hoofdstukken 3 en 4 van de aanvullende gronden van Rabobank.

59. De d-g NMa heeft bij brief van 23 augustus 2004 aangegeven voorshands van mening te zijn dat de artikelen 81 en 82 EG i.c. van toepassing zijn.⁴³
60. De bezwaarden stellen zich op het standpunt dat de d-g NMa deze artikelen niet zonder meer mag toepassen.⁴⁴
61. Dit standpunt dient te worden verworpen. Door art. 3(1) van Verordening 1/2003⁴⁵ is op 1 mei 2004 voor de d-g NMa de verplichting ontstaan bij aanwezigheid van invloed op de tussenstaatse handel het Nederlandse mededingingsrecht enkel nog parallel met het Europese mededingingsrecht toe te passen. Daar volgens Nederlands bestuursrecht het besluit op bezwaar een volledige heroverweging behelst en in de plaats treedt van het primaire besluit, is de beslissing op bezwaar van de d-g NMa volledig aan de norm van art. 3 lid 1 van Verordening 1/2003 onderworpen. Dat art. 81 EG in het primaire besluit niet is toegepast kan daarbij geen argument zijn, daar onder het oude recht de d-g NMa slechts de keuze had, maar niet, zoals thans, de verplichting heeft, het Verdrag bij zijn toetsing te betrekken.
62. Dat enige nationale doctrine aangaande het verlaten van een bestuursrechtelijke grondslag aan de werking van een Verordening niet kan afdoen, behoeft geen verder betoog. Terzijde zij opgemerkt dat de d-g NMa in zijn besluit op bezwaar *ex nunc* toetst, dat wil zeggen naar het moment waarop het besluit op bezwaar wordt genomen. Dit besluit kan dus op grond van sinds het primaire besluit gewijzigde rechtsregels worden genomen, waarbij sinds het primaire besluit gewijzigde omstandigheden in acht moeten worden genomen.⁴⁶
63. Naar het oordeel van de Adviescommissie is een effect op de tussenstaatse handel in de onderhavige zaak voorhanden. Door de wijze waarop de verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties i.c. is vormgegeven, wordt het actief worden op de Nederlandse markt voor buitenlandse aanbieders van dergelijke diensten bemoeilijkt, in het bijzonder doordat zij in Nederland niet actief kunnen worden zonder gebruik te maken van de infrastructuur van Interpay. Interpay heeft tijdens de hoorzitting bevestigd dat het in de huidige opzet voor een buitenlandse concurrent moeilijk is op deze markt actief te worden.⁴⁷ ABN erkent ook dat de geografische markt niet tot Nederland is beperkt.⁴⁸
64. De d-g NMa zal in zijn besluit op bezwaar derhalve het Verdrag parallel moeten toepassen aan de Nederlandse Mededingingswet. Gezien de voorrang van het Gemeenschapsrecht zal dit laatste bij de beoordeling tot uitgangspunt moeten worden genomen. Hierdoor vindt een belangrijke verschuiving plaats in het toetsingskader. Waar immers het Nederlandse toetsingskader aangaande gemeenschappelijke ondernemingen enkel aansluit bij Verordening 4064/89⁴⁹, zal de heroverweging van de d-g NMa met inachtneming van Verordening 139/2004 dienen plaats te vinden, met

⁴³ #2910/720.

⁴⁴ De bezwaren variëren van ontoelaatbaarheid tot ontoelaatbaarheid tenzij voorzien van een nadere motivering.

⁴⁵ Verordening 1/2003, Pb EG L 1, p. 1.

⁴⁶ Zie Damen et.al., Bestuursrecht (2), BJU, 2002, p. 161.

⁴⁷ Zie ook de recente Richtsnoeren van de Europese Commissie betreffende het begrip "beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, rn. 85.

⁴⁸ Rn. 137-140 van de aanvullende gronden van ABN; zie ook rn. 59 van de aanvullende gronden van Interpay.

⁴⁹ Verordening 4064/89, Pb EG 1989 L 395, p. 1.

als belangrijkste verschil het niet langer aanwezige onderscheid tussen concentratieve en coöperatieve gemeenschappelijke ondernemingen.⁵⁰ Nu het bezwaar van partijen aangaande de vaststelling van de overtreding van art. 6 Mw voornamelijk op dit onderscheid is gebaseerd, acht de Adviescommissie het niet zinvol hier bij stil te staan, daar de bezwaren van partijen zijn gericht tot een besluit dat na de volledige heroverweging in een ander toetsingskader tot stand zal komen.

BNG geen onderneming in de zin van art. 1 sub f Mw

65. BNG voert aan dat zij geen onderneming is in de zin van art. 1 sub f Mw, zodat haar geen verwijt kan worden gemaakt aangaande een overtreding van art. 6 Mw.⁵¹

66. Met een beroep op de zaak Wouters⁵² stelt BNG dat het uitoefenen van overheidsprerogatieven buiten de sfeer van het economische verkeer valt. BNG erkent pinpassen te hebben uitgegeven, maar stelt dit slechts ter uitoefening van een overheidstaak te hebben gedaan. Hiervoor voert zij aan dat de kaarthouders allen uitkeringsgerechtigden zijn. De handelwijze van BNG zou daarmee op het terrein van de sociale zekerheid liggen, daar zij geen goederen of diensten op een bepaalde markt aanbiedt.

Beoordeling

67. Het bezwaar dient te worden verworpen. Ook al verschilt de positie van BNG in de onderhavige zaak in de ogen van de Adviescommissie inderdaad van die van de overige banken, zo is dit verschil echter uitsluitend gelegen in de hoedanigheid van de pashouders. Dit verschil vermag echter op de markt voor verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties niet weg te nemen, dat BNG een onderneming is. Op die markt speelt het immers geen rol of de bij de detaillisten met een pinpas betalende consumenten deze pas van overheidswege of op grond van een civiele overeenkomst tot hun beschikking hebben. De omstandigheid dat de pashouders van BNG allen uitkeringsgerechtigden zijn ontnemt aan de door de vennootschap gedreven onderneming dan ook geenszins het karakter van onderneming in de zin van art. 1 sub f Mw.

Mededingingsbeperkend effect

68. De banken stellen zich op het standpunt dat een beperking van de mededinging niet is aangetoond.⁵³ Onder verwijzing naar een overgelegd rapport⁵⁴ zijn zij van mening dat individuele verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties door afzonderlijke banken tot hogere kosten voor de detaillist zou hebben geleid. Nu de wijze waarop Interpay de netwerkdiensten heeft verkocht maximaal efficiënt is, is een mededingingsbeperking door de banken niet aan de orde. Ook zou uit het rapport blijken dat individuele verkoop door de banken van netwerkdiensten voor pintransacties de mededinging niet had bevorderd.

Beoordeling

69. Nu de d-g NMa de strekking van de gedragingen van bezwaarden in strijd acht met art. 6 Mw en in de ogen van de d-g NMa de banken de onderlinge concurrentie op de

⁵⁰ Dit verschil werd in het Gemeenschapsrecht reeds afgeschaft bij Verordening 1310/97, Pb EG 1997 L 180, p. 1. Zie ook R. Whish, a.w., p. 808.

⁵¹ Rn. 16 van de aanvullende gronden van BNG.

⁵² Zaak C-309/99, Jur. 2002, p. I-1577.

⁵³ Zie bijvoorbeeld rn. 39-55 van de aanvullende gronden van SNS.

⁵⁴ LECG-D. Spector, *Did direct selling of network services by BeaNet harm the purchasers of these services or economic efficiency?*, 10 september 2004, bijlage 1 bij de aanvullende gronden van SNS.

relevante productmarkt volledig hebben uitgeschakeld, is hij niet genoodzaakt een specifiek mededingingsbeperkend effect aan te tonen.⁵⁵ Wel heeft deze procedurele keuze tot gevolg dat het bezwaarden in de gelegenheid stelt als economisch tegenbewijs een analyse te leveren waar het primaire besluit zwijgt. Daar de Adviescommissie de bevindingen in het aangehaalde rapport van voldoende overtuigingskracht acht om aan te tonen dat een onderlinge concurrentie bij verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties waarschijnlijk niet efficiënter was geweest, kan de Adviescommissie thans niet anders concluderen dan dat de aanwezigheid van een beperkend effect op de mededinging op de markt van verkoop van netwerkdiensten voor pintransacties niet boven gerede twijfel verheven is.⁵⁶ Het bezwaar slaagt derhalve. Wel moet daarbij worden aangetekend dat de Adviescommissie met de d-g NMa van mening is dat de strekking van de gedragingen in kwestie in strijd met art. 6(1) Mw moet worden geacht, daar zij de door partijen doorgevoerde egalisatie van autorisatiekosten als een prijsafsprake kenschetst.

Boete

70. Fortis, Van Lanschot, Friesland Bank, BNG en SNS maken bezwaar tegen de hoogte van de aan hen opgelegde boete, althans tegen de door de d-g NMa gehanteerde indeling in kleine, middelgrote en grote banken die hen onevenredig zwaar zou treffen.⁵⁷

71. De d-g NMa maakt in het besluit een verdeling in grote, middelgrote en kleine banken op basis van de aandeelverhoudingen in Interpay, de dividendverhoudingen en het door de banken verrichte aantal pintransacties aan de kaarthouderzijde.

Beoordeling

72. Met Fortis, Van Lanschot, Friesland Bank, BNG en de d-g NMa⁵⁸ moet worden ingestemd dat de laatste twee criteria inhoudelijk gelijk zijn.⁵⁹

73. Allereerst moet worden vastgesteld dat de bezwaren van Fortis, Van Lanschot, Friesland Bank en BNG vergezeld gaan van cijfermateriaal dat slechts op het jaar 2003 betrekking heeft, terwijl de door de d-g NMa voor de boete gehanteerde omzet de periode van 1 januari 1998 tot en met 31 december 2003 omvat.⁶⁰ De stelling dat het cijfermateriaal voor het resterende deel van die periode niet wezenlijk afwijkt⁶¹, acht de Adviescommissie echter aannemelijk.

74. De Adviescommissie wenst verder op te merken dat de d-g NMa ondanks de aanwezigheid van de Richtsnoeren boetetoemeting grote beleidsvrijheid geniet bij het vaststellen van de boete. Deze beleidsvrijheid kan echter niet afdoen aan de

⁵⁵ Zie rn. 120 van het besluit. Zie ook zaak T-374/94, *European Night Services*, Jur. 1998, p. II-3141.

⁵⁶ De d-g NMa heeft ter hoorzitting verklaard dat ten behoeve van het besluit op bezwaar nader economisch onderzoek zal worden verricht.

⁵⁷ Steeds rn. 63 van de aanvullende gronden van Fortis, van Lanschot en Friesland Bank; rn. 73 van de aanvullende gronden van BNG; rn. 109-117 van de aanvullende gronden van SNS. Aangaande het bezwaar van SNS in rn. 109 dienaangaande krijgt naar de mening van de Adviescommissie SNS niet 6.67%, maar 11.18% van de boetegrondslag toegewezen. Aangenomen mag worden dat SNS haar standpunt na deze correctie niet zou verlaten.

⁵⁸ Rn. 294 van het besluit.

⁵⁹ Het dividend van Interpay wordt immers betaald naar rato van het aantal pintransacties.

⁶⁰ Rn. 290 van het besluit.

⁶¹ Steeds rn. 62 van de aanvullende gronden van Fortis, van Lanschot en Friesland Bank; rn. 72 van de aanvullende gronden van BNG.

verplichting de beslissing op een dragende motivering te doen grondvesten. Naar de mening van de Adviescommissie dient de d-g NMa, zo hij ervoor kiest om de participanten aan een overtreding van art. 6 Mw en/of artikel 81 EG in groepen in te delen, deze verdeling tot stand te brengen volgens objectieve en herleidbare maatstaven. Nu een rekenkundige herleiding van de in casu opgelegde boetes er niet in slaagt deze indeling inzichtelijk te maken, acht de Adviescommissie niet aan de plicht tot het verschaffen van een draagkrachtige motivering voldaan. Het bezwaar dient derhalve te worden toegewezen.

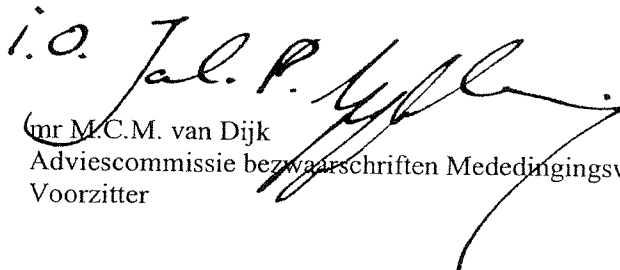
Slotoverweging

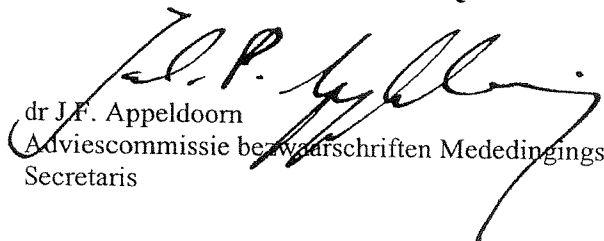
75. Voor zover bezwaren van partijen niet aan de orde zijn gekomen ontberen zij zelfstandige betekenis dan wel acht de Adviescommissie deze onvoldoende geadstrueerd.

4. Slotsom en Advies

76. De bezwaren worden deels gegrond bevonden, deels afgewezen, in voege als voormeld.

77. De Adviescommissie adviseert de d-g NMa gezien art. 3(1) van Verordening 1/2003 bij het nemen van zijn besluit op bezwaar tevens de artikelen 81 en 82 EG toe te passen.

i.o. 
Mr M.C.M. van Dijk
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet - subcommissie zaak 2910/Interpay
Voorzitter


dr J.F. Appeldoorn
Adviescommissie bezwaarschriften Mededingingswet - subcommissie zaak 2910/Interpay
Secretaris



