



VISA INTERNATIONAL

Beschikkingen van de Commissie van 9 augustus 2001, zaak COMP/D1/29.373, Visa International, Pb. EG L 293 van 10 november 2001, p. 24 en van 24 juli 2002, zaak COMP/29.373, Visa International – Multilaterale afwikkelingsvergoeding, Pb. EG L 318 van 22 november 2002, p. 17.
(m.nt. mr J.J.A. Coumans)

De beschikkingen

De kosten voor het gebruik van de Visa-betaalkaart worden thans uit twee bronnen gefinancierd. Enerzijds betalen Visa-kaarthouders een (jaarlijkse) bijdrage voor het gebruik van de kaart. Anderzijds dragen handelaren voor elke transactie die met een Visa-kaart wordt betaald een provisie af. Deze provisie, het handelarentarief, bestaat meestal uit een percentage van de transactiesom.

(De hoogte van) het handelarentarief is de handelssector al jaren een doorn in het oog, te meer ook omdat handelaren krachtens de zogenoemde Non-Discriminatie Regel in de Visa-regels (NDR) de kosten niet mogen doorberekenen aan de kaarthouder. Krachtens de NDR mogen zij evenmin kortingen geven aan klanten die met andere betaalmiddelen (zoals contant geld) de rekening voldoen. In 1992 en 1997 dienden respectievelijk een Britse (British Retail Consortium) en een Europese (EuroCommerce) brancheorganisatie van handelaren dan ook klachten in bij de Europese Commissie over de betaalkaartregelingen van Visa International. De Commissie had in de periode 1977-1985 de Visa-regelingen al eens onderzocht in het kader van de ontheffingsaanvraag die Visa International, toen nog Ibanco genaamd, had ingediend. Dat onderzoek mondde toen uit in een troostbrief. Niettemin heropende de Commissie het onderzoek naar aanleiding van de klachten van de brancheorganisaties. De Commissie doet de zaak uiteindelijk in twee beschikkingen af.

Negatieve verklaring voor de niet-tarifaire bepalingen

In een eerste beschikking, de NDR-beschikking,¹ geeft zij een negatieve verklaring af voor de NDR en andere niet-

tarifaire regels binnen het Visa-systeem, omdat deze regels volgens de Commissie geen merkbare beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG inhouden.²

De conclusie, dat de NDR niet (merkbaar) mededingingsbeperkend is, is gestoeld op twee marktonderzoeken die de Commissie in Nederland en Zweden liet uitvoeren.³ In die landen hadden de nationale mededingingsautoriteiten de NDR verboden (waarover later meer). De Commissie meende daarom dat deze landen zeer geschikt waren om te onderzoeken wat de effecten van de afschaffing van de NDR zouden zijn. De onderzoeken wezen uit dat in Nederland slechts 10% en in Zweden slechts 5% van de handelaren gebruikmaakten van de mogelijkheid om een toeslag te berekenen voor het gebruik van een Visa- en/of Mastercard. De Commissie erkent weliswaar dat de NDR de handelsvrijheid van de handelaren beperkt en een beperkend effect op de mededinging kan hebben, maar gelet op de onderzoeken zou een dergelijk (potentieel) effect niet merkbaar zijn. De onderzoeken toonden volgens de Commissie aan dat handelaren maar beperkt gebruik zouden maken van de mogelijkheid om de kosten door te berekenen. Het effect van de NDR (en dus ook van de afschaffing ervan) op de mededinging was daarom volgens de Commissie gering. Bij gebreke van een merkbare beperking van de mededinging is artikel 81, lid 1, EG niet van toepassing, aldus de Commissie.

- 1 Inmiddels hebben EuroCommerce (T-336/01, Pb. EG 2002, C84/64) en First Data Corporation c.s. (T-28/02, Pb. EG 2002, C 109/54) tegen deze beschikking beroep ingesteld. First Data komt met name op tegen de negatieve verklaring voor de regel 'geen werving zonder uitgifte', die in deze annotatie verder onbesproken blijft (zie ook infra, voetnoot 2).
- 2 De Commissie geeft ook een negatieve verklaring af voor de volgende regels in het Visa-systeem: de territoriale licenties voor het uitgeven van Visa-kaarten en het werven van handelaren, regels over grensoverschrijdende uitgifte en werving, de regel geen werving zonder uitgifte en de verplichting om alle kaarten te accepteren. Deze regels werden goedgekeurd nadat zij werden aangepast om tegemoet te komen aan de bezwaren van de Commissie. Zij blijven in deze bijdrage verder onbesproken, omdat zij minder belangwekkend zijn.
- 3 ITM Research over de gevolgen van de opheffing van het discriminatieverbod in Nederland (maart 2000) en IMA Research over de gevolgen van de opheffing van het discriminatieverbod in Zweden (februari 2000), <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/29373/studies>.

Ontheffing voor de Multilaterale Afhandelingsvergoeding

In de tweede beschikking (de MAV-beschikking) van een jaar later gaat de Commissie in op (de hoogte van) een belangrijke component van het handelarentarief, namelijk de Multilaterale Afhandelingsvergoeding (MAV). De MAV is een vergoeding die de bank van de handelaar betaalt aan de bank van de kaarthouder. Deze vergoeding is volgens Visa nodig om een evenwicht te herstellen. De vergoeding die de kaarthouder (jaarlijks) aan zijn bank betaalt, is te laag om de kosten van de uitgifte van de kaart te dekken. De bank van de handelaar ontvangt daarentegen een veel hogere vergoeding van de handelaren dan de kosten die met de acquisitie van handelaren zijn gemoeid.

De MAV is een percentage van de netto-verkopen. De hoogte van de MAV is altijd vrijelijk door Visa vastgesteld, onafhankelijk van enige specifieke diensten die de bank van de kaarthouder aan de bank van de handelaar verleent.

Volgens de Commissie is de MAV een beperking van de mededinging in de zin van artikel 81, lid 1, EG, omdat de MAV de vrijheid van de banken beperkt om individueel hun prijsbeleid vast te stellen.

In de beoordeling of voldaan is aan de ontheffingsvoorwaarden, legt de Commissie met name de nadruk op de tweede voorwaarde van artikel 81, lid 3, EG: een billijk voordeel moet aan de gebruikers ten goede komen. De Commissie erkent dat handelaren en kaarthouders verschillende en onderling afhankelijke soorten gebruikers zijn van het Visa-systeem. Elke categorie zou verkiezen dat alle kosten door de andere worden betaald. Niettemin hebben beide categorieën ook een gezamenlijk belang: hoe meer handelaren bij het systeem zijn aangesloten, hoe groter de bruikbaarheid van het systeem voor de kaarthouders, en omgekeerd. Deze zogeheten netwerkexternaliteit wordt volgens de Commissie niet bereikt als elke bank alleen haar eigen klant kosten aanreikt, omdat de bank van de kaarthouder niet alleen diensten levert ten gunste van de kaarthouder, maar ook ten gunste van de handelaar. Kaarthouders zouden daarom kunnen weigeren deze kosten te aanvaarden en dus afzien van het gebruik van de Visa-kaarten. Een naar eigen inzicht door Visa vastgestelde MAV zou evenmin tot een maximalisatie van het gebruik van het netwerk leiden. Banken hebben immers de neiging om de kaarten met de hoogste MAV uit te geven, omdat dit voor hen de meeste inkomsten genereert. Bij elke verhoging van de MAV zal de handelaar geneigd zijn om de kostenverhoging te verhalen via een kleine prijsverhoging voor alle verkochte goederen. Daardoor verliest hij immers minder omzet dan wanneer hij in het geheel geen betalingen met de Visa-kaart meer zou aanvaarden. Dit leidt volgens de Commissie tot de mogelijkheid dat Visa de MAV vaststelt op een niveau dat zo groot mogelijke opbrengsten oplevert voor de banken en tezelfdertijd de output (in de vorm van laaggeprijsde goederen) beperkt, in plaats van op het niveau waardoor de output van het Visa-systeem zo groot mogelijk wordt.

In het licht van deze bezwaren, die haar in een tweede mededeling van punten van bezwaar kenbaar werden

gemaakt, heeft Visa toegezegd de MAV-regeling te zullen aanpassen. Voortaan zal Visa de MAV vaststellen op basis van 'objectieve referentiewaarden'. De MAV zal worden getoetst aan drie categorieën van kosten: de kosten van het verwerken van transacties, de kosten van de rentevrije financieringsperiode voor kaarthouders en de kosten voor het verstrekken van een 'betalingsgarantie'. Deze kosten zullen afzonderlijk worden vastgesteld voor kaarten met onmiddellijke debitering (pinpassen) en kaarten met uitgestelde debitering en creditcards. De kostenstudie zal door Visa worden uitgevoerd en zal door een onafhankelijk, door de Commissie goed te keuren accountantskantoor worden gecontroleerd. Handelaren krijgen voorts het recht om informatie over de hoogte van de MAV en de drie kostencomponenten bij de banken op te vragen.

De Commissie gaat vervolgens in de MAV-beschikking na in hoeverre de diensten, gemoeid met de kostencategorieën, ten goede komen aan handelaren. De dienstverlening van het verwerken van de transactie komt volgens de Commissie de handelaar ongetwijfeld ten goede, omdat dit de diensten zijn die de bank van de kaarthouder verleent om de schuld aan de bank van de handelaar en uiteindelijk de handelaar zelf te voldoen. De betalingsgarantie is ook in het voordeel van de handelaar omdat deze garantie in zekere zin een verzekering is tegen fraude en wanbetaling door de kaarthouder. Met name bij internationale transacties komt fraude veel voor en is het voor de handelaar moeilijk om tot grensoverschrijdende incasso over te gaan. Ten aanzien van de rentevrije financieringsperiode, maakt de Commissie een vergelijking met een gratis krediet dat door de handelaren aan de consument wordt aangeboden. Een dergelijke kredietfaciliteit heeft in het algemeen tot gevolg dat de consument meer uitgeeft dan hij anders zou hebben gedaan. Voor de doelstellingen en de looptijd van de ontheffing, meent de Commissie dat het niet ongerechtvaardigd is om ook de kosten voor een rentevrije financieringsperiode in de MAV op te nemen, aangezien zij in ieder geval ten dele ten goede komen aan de handelaren.

De Commissie meent dat de gewijzigde MAV, die gebaseerd is op objectieve criteria (kosten) en transparant is, leidt tot een billijk aandeel in de voordelen voor elke gebruikerscategorie van het Visa-systeem. Het praktische effect van de gewijzigde MAV is volgens de Commissie echter noodzakelijkerwijs onzeker, reden waarom zij de ontheffing voor slechts vijf jaar verleent. In die periode zal zij onderzoeken of er aanleiding is om het belangenevenwicht te herzien.

In de MAV-beschikking geeft de Commissie alleen een ontheffing voor de MAV die toegepast wordt op grensoverschrijdende betalingen en derhalve niet de MAV voor nationale betalingen. In een antwoord op vragen van het Europees Parlement licht de Commissie toe dat afwikkelingsprovisies voor grensoverschrijdende betalingen duidelijk aanzienlijke gevolgen hebben voor de handel tussen lidstaten.⁴ Voorts

⁴ Pb. EG 2002, C 172E/63.

geeft zij aan dat zij nu de grensoverschrijdende afwikkelingsprovisies van andere internationale betaalkaartorganisaties zal onderzoeken. Pas nadien zal zij de binnenlandse afwikkelingsprovisies in behandeling nemen, waarbij zij eerst, in overleg met de nationale mededingingsautoriteiten, zal moeten bepalen of deze binnenlandse provisijs de handel tussen de lidstaten beïnvloeden.

Commentaar

In dit commentaar wordt eerst de negatieve verklaring voor de NDR besproken in het licht van het eerdere Nederlandse verbod van deze regel. Daarbij zullen eerst enkele procedurele kanttekeningen worden geplaatst. Vervolgens wordt ingegaan op de verschillen tussen de mededingingsrechtelijke analyses van de Commissie en van de Nederlandse autoriteiten. Afgesloten wordt met enkele opmerkingen ten aanzien van de ontheffing voor de MAV en de keuze van de Commissie om de zaak in twee separate beschikkingen af te doen.

Analyse van de Nederlandse autoriteiten

Niet alleen de Europese Commissie, maar ook de Nederlandse autoriteiten hebben zich over de NDR gebogen.⁵ Toenmalig staatssecretaris Y. van Rooy had in haar afwijzing van het verzoek om ontheffing van het Besluit Horizontale Prijsbinding (Besluit HP) voor de NDR's van vier creditcardmaatschappijen eigenlijk maar weinig woorden nodig om te beslissen dat de NDR een regeling als bedoeld in artikel 1 van het Besluit HP was: 'Door de NDR worden acceptanten beperkt in hun vrijheid naar individueel goedgevoelen vast te stellen op welke wijze zij de kosten verbonden aan het accepteren van een Visa-kaart wensen door te berekenen in de eindprijzen aan de consument en daarmee dus in hun vrijheid prijzen vast te stellen. Daarmee is de NDR [...], waar het de bedoelde acceptatietarifiering/differentiatie van de eindprijzen verbiedt, in strijd met het bepaalde in artikel 1 van het Besluit HP.' De staatssecretaris wijst ook het verzoek om ontheffing af.

Ook in het besluit op bezwaar handhaaft de staatssecretaris deze analyse.⁶ Zij wijst er nog op dat de wetgever met de Wet economische mededinging (Wem) en het Besluit HP een sluitend systeem heeft willen creëren dat alle vormen van prijsbinding dekt. De onverbindendverklaring in de artikelen 1 en 2 van het Besluit HP was zodanig ruim geformuleerd dat zowel alle vormen van horizontale als van verticale prijsbinding daaronder vallen. In het Besluit HP was daarom slechts een vrijstelling opgenomen voor vormen van verticale prijsbinding die al geregeld zijn in de artikelen 9e tot en met 9g van de Wem.

In het daaropvolgende beroep sluit het CBB zich bij de analyse van de staatssecretaris aan.⁷ Het CBB bevestigt dat artikel 1 van het Besluit HP de onverbindendverklaring van alle verkoopprijsregelingen beoogde. Omdat met de NDR aan een acceptant de mogelijkheid wordt ontnomen zijn verkoopprijs te differentiëren al naargelang de wijze van betaling, die voor een acceptant meer of minder kosten met zich

kan brengen, staat volgens het CBB onmiskenbaar vast dat de NDR een prijsregeling is die in beginsel onverbindend is. Slechts een verklaring dat artikel 1 van het Besluit HP buiten toepassing moet blijven in het algemeen belang kon derhalve de verbindendheid van de NDR redden.

Procedurele aspecten

De door de Commissie gevoerde procedure verdient niet echt een schoonheidsprijs. Hierboven werd al omschreven dat de Commissie aanvankelijk een troostbrief had gestuurd aan Visa International. In 1992 heropende de Commissie de procedure. In 1995 stuurde zij vervolgens een waarschuwingsbrief aan Visa International, waarin zij schreef: 'We think that a NDR is restrictive of competition pursuant to Article 85 (1), both in cash advance and payments systems [...]. The NDR does not meet any of the conditions set out in Article 85 (3). The benefits of the NDR put forward by its advocates do not appear convincing. In addition, even if such benefits existed the NDR is not the best way to achieve them. [...] My services intend to finalize the examination [...]. Clearly, our examination of the latter issue will be in line with the views expressed above.'⁸ Van dit 'voorlopige' standpunt deed de Commissie vervolgens mededeling aan het CBB, dat in het kader van de Bekendmaking betreffende samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechterlijke instanties voor de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag⁹ aan de Commissie inlichtingen had gevraagd. De Commissie helpt het CBB zelfs nog meer op weg door in het begeleidend schrijven te wijzen op de mogelijkheid om artikel 81, lid 1, EG rechtstreeks toe te passen en het feit dat er op communautair vlak nog geen procedure tegen Visa was ingeleid. Deze inlichtingen waren voor het CBB aanleiding om de gronden van de creditcardmaatschappijen ontleend aan de Walt Wilhelm-rechtspraak,¹⁰ over het risico van tegenstrijdige beslissingen op nationaal en communautair niveau, af te wijzen. Volgens het CBB zou het, in het licht van de – zij het voorlopige en informele – opvattingen van de Commissie, 'voor serieuze kritiek vatbaar zijn geweest' als de staatssecretaris een ontheffing had verleend. In 1999 volgt de mededeling van punten van bezwaar aan Visa International. Een jaar later publiceert de Commissie echter onverwacht een mededeling op grond van artikel 19, lid 3, van Verordening 17 waarin zij het voornemen om een gun-

5 Besluiten van 4 maart 1994 nrs. ES/DM/MA-94019628.B21, Diners Club Benelux B.V., ES/DM/MA-94019623.B21, American Express International Inc., ES/DM/MA-94019627.B21, Eurocard Nederland B.V. en ES/DM/MA-94019619.B21, BVS International B.V., Staatscourant 1994, 49.

6 Besluit van 3 februari 1995, nr. WJA/J7 95004821, VSB International B.V., Staatscourant 1995, 27 (alwaar ook de gelijklopende besluiten op bezwaar ten aanzien van de overige drie creditcardmaatschappijen zijn gepubliceerd).

7 CBB 15 mei 1997, 95/0232-0234/063/019, UCB 1997/1, 35.

8 Citaat uit de uitspraak van het CBB, supra voetnoot.

9 Pb. EG 1993, C 396/6.

10 Zaak 14/68, Walt Wilhelm v. Bundeskartellamt, Jurispr. 1969, p. 1.

stig standpunt ten aanzien van de NDR in te nemen voorlegt voor commentaar.¹¹ De zaak wordt uiteindelijk afgesloten met een beschikking houdende negatieve verklaring voor de NDR.

Dit grillige verloop toont aan hoe onvoorspelbaar de uitkomst van een Commissieprocedure kan zijn. De zaak laat ook zien hoe de visies van de mededingingsautoriteiten uiteen kunnen lopen. Onder het nieuwe procedurele regime voor de toepassing van de artikelen 81 en 82 EG,¹² is het voorkomen van tegenstrijdige beslissingen door de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten een belangrijk aandachtspunt.

De nieuwe procedureverordening voorziet in verschillende mechanismen om tegenstrijdige beslissingen te voorkomen. Binnen het Europese Mededingingsnetwerk zullen de Commissie en nationale mededingingsautoriteiten elkaar over en weer informeren over aanhangige zaken (artikel 11, leden 2, 3 en 4). De nationale mededingingsautoriteiten verliezen hun bevoegdheid om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen, zodra de Commissie de procedure formeel inleidt (artikel 11, lid 6). De nieuwe procedureverordening laat echter de bevoegdheid van de lidstaten om nationale wetgeving toe te passen onverlet (artikel 3, lid 3), tenzij het gaat om nationale mededingingswetgeving. In dat geval mag het nationale mededingingsrecht niet worden gebruikt om een door het EG-mededingingsrecht toegestane overeenkomst of gedraging, die het interstatelijk verkeer beïnvloedt, alsnog te verbieden (artikel 3, lid 2). Bovendien zijn de nationale mededingingsautoriteiten verplicht om op dergelijke overeenkomsten naast het nationale mededingingsrecht ook het EG-mededingingsrecht toe te passen (artikel 3, lid 1). Daarnaast is getracht de Walt Wilhelm-rechtspraak te codificeren. De nationale rechters mogen geen uitspraken doen die conflicteren met een eerdere Commissiebeschikking of met een voorgenomen Commissiestandpunt in een lopende procedure (artikel 16, lid 1). De nationale mededingingsautoriteiten mogen, wanneer zij een overeenkomst of gedraging onderzoeken in het kader van de artikelen 81 en 82 EG, geen besluiten nemen die conflicteren met een eerdere Commissiebeschikking (artikel 16, lid 2).

Zouden bovengenoemde mechanismen hebben geleid tot een andere uitkomst dan tegenstrijdige besluiten in de Visa-zaak? De Commissie had nog geen formele procedure ingeleid, laat staan een beschikking genomen. Sterker nog, het preliminaire standpunt van de Commissie was zelfs dat de NDR een mededingingsbeperkende afspraak was, die niet voor ontheffing in aanmerking kwam. In dat geval mochten de staatssecretaris en het CBB er terecht van uitgaan dat het ook op EG-niveau tot een verbod zou komen en bijgevolg ontheffing weigeren. Ook in de nieuwe procedure is het omslagpunt gelegd bij het moment dat de Commissie formeel een procedure inleidt. Pas dan verliezen de nationale mededingingsautoriteiten de bevoegdheid om de artikelen 81 en 82 EG toe te passen, en pas dan gaan (inspannings)verplichtingen gelden om tegenstrijdige beslissingen te vermijden. Zo ver was het in de Visa-zaak nog niet, omdat er nog geen for-

mele procedure was ingeleid. Als de zaak onder de nieuwe procedureverordening zou zijn behandeld, dan zouden de mechanismen in de nieuwe procedureverordening dus niet hebben voorkomen dat er toch tegenstrijdige beslissingen zouden zijn genomen.

Verschillende analyses: strekking en gevolg

Mogelijk houden de verschillende uitkomsten ook verband met de afwijkende bepalingen waaraan de NDR werd getoetst. Artikel 1 van het Besluit HP omvatte inderdaad een ruim geformuleerd verbod van alle vormen van prijsbinding: 'Onverbindend zijn bepalingen in mededingingsregelingen die ertoe strekken een of meer ondernemers te beperken in hun vrijheid prijzen vast te stellen bij het te koop aanbieden, verkopen of leveren van goederen of het aanbieden of verrichten van diensten of zich verbinden deze te verrichten.' De Commissie daarentegen moet van geval tot geval beoordelen, in het licht van de juridische en economische omstandigheden, of sprake is van een mededingingsbeperkende afspraak die onder artikel 81, lid 1 EG valt.

Om welke mededinging gaat het bij een bepaling als de NDR? Blijkbaar niet om de mededinging tussen de verschillende betaalmiddelen. In haar analyse van de relevante productmarkt sluit de Commissie immers uit dat betaalkaarten tot dezelfde markt behoren als contante betalingen, cheques of overschrijvingen. Het gaat veeleer om de mededinging tussen de handelaren. Als gevolg van de NDR wordt hun de mogelijkheid ontnomen om onderling om de gunsten van de klant te strijden door wel of niet de kosten van het accepteren van een betaalkaart door te berekenen. Had de Commissie moeten volstaan met de bevinding dat de NDR de strekking had om die mededinging te beperken en reeds om die reden de NDR in strijd met artikel 81, lid 1 EG moeten verklaren? In andere gevallen van prijsbinding is dit wel steeds het Commissiebeleid geweest. In de NDR-beschikking gaat de Commissie echter niet in op de mededingingsbeperkende strekking van de NDR.

De NDR ziet eigenlijk maar op een beperkt deel van de eindprijs van een product. Wordt de mededinging tussen handelaren wel beperkt als zij ten aanzien van een klein deel van de (service)kosten niet onderling concurreren? Deze vraag heeft de Commissie willen beantwoorden met de marktonderzoeken die zij in Nederland en Zweden uitschreef.

In Nederland zijn 310 handelaren geïnterviewd. Een aantal respondenten geeft inderdaad aan dat zij het als een service van het huis beschouwen om de kosten niet door te berekenen. Ongeveer 30 handelaren (10%) brengen wel de kosten van het kaartgebruik in rekening. Een ongeveer even groot aantal geeft aan kortingen te verstrekken als de klant een ander betaalmiddel gebruikt (dus nog eens 10%). Deze

11 Pb. EG 2000, C 293/18.

12 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, Pb. EG 2003, L 1/1.

groepen bestaan voornamelijk uit supermarkten en warenhuizen, autoverkopers, hotels en restaurants.

Het is moeilijk vast te stellen hoeveel economisch gewicht aan de studie moet worden toegekend. In de eerste plaats is de groep van respondenten vrij klein. Het lijkt vergezocht om op basis van een dergelijke kleine groep conclusies voor de hele Gemeenschap te trekken. In de Zweedse studie waarschuwt het onderzoeksbureau zelfs met zoveel woorden voor een mogelijk gebrek aan representativiteit: 'Therefore, as before, all the below figures should be regarded with great caution considering the small number of respondents.' In de tweede plaats zijn de groepen die aangeven wel de kosten te willen doorberekenen of kortingen te verlenen voor het gebruik van andere betaalmiddelen, belangrijke kaartacceptanten, omdat zij een groot aantal transacties vertegenwoordigen. In de marktonderzoeken is niet gewogen wat het relatieve gewicht van de respondenten in termen van transacties is. Bovendien heeft niet 10%, zoals de Commissie in haar NDR-beschikking suggereert, maar 20% van de respondenten aangegeven van de NDR te willen afwijken. Jaarlijks vinden meer dan vijf miljard transacties met een Visa-kaart plaats in de EU-regio van Visa.¹³ Als de onderzoeken wel voldoende representatief zouden zijn geweest, dan zou dat betekenen dat toch in een substantieel aantal transacties van de NDR zou zijn afgeweken. Hiermee lijkt niet aannemelijk dat de NDR maar een beperkt effect op de mededinging heeft.

Mijns inziens heeft de Commissie met de NDR-beschikking nodeloos een ongewenst precedent geschapen. Zij heeft op basis van nogal discutabele marktonderzoeken een negatieve verklaring afgegeven voor wat in de regel wordt gezien als een ernstige mededingingsinbreuk: een prijsafpraak. Om een vergelijking te maken. Stel dat een producent zijn distributeur verbiedt om kortingen te verstrekken. Stel vervolgens

dat in een marktonderzoek wordt aangetoond dat zonder de afspraak die korting maar in 10 tot 20% van de gevallen zou worden gegeven. Volgens het precedent in de NDR-beschikking zou de afspraak dan geen mededingingsbeperkend effect hebben en bijgevolg niet onder artikel 81 EG vallen. Niettemin is verticale prijsbinding een hard core mededingingsbeperking.¹⁴ Naar mijn mening heeft de Commissie ten onrechte niet onderzocht of de afspraak een mededingingsbeperkende strekking had. Volgens vaste jurisprudentie had zij dat eerst moeten doen voor zij aan de toetsing van de effecten op de mededinging toekwam.¹⁵ In dit opzicht is de NDR-beschikking dan ook revolutionair, maar ongewenst te noemen.

Als de Commissie de zaak in een en dezelfde beschikking zou hebben afgedaan, dan zou de uitkomst wellicht anders zijn geweest. De Commissie heeft naar mijn mening terecht geoordeeld dat de kosten van het gebruik van het Visa-netwerk over de twee groepen gebruikers moeten worden verdeeld om zo de maximale output van het netwerk te garanderen. Het is echter de vraag of de Commissie terecht bepaalde kostengroepen bij de kaartacceptanten heeft gelegd. In ieder geval lijkt de Commissie eerder met redeneringen, dan op basis van gedegen onderzoeken te hebben aangenomen dat het terecht is dat de kosten als hierboven omschreven moeten worden verdeeld. De ontheffing van de MAV is m.i. dan ook terecht, voorzover elk van de gebruikersgroepen in een redelijke verhouding de (objectieve) kosten draagt. In het licht van de ontheffing voor de MAV bezien is de NDR alleen een mechanisme om het evenwicht in die kostenverdeling in stand te houden. De NDR belet handelaren om teveel kosten bij de kaarthouder te leggen, waardoor wordt voorkomen dat de output-maximalisatie wordt verstoord. De Commissie had de NDR derhalve in de ontheffing moeten meenemen.

¹³ Par. 71 van de MAV-beschikking.

¹⁴ Bekendmaking van de Commissie inzake overeenkomsten van geringe betekenis die de mededinging niet merkbaar beperken in de zin van artikel 81, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (de minimis), Pb. EG 2001, C 368/13.

¹⁵ Zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, p. 337.