

# Betaalkaarten en mededingingsautoriteiten in Europa: een mededingingsrechtelijke processie van Echternach

mr. P.V.F. Bos<sup>1</sup>

Bedrogen is degene, die zou hebben gedacht dat het eindrapport van de Europese Commissie van januari 2007 over haar sectoronderzoek naar *retail banking* het betalingsverkeerwezen in het algemeen en het betaalkaartenwezen in het bijzonder vooruitgestoten zou hebben in de vaart der toenemende sectorregulering in Europa.<sup>2</sup> Er was genoeg reden voor optimisme na het tussenrapport van de Europese Commissie van april 2006.<sup>3</sup> Beide rapporten zijn het resultaat van het sectoronderzoek krachtens artikel 17 van Verordening 1/2003 met betrekking tot *retail banking*.<sup>4</sup> Dit onderzoek op zijn beurt is een gevolg van het *Financiële Diensten Actieplan* van de Europese Commissie; de voornaamste doelstelling hiervan is om de integratie van financiële diensten in Europa te ondersteunen. De Europese Commissie heeft haar strategie terzake uiteengezet in haar witboek *Beleid financiële diensten 2005-2010*.<sup>5</sup> Een centraal onderdeel van dat beleid omvat twee sectoronderzoeken naar financiële diensten, één inzake *retail banking* en een ander inzake verzekeringen. Met haar onderzoek naar *retail banking* bekijkt de Europese Commissie de markten voor essentiële *retail banking* diensten, in het bijzonder de markt voor lopende rekeningen en daarmee verbonden diensten en de markt voor betaalkaarten. De Europese Commissie heeft als beleidsvoornemen uitgesproken de bevindingen van haar onderzoek naar essentiële *retail banking*-diensten en in het bijzonder naar betaalkaartensystemen te gebruiken als waardevolle bouwstenen voor de verdere ontwikkelingen van de Eenvormige Europese Betaalruimte (*Single Euro Payment Area* (SEPA)).<sup>6</sup>

Dat dit voornemen in elk geval voorlopig een illusie zal blijven, blijkt wel uit haar 'vis noch vlees'-conclusies omtrent betaalkaarten van haar Eindrapport. Daar komt zij tot de slotsom dat er ex-ante regels in het kader van SEPA moeten komen op het vlak van toetredingsdrempels. Maar daar komt zij evenzeer niét tot de conclusie dat de angel in betaalkaartensystemen, nl. interbancaire vergoedingen die nominaal betaald worden door de *acquirer* aan de kaartuitgevende bank, maar feitelijk door de kaartacceptanten (winkeliers, horeca enz.) weggenomen dient te worden om tot goed functionerende betaalkaartenmarkten binnen Europa te geraken. Voorlopig verandert er niets. Het wetgevingstraject van SEPA is vooralsnog niet voltooid, terwijl Europese mededingingsautoriteiten voortploeteren in hun strijd tegen *interchange*. Bij wijze van opmaat naar de

bespreking van het Tussenrapport en het Eindrapport van de Europese Commissie volgt hier eerst een overzicht van de mededingingsrechtelijke zoektocht naar een beperking van de macht van betaalkaartennetwerken (zoals internationaal die van Visa en MasterCard en in Nederland het netwerk van Interpay).

- 
- 1 Pierre Bos is advocaat te 's-Gravenhage, BarentsKrans Advocaten Notarissen N.V. Hij is betrokken bij een aantal in dit artikel besproken zaken ten behoeve van Eurocommerce en First Data.
  - 2 *COMMUNICATION FROM THE COMMISSION Sector Inquiry under Article 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (Final Report)* (COM (2007) 33 final) alsmede het *Commission Staff Working Document accompanying the Communication from the Commission – sector Inquiry under Art 17 of Regulation 1/2003 on retail banking (Final Report)* [COM (2007) 33 final] SEC (2007) 106, beide van 31 januari 2007 (zie website DG Concurrentie van de Europese Commissie; er zijn geen Nederlandse versies van deze stukken beschikbaar; hierna resp. 'de Mededeling' en 'het Eindrapport').
  - 3 *Interim Report I: Payment Cards, Sector Inquiry Under Article 17 Regulation 1/2003 on Retail banking* van 12 april 2006 (zie website DG Concurrentie van de Europese Commissie; er is geen Nederlandse versie van dit stuk beschikbaar; hierna 'het Tussenrapport').
  - 4 De rechtsgrondslag voor dit sectoronderzoek door het Directoraat-Generaal Mededinging van de Europese Commissie is de beschikking van de Europese Commissie ter instelling van een onderzoek naar de sector van *retail banking* krachtens artikel 17 van Verordening 1/2003 van 13 juni 2005 (zie website DG Concurrentie van de Europese Commissie; er is geen Nederlandse versie van dit stuk beschikbaar). Artikel 17 maakt onderzoeken mogelijk naar een bijzondere sector van de economie, waar de ontwikkelingen in de handel tussen Lid-Staten, de rigiditeit van prijzen of andere omstandigheden het vermoeden doen postvatten dat de mededinging beperkt kan zijn binnen de Gemeenschappelijke Markt.
  - 5 Beschikbaar op [http://europa.eu.in/comm/internal\\_market/finances/tox/white\\_paper/white\\_paper\\_en.pdf](http://europa.eu.in/comm/internal_market/finances/tox/white_paper/white_paper_en.pdf).
  - 6 De beschikking inzake het sectoronderzoek vermeldt dat in de mate dat het onderzoek het bestaan van mededingingsbeperkende overeenkomsten of praktijken of misbruik van een machtspositie bevestigt, de Europese Commissie of nationale mededingingsautoriteiten eventueel de verkregen informatie zouden kunnen gebruiken om de noodzakelijke maatregelen te treffen om mededinging te herstellen in de betrokken markten; dat zou mede kunnen omvatten het nemen van individuele beschikkingen tegen betrokken ondernemingen (zie overweging 5 van de beschikking inzake het sectoronderzoek). De beschikking zelf bevat geen vermelding van de verhouding tot het SEPA-project van de Europese Commissie; dat project heeft als zodanig geen direct verband met mededingingsbeleid, maar is het voorwerp van interne-marktbeleid. De Mededeling en het Eindrapport daarentegen bevatten wél standpuntbepalingen over SEPA: zie resp. punt 3.2.1.1. *Single Euro Payments Area (SEPA)* en punt B.10.8 *The European context: towards a Single Euro Payments Area*.

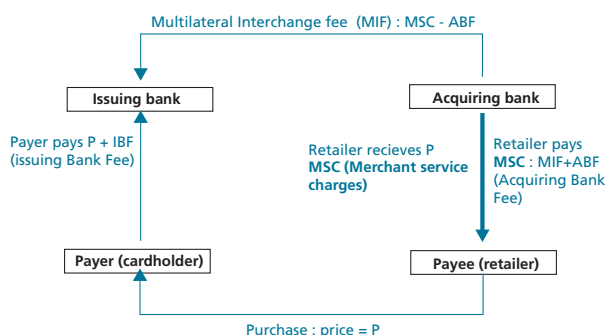
## De zoektocht naar beperking van de macht van betaalkaartennetwerken<sup>7</sup>

Mededingingstoezichthouders in vele landen hebben vraagstukken met betrekking tot betaalkaartsystemen onder de loep genomen. Dit is in tegenstelling tot de situatie in de Verenigde Staten. Daar hebben kaartacceptanten tot dusverre hun problemen eerder proberen op te lossen door civiel te procederen dan door klachten in te dienen bij een mededingingstoezichthouder.<sup>8</sup> In weerwil van de uiteenlopendheid van de aangezochte toezichthouders en gerechtelijke instanties zijn de punten van zorg opvallend gelijkaardig gebleken: horizontale prijsbinding (veelal interbancaire vergoedingen) en markttoegang (door gespecialiseerde *acquirers* die geen kaarten uitgeven).<sup>9</sup> De benadering van de toezichthouders is ook nogal gelijkaardig geweest. Tot op heden hebben de meeste mededingingsautoriteiten gekozen om op te treden op basis van toepasselijke kartelverboden en juist niet op basis van het verbod op misbruik van een machtspositie. Alleen de Nederlandse Mededingingsautoriteit heeft gekozen voor de nieuwe benadering van het aanspreken van de toen zittende PIN-monopolist Interpay op grond van onredelijk hoge prijzen als gevolg van een machtspositie op de relevante markt.<sup>10</sup> Uiteindelijk heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit de terugtocht moeten blazen door het krachtige verzet vanuit de bancaire gemeenschap.<sup>11</sup> Positief is wél dat in de Nederlandse PIN-markt Interpay ertoe gebracht is uitsluitend een verwerker

te worden, waarbij de aandeelhouder/banken zelf verantwoordelijkheid voor het acquireren van kaartacceptanten kregen.<sup>12</sup> Een duidelijk structurele ingreep, maar een die in elk geval niet alleen toe te schrijven is op het conto van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Een en ander voltrok zich vooral onder de informele auspiciën van De Nederlandsche Bank via de zogeheten Commissie Wellink, die zich had ingezet voor meer transparantie en mededinging op de nationale markt voor betalingsverkeer.<sup>13</sup> Of dit leidt tot echte aanbodconcurrentie tussen de individuele banken die nu rechtstreeks met kaartacceptanten contracteren, valt te betwijfelen. Aangenomen mag immers worden dat een in elk geval niet gering, zo niet zelfs een aanzienlijk deel van hun individuele kostprijs bepaald wordt door de kosten die zij moeten betalen aan het centrale verwerkingsinstituut Interpay/Equens (nog altijd in eigendom van dezelfde banken).<sup>14</sup>

Juridisch gezien is het makkelijker voor mededingingstoezichthouders te realiseren door middel van het kartelverbod dan door middel van het verbod op misbruik van een machtspositie. Immers, met betrekking tot collusie dient alleen een beperking van de mededinging te worden bewezen, terwijl voor misbruik van een machtspositie een machtspositie en het daadwerkelijke misbruik daarvan aangetoond moet worden; dat dit een veel ingewikkelder oefening is, laat het voorbeeld van de Interpay-zaak zien. Desondanks kunnen de twee benaderingen elkaar overlappen. Dit laat de aan-

- 7 Voor een algemeen overzicht zie mijn artikel *International Scrutiny of Payment Card Systems*, in *Symposium – Antitrust issues in Payment Card Systems*, *Antitrust Law Journal*, Volume 73 Issue 3 2006, p. 739-777.
- 8 Voor een bespreking van *Visa Check/Master Money*, een leidende zaak geïnstigeerd door Wal-mart op het terrein van betaalkaarten in de Verenigde Staten, zie K.Craig Wildfang and Ryan W. Marth, *The Persistence of Antitrust Controversy and Litigation in Credit Card Networks*, *ibidem*, noot 6.
- 9 Voor een beter begrip van de werking van betaalkaartnetwerken met vier partijen (zoals internationaal MasterCard en Visa en in Nederland het PIN-netwerk van Interpay) zie bijgaand schema afkomstig uit het Eindrapport van de Europese Commissie (figuur 30, p.97):



Men zij zich ervan bewust dat een *acquiring bank* zelden of nooit een instelling is met een bankvergunning, maar dat in elk geval MasterCard en Visa verlangen dat *acquirers* gelieerd zijn aan 'echte' banken. Waar in dit schema gesproken wordt van 'multilateral interchange fee', 'issuing bank', 'payer (cardholder)', 'acquiring bank' en 'payee (retailer)', daar wordt in dit artikel gewaagd van 'multilaterale interbancaire vergoeding' dan wel 'interchange', 'kaartuitgevende bank', 'kaarthouder', 'acquirer' en 'kaartacceptant'.

- 10 Zaak 2910-700, primair besluit van 28 april 2004, en zaak 2910-864, besluit op bezwaar van 21 december 2005. Voor een bespreking in dit tijdschrift zie prof. dr. A.M. van den Bossche, *Markt & Mededinging* 2004, nr. 7, p. 259-267.
- 11 Het valt op dat de Bezwaar Advies Commissie van de Nederlandse Mededingingsautoriteit de bezwaren van Interpay en de Nederlandse banken in aanzienlijke mate heeft ondersteund (gepubliceerd tezamen met het besluit op bezwaar (zie noot 9)).
- 12 De aandeelhoudende banken in Interpay besloten Currence in maart 2005 op te richten. Als gevolg hiervan verdween Interpay als aanbieder van PIN-diensten aan kaartacceptanten en namen de aandeelhoudende banken deze taak over. Interpay bleef het eigenlijke betalingsverkeer op basis van betaalkaarten afwickelen. Zie voor dit alles onder meer de Informele Zienswijze van 19 april 2005 betreffende B&L (Brands&Licences Betalingsverkeer Nederland, nadien omgedoopt in Currence en tegenwoordig na een fusie met een Duitse branchegenoot Equens geheten), punt 1.1.
- 13 Zie de Informele Zienswijze betreffende B&L, noot 12.
- 14 Hoe groot dit deel is, is onbekend. Het valt op dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit geen aandacht heeft besteed aan de mate van gemeenschappelijkheid van de kosten voor het aanbieden van PIN-netwerkdiensten in Nederland aan kaartacceptanten bij de beoordeling van de toelaatbaarheid van de blijvende betrokkenheid als aandeelhouder en afnemer van de deelnemende banken bij Interpay als gemeenschappelijke onderneming. Noch in het primaire besluit, noch in het besluit op bezwaar, noch in haar informele zienswijze betreffende de ontvlechting van bepaalde functies binnen Interpay heeft de Nederlandse Mededingingsautoriteit een beoordeling gedaan conform punt 84 van de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Daar staat hoe meer de kosten gemeenschappelijk zijn, des te groter de mogelijkheid is om de prijsconcurrentie te beperken, in het bijzonder bij homogene producten.

vaarding door de Europese Commissie van een kostengerelateerde verlaging van de grensoverschrijdende interbancaire vergoeding zien. Alleen na een kostengerelateerde verlaging van Visa's interbancaire vergoedingen was de Europese Commissie bereid haar bezwaren te laten vallen en Visa een vrijstelling op basis van artikel 81(3) te geven.<sup>15</sup> In wezen was dit een prijsregulerende interventie van de Europese Commissie gelijk aan wat zij had kunnen doen op basis van het verbod van misbruik van een machtspositie (en hetgeen de Nederlandse Mededingingsautoriteit vergeefs geprobeerd heeft in de Interpay-zaak). Het Britse Office of Fair Trading heeft op dit belangrijke precedent van de Europese Commissie in haar Visa-beschikking voortgebouwd in zijn eigen zaak tegen MasterCard UK Members Forum.<sup>16</sup> Het paste op fraaie wijze de basisgedachte in de Visa-beschikking toe dat aan kaartacceptanten in rekening te brengen kosten alleen dan gerechtvaardigd zijn, als zij kostengerelateerd en transparant zijn en uniform toegepast worden. In het bijzonder deed het dit naar aanleiding van de analyse van de Europese Commissie welke kostencategorieën die met elkaar *interchange* uitmaken (en als zodanig via *interchange* geïncorporeerd worden in de *merchant service charge* door kaartacceptanten te betalen aan hun *acquirers*) inherent zijn aan de verleende betaaldiensten.

Op een heel ander niveau al met al is de interventie van de Australische centrale bank in het Australische betalingsverkeer per kaart geweest. De *Reserve Bank of Australia* handelde op basis van klassiek prudentieel toezicht met het oog op het 'algemene belang'.<sup>17</sup> Dat algemene belang lijkt in elk geval voor de buitenlandse waarnemer een ruimere, eerder prudentiële betekenis te hebben dan de eenvoudige bescherming van daadwerkelijke concurrentie. Toch lijkt al met al het verwezenlijkte resultaat in Australië net zo goed gerealiseerd te kunnen zijn door een mededingingsautoriteit. Met betrekking tot non-prijs, structurele toegangsbarrières (zoals het vereiste voor het lidmaatschap van een kaartnetwerk bestaande uit een bankvergunning) en met betrekking tot de verplichting om kaarten uit te geven naast het *acquireren* van kaartacceptanten dient vastgesteld te worden dat veel minder door toezichthouders gerealiseerd is. Australië's centrale bank leidde de aanval en veranderde de regels ten einde gespecialiseerde *acquirers* toe te laten zonder de verplichting om kaarten uit te geven en, op die manier, zonder de verplichting om het bankbedrijf uit te oefenen. De *Reserve Bank of Australia* heeft zelfs geprobeerd om het vereiste opgelegd aan *acquirers* om een bankvergunning te hebben af te schaffen. Uiteindelijk heeft zij hiervan afgezien en dat vereiste aanvaard, al hoewel zij wel een 'light' versie van een bankvergunning heeft gecreëerd. Hierdoor werden 'mono'-*acquirers* onder prudentieel toezicht geplaatst.

De Europese Commissie heeft zich oorspronkelijk weinig gevoelig betoond voor de structurele aspecten van grensoverschrijdende betaalkaartsystemen in Europa. Zij heeft min of meer blind Visa's non-discriminatie, grensoverschrijdende kaartuitgifte en *acquiring* en *honor-all-cards*-regels aanvaard tegelijk met het beginsel van territoriale vergunningsverle-

ning. EuroCommerce, de Europese koepel van grootwinkelbedrijven, heeft tegen deze vrijstellingsbeslissing van de Europese Commissie gestreden, maar heeft uiteindelijk besloten haar beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen niet door te zetten. First Data, een verwerker van gegevensverkeer ten behoeve van kaartuitgevende banken en *acquirers* met de ambitie om zelf *acquirer* te worden, heeft dezelfde beslissing aangevochten voor het Gerecht van Eerste Aanleg en wist uiteindelijk de overhand te krijgen met Visa's intrekking van haar *no-acquiring-without-issuing*-regel.<sup>18</sup> Desondanks blijkt de Europese Commissie de wens te hebben de regulatoire lacunes op te vullen veroorzaakt door haar (weliswaar goed bedoelde, maar niet zo effectieve) mededingingsinterventies in 2001 en 2002. Dit blijkt uit haar fundamentele kritiek op de huidige stand van zaken zoals onder woorden gebracht in haar Tussenrapport en Eindrapport. Met name de door haar gesignaleerde vraagpunten en mogelijke remedies maken dit duidelijk, waarover zo meteen meer.

Buiten de Verenigde Staten is er maar heel weinig geprocedeerd om schade te verhalen naar aanleiding van al te hoge vergoedingen betaald door kaartenacceptanten naar aanleiding van al te hoge multilaterale interbancaire vergoedingen.<sup>19</sup> De redenen voor dit gebrek aan private handhaving zullen vele zijn, maar omvatten ten minste de technische en accountancy complexiteiten van de betaaldienstenindustrie, die als zodanig niet makkelijk toegankelijk zijn voor buitenstaanders en de afwezigheid van een cultuur van het verhalen van kartelschade buiten de Verenigde Staten. De afloop

- 
- 15 Zaak COMP/29.373, *Visa International – Multilaterale afwikkelingsvergoeding*, beschikking van 24 juli 2002 (*PbEG L* 2002, 318), niet te verwarren met in dezelfde zaak COMP/ 29.373, *Visa International*, beschikking van 9 augustus 2001 (*PbEG L* 2001, 293), die handelde over een aantal regels betreffende het non-discriminatie verbod ter zake van het gebruik van betaalkaarten ten opzichte van chartale betaalmiddelen, het niet zonder uitgeven van kaarten ook *acquireren* van kaartacceptanten e.d. Voor een bespreking van de beschikking van 24 juli 2002 in dit tijdschrift zie Mr. J.J.A. Coumans, *Markt & Mededinging* 2003, nr. 1, p. 28-32.
- 16 Decision No. CA 98/05/05 – Investigation of the Multilateral Interchange Fees Provided for in the UK Domestic Rules of MasterCard UK Members Forum Limited, Case No. CP/0090/00/S, 6 September 2005 (gepubliceerd op de website van het OFT <http://www.oft.gov.uk>). Op 19 juni 2006 vernietigde het Competition Appeal Tribunal deze beschikking wegens vormfouten (zie de website van het CAT <http://www.catribunal.org.uk>).
- 17 Media Release, Reserve bank of Australia, Reform of Credit Card Schemes in Australia, 27 augustus 2002, (te vinden op <http://www.rba.gov.au/MediaReleases/2002>). Dit leidde tot een beroep bij het Federal Court of Australia, *Visa Int'l Serv. Ass'n v. Reserve Bank of Australia*, (2003) FCA 977, 19 september 2003 (te vinden op [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/2003/977.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2003/977.html)).
- 18 Nadat Visa haar bestreden regel dat een *acquirer* óók kaarten moet uitgeven tijdens het beroep had ingetrokken, besliste het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen dat het beroep zonder voorwerp was geraakt en dat de zaak derhalve doorgehaald moest worden (zie beschikking van 17 oktober 2005 in zaak T-28/02).
- 19 Voor zover bekend alleen in de geschikte civiele zaak van kaartacceptanten tegen Interpay uitgemond in het Convenant Betalingsverkeer 2005 van november 2005 (zie in dit verband het besluit op bezwaar in de Interpay/zaak, noot 9, punt 18) alsmede de Informele Zienswijze van de Nederlandse Mededingingsautoriteit van 14 november 2005 betreffende het Convenant Betalingsverkeer 2005).

van de civiele schadevergoedingszaak in de PIN-kwestie in Nederland is daarom temeer verrassend, omdat een civiele schikking in wezen gecombineerd is met een administratieve schikking: uitgeruild zijn een schadevergoedingseis van ongetwijfeld vele (tientallen?) miljoenen over het verleden alsmede een boete wegens misbruik van een machtspositie van 30 miljoen en kartelboetes van totaal 17 miljoen voor een generieke korting van 1 eurocent in de toekomst plus een fondsje van 10 miljoen voor betalingsverkeersinnovatie met kwijtschelding van de misbruikboete van 30 miljoen en verlaging de individuele kartelboetes 13,375 miljoen. Dat dit een innovatieve oplossing is, staat wel vast, maar het is zeker niet een die kaartacceptanten en de Nederlandse Mededingingsautoriteit aan het begin in gedachten hadden.

### Het Tussenrapport van de Europese Commissie

Als gezegd, begreep de Europese Commissie dat er meer diende te gebeuren dan alleen maar mededingingstoezicht achteraf. Haar onderzoek laat volgens haar eigen zeggen zien, hoe verschillende vormen van organisatie, structuur en ondernemingsbestuur van betaalsystemen in de Europese Unie verschillende mededingingsresultaten kunnen produceren en lang niet altijd de meest optimale vault het perspectief van consumentenwelzijn. De Europese Commissie is van oordeel dat de gegevens die zij in haar Tussenrapport heeft verzameld, laten zien dat de karakteristieken van sommige betaalsystemen tot aanmerkelijk hogere prijzen voor zakelijke gebruikers en consumenten in bepaalde Lid-Staten aanleiding geeft.<sup>20</sup> De Europese Commissie heeft vijf onderwerpen voor openbare raadpleging geselecteerd. Deze vijf vraagpunten zijn terug te vinden in het *feedback*-formulier die de Europese Commissie gepubliceerd heeft als bijlage bij haar Tussenrapport. Zij hebben betrekking op a) een financiële analyse van de industrie, b) marktstructuur, ondernemingsbestuur en gedragen, c) toekomstige marktontwikkelingen, d) mogelijke oplossingen van toetredingsbeperkingen op de markt en e) lessen ten behoeve van SEPA.<sup>21</sup>

Met betrekking tot het vraagstuk van winstgevendheid waren de belangrijkste tussentijdse vaststellingen van de Europese Commissie:

- winstgevendheid bij het uitgeven van kaarten is hoog en heeft zich over langere tijd voorgedaan.
- winstgevendheid is hoger voor kredietkaarten dan voor pinkaarten.
- zelfs zonder interbancaire vergoedingen blijft het uitgeven van kaarten winstgevend.
- winstgevendheid met het *acquireren* van kaartacceptanten verschilt, maar wordt in het algemeen als voldoende aangemerkt.
- winstgevendheid is veel groter voor kaartuitgevers dan voor *acquirers*.<sup>22</sup>

Met betrekking tot het vraagstuk van vergoedingen betaald door kaartacceptanten aan *acquirers* stelde de Europese Commissie het volgende vast:

- ondernemingen in sommige landen betalen een veel hogere *merchant fee*, gemiddeld genomen, dan in andere landen.
- ondernemingen betalen een veel hogere *merchant fee*, gemiddeld genomen, om kredietkaarten te aanvaarden dan om pinkaarten te aanvaarden.
- ondernemingen betalen gemiddeld genomen een veel hogere *merchant fee* om kaarten te accepteren uitgegeven door internationale netwerken dan kaarten uitgegeven door nationale netwerken.
- In internationale betaalsystemen betalen kleine kaartacceptanten meer dan grote, terwijl deze uitkomst niet gerechtvaardigd lijkt te zijn door alleen maar te letten op transactievolumes.
- In bepaalde sectoren betalen ondernemingen veel hogere *merchant fees* gemiddeld genomen dan in andere sectoren.<sup>23</sup>

Met betrekking tot het vraagstuk van financiële overdrachten van *acquirers* naar kaartuitgevers en met betrekking tot vergoedingen betaald door kaarthouders observeerde de Europese Commissie:

- *acquirers* betalen in sommige Lid-Staten gemiddeld veel hogere interbancaire vergoedingen dan in andere.
- *acquirers* betalen gemiddeld genomen hogere interbancaire vergoedingen voor internationale krediet- en pinkaarttransacties dan voor nationale pinkaarttransacties.
- Vele *acquirers* betalen een hogere interbancaire vergoeding gemiddeld genomen voor nationale Mastercard/Visa-transacties dan voor gelijkwaardige grensoverschrijdende transacties.<sup>24</sup>

Met betrekking tot het vraagstuk van toetredingsbelemmeringen stelde de Commissie voorlopig vast:

- de verticale integratie van betaalkaartsystemen kan nieuwkomers, in het bijzonder niet-bancaire instellingen, verhinderen te concurreren met bestaande marktdeelnemers in een bepaald segment van de markt.
- gemeenschappelijke ondernemingen tussen lokale banken om kaartacceptanten te *acquireren* kan de mededingingsdruk wegnemen op het niveau van *merchant fees*, omdat kaartacceptanten alleen een aanbod van het desbetreffende netwerk kunnen krijgen.
- uiteenlopende technische standaarden door heel de EU kan *acquirers*, verwerkers en verkopers van terminals

<sup>20</sup> Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt ii.

<sup>21</sup> Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt ix.

<sup>22</sup> Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt iv.

<sup>23</sup> Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt v.

<sup>24</sup> Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt v. Het valt hierbij op dat de Europese Commissie alleen maar belangstelling heeft voor nationale (d.w.z. tussen een kaarthouder en een kaartacceptant gevestigd in dezelfde Lid-Staat) en (intra-Europese) grensoverschrijdende transacties (tussen een kaarthouder uit de ene Lid-Staat en een kaartacceptant uit een andere) en niet geïnteresseerd is in zogeheten internationale transacties tussen een kaarthouder uit eender welke Lid-Staat en een kaartacceptant in een derde land (bijv. de Verenigde Staten van Amerika) of vice versa.



- hinderen om op een pan-Europese schaal te opereren.
- afspraken over preferentiële interbancaire vergoedingen tussen lokale banken en hoge *fallback* vergoedingen voor buitenlandse banken kunnen de kosten voor buitenlandse banken die een nieuwe markt willen betreden, verhogen.
  - bilaterale *clearing*-regelingen tussen lokale banken kunnen markttoetreding moeilijker maken.
  - sommige zeggenschapsregelingen binnen betaalkaartsystemen kunnen de mededingingsvoorwaarden tussen leden verstoren.
  - sommige vereisten voor het lidmaatschap van een betaalsysteem kunnen niet-bancaire instellingen verhinderen op nationaal vlak te *acquireren* en kunnen ook nieuwkomers verhinderen grensoverschrijdend te *acquireren*.
  - hoge entreegelden voor betaalkaartsystemen en de structuur ervan kan nieuwe toetreding ontmoedigen net zoals een toename van het uitgeven van kaarten.
  - andere regels binnen netwerken kunnen ook toetreding moeilijker maken.<sup>25</sup>

In haar Tussenrapport omschrijft de Europese Commissie ook vier categorieën van oplossingen voor de verschillende vraagstukken (of naar haar woorden ‘mededinging’, ‘regulatorisch’ en ‘zelf regulerend’) en de laatste categorie is ‘*advocacy*’, hetgeen een nieuw soort remedie schijnt te zijn, nota bene zonder dat de Europese Commissie daarvan een definitie heeft gegeven.<sup>26</sup> Hoewel de Europese Commissie alleen een beperkte hoeveelheid details met betrekking tot *advocacy* als een mogelijke remedie geeft, blijkt het te gaan om het vergroten van markttransparantie teneinde de vraagzijde van de markt te versterken, dat wil zeggen in situaties waarin hoge kaarthoudersvergoedingen, hoge vergoedingen van kaartacceptanten, hoge interbancaire vergoedingen, verticale integratie, gemeenschappelijke ondernemingen tussen *acquirers*, bilaterale *clearing*regelingen en het ‘blenden’ van vergoedingen van kaartacceptanten.<sup>27</sup> In de grond beoogt *advocacy* als een remedie de aanbodzijde (normaal gesproken de netwerken) en de vraagzijde (normaal gesproken de kaarthouders en/of de kaartacceptanten) te laten onderhandelen op basis van openbaar gemaakte informatie.<sup>28</sup>

### Het Eindrapport van de Europese Commissie

In haar Mededeling over het Eindrapport vat de Europese Commissie de uitkomsten van haar sectoronderzoek naar *retail banking* samen. Dat onderzoek omvatte meer dan alleen maar betaalkaartensystemen: ook kredietregistratiesystemen, samenwerking tussen banken met betrekking tot technische normen, infrastructuur, de exploitatie van betalingsverkeerssystemen (om het even of het is tussen gewone banken dan wel spaar- en coöperatieve banken), prijsvorming en prijsbeleid en dergelijke waren ook onderdeel van het sectoronderzoek. Aan het eind van haar Mededeling geeft de Commissie de volgende mogelijke stappen aan met betrekking tot de handhaving van mededingingsregels en nieuwe wetgeving en zelfregulering. Door de bank geno-

men bevestigen de uitkomsten van het sectoronderzoek zoals verwoord in de Mededeling en het Eindrapport de voorlopige conclusies van het Tussenrapport. Hier wordt volstaan met het aanstippen van enkele belangrijke punten met betrekking tot betaalkaartsystemen.

Met betrekking tot a) door kaartacceptanten en kaarthouders te betalen vergoedingen en b) interbancaire vergoedingen stelt de Commissie vast dat er zeer grote verschillen zijn tussen de verschillende Lid-Staten. Zij meent dat die verschillen verklaard kunnen worden door de aanwezigheid van mededingingshindernissen.<sup>29</sup> In het bijzonder maakt de Europese Commissie zich zorgen met betrekking tot multilaterale interbancaire vergoedingen (*interchange*). De Europese Commissie wijst erop dat het gewoonlijk zo is dat kaartuitgevende instellingen de meeste kosten van een betaalkaartensysteem dragen, terwijl de meeste inkomsten verkregen worden aan de acquirerende kant in de vorm van door kaartacceptanten te betalen vergoedingen. Volgens de betaalkaartennetwerken is er de noodzaak om de onevenwichtigheden in de kosten te herstellen door het *interchange*-mechanisme (technisch een vergoeding betaald door *acquirers* aan de kaartuitgevende instellingen). De verkregen informatie laat echter zien volgens de Europese Commissie dat de meeste nationale PIN-kaartnetwerken veel lagere of zelfs op nul gestelde interbancaire vergoedingen kennen dan de internationale kredietkaart en PIN-netwerken. Dit leidt in het algemeen tot lagere kosten voor kaartacceptanten.<sup>30</sup> In de analyse van de Europese Commissie genereert het uitgeven van betaalkaarten als zodanig positieve resultaten in 20 van de 27 Lid-Staten. De Europese Commissie vermeldt in dit verband het doorlopende debat over de vraag, in welke mate *interchange*-mechanismen onmisbaar zijn om het doelmatige functioneren van betaalkaartennetwerken mogelijk te maken en, indien al onmisbaar, welke voorwaarden gesteld zouden moeten worden aan de toelaatbaarheid ervan.<sup>31</sup>

Omtrent structurele toetredingsbarrières in betaalkaartennetwerken stelt de Europese Commissie vast dat met name het acquireren van Visa- en/of MasterCard-transacties door een nationale monopolist (meestal in de vorm van een joint venture van reeds aanwezige banken) gedaan wordt. Dit op z'n beurt kan leiden tot de uitoefening van aanmerkelijke marktmacht en aldus tot supra-competitieve vergoedingen opgelegd aan kaartacceptanten.<sup>32</sup>

25 Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punten vi en vii.

26 Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt viii.

27 Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt viii.

28 Zie Tussenrapport, *Executive Summary*, punt vii (met betrekking tot hoge vergoedingen te betalen door kaarthouders, kaartacceptanten en interbancaire vergoedingen) en punt viii (met betrekking tot het blenden van vergoedingen te betalen door kaartacceptanten).

29 Mededeling, punt 14.

30 Mededeling, punt 15.

31 Mededeling, punt 16. Het Eindrapport verwoordt het in zijn conclusie stellig met de vaststelling dat het sectoronderzoek heeft aangetoond dat *interchange* niet intrinsiek noodzakelijk is voor het functioneren van betaalkaartensystemen (zie punt B.5.6., p. 116).

32 Mededeling, punt 17.

Op het punt van toetredings- en bestuurlijke regelingen heeft de Europese Commissie punten van zorg genoteerd. Zo is het vereiste dat een *acquirer* een bankvergunning heeft wellicht gerechtvaardigd uit prudentieel oogpunt, maar het belemmert ook de toetreding van die partijen die alleen als *acquirer* en niet ook als kaartuitgevende instelling (dus als een al dan niet gewone bank) willen functioneren. Bestuurlijk zijn sommige netwerken zo georganiseerd dat geassocieerde leden verplicht zijn commercieel gevoelige informatie aan volwaardige leden bekend te maken zonder dat er sprake is van de wederzijdse uitwisseling van informatie. Dit kan de concurrentiepositie van geassocieerde leden benadelen en op deze manier de concurrentiedruk op volwaardige leden doen afnemen.<sup>33</sup>

Ook heeft de Europese Commissie vraagtekens geplaatst bij andere aspecten van betaalkaartennetwerken zoals regels omtrent *co-branding*, *surcharging* en toetredingsbijdragen.<sup>34</sup>

Als gezegd heeft de Europese Commissie een aantal mogelijke volgende stappen geformuleerd om mededinging in *retail banking* en in de markt voor betaalkaarten in het bijzonder te versterken. Als het gaat om het instrument van handhaving van het mededingingsrecht ziet de Europese Commissie mogelijke actie op het punt van toetredingsbarrières, discriminerende regels, de structuur van vergoedingen en bestuurlijke regelingen. Als tweede mogelijke actiepunt ziet zij *interchange* en *merchant service charges*. Het volgende punt betreft het inzamelen van nadere inlichtingen om vast te stellen of de samenwerking tussen spaar- en/of coöperatieve banken op merkbare wijze de mededinging onder hen zelf of met betrekking tot andere daadwerkelijke of potentiële concurrenten beperkt. Een vierde punt betreft eventuele verboden koppelverkoop en het laatste punt gaat over toetredingshindernissen en discriminerende regels met betrekking tot kredietregistratiesystemen. De Europese Commissie sluit dit allemaal af met de vaststelling dat concrete handhaving een volledig feitenonderzoek zal vereisen in samenwerking met nationale mededingingsautoriteiten.<sup>35</sup>

Op wetgevend vlak is de Europese Commissie van plan SEPA zodanig in te richten dat velerlei beperkende regels afgeschaft zullen worden. In het bijzonder denkt zij hierbij aan de beperkingen met betrekking tot *co-branding* die nu nog gehanteerd kunnen worden om markten af te schotten. Ook meent de Europese Commissie dat betaalkaartenetwerken en *clearing & settlement*-systemen niet tot mededingingsvervalsing mogen leiden door discriminatoire regels en bestuursstructuren.<sup>36</sup> Over zelfregulering zegt de Europese Commissie niets in haar Mededeling. Ook het Eindrapport zegt er niets over.

### Slotsom: stappen vooruit, stappen achteruit, zolang het principe van *interchange* niet wordt afgeschaft

Na al deze belangstelling voor betaalsystemen van overheidswege moet maar afgewacht worden wat de netto voordelen voor het consumentenwelzijn en de structuur van de mededinging op de lange termijn zullen zijn. Ex-

post handhaving van mededingingsregels in de sector van het betalingsverkeer blijkt in de praktijk bijzonder weerbarstig te zijn. De ex-ante monitoring van aan nieuw toezicht onderworpen markten is een moeilijke taak en onderwerpt als zodanig de markt niet aan de gewenste tucht van daadwerkelijke mededinging. Dat laat niet alleen het sectoronderzoek van de Europese Commissie zien. Ook de Monitor Financiële Sector van de Nederlandse Mededingingsautoriteit toont dat aan.<sup>37</sup> Het langzame tempo van ingrepen van mededingings- en prudentiële toezichthouders en opvolgende evaluaties zou de indruk onder kaartacceptanten en de bankindustrie kunnen wekken dat mededingingsinterventies eenmalige onaangenaamheden zijn die niet makkelijk herhaald zullen worden. Of dit inderdaad zal plaatsvinden en misschien zal leiden tot de totstandkoming van een nieuwe gespecialiseerde soort toezichthouder moet nog worden afgewacht. Wat dat betreft wekt het SEPA-project in samenhang met het Tussen- en het Eindrapport van de Europese Commissie nogal wat verwachtingen. Voorlopig zijn ze echter niet waargemaakt.

Dat zal pas lukken, als de kern van het mededingingsprobleem in de betaalkaartenindustrie aangepakt wordt. Die kern bestaat uit het stelsel van multilaterale interbancaire vergoedingen. Zolang de in wezen ongecontroleerde vermogensoverdrachten van kaartacceptanten naar kaartuitgevende instellingen via door hen gecontroleerde *acquirers* blijft plaatsvinden, zullen kaartacceptanten blijven klagen over te hoge kosten van het betalingsverkeer en zullen mededingings- en bancaire toezichthouders onder druk staan om daartegen op te treden. De ogenschijnlijke makkelijke oplossing bestaat uit ingrepen in non-tarifaire aspecten van betaalkaartssystemen. De Europese Commissie zegt dan ook niet voor niets dat zij als eerste aandachtspunt heeft het wegnemen van allerhande structurele belemmeringen te vinden in met name de eigen regels van netwerken als die van

33 Mededeling, punten 18 en 19.

34 Mededeling, punten 20 e.v.

35 Mededeling, punten 39-44.

36 Mededeling, punten 45-48.

37 De Monitor Financiële Sector (MFS) 2006 meent positieve effecten van de structurele verandering ingezet door de overheveling van de PIN-contracten van Interpay naar individuele banken te hebben kunnen meten. Het percentage overstappende of een overstap overwegende kaartacceptanten is volgens de Nederlandse Mededingingsautoriteit gestegen ten opzichte van 2005. De gemiddelde PIN-tarieven van banken aan kaartacceptanten zijn volgens haar meer gedaald dan de korting van 1 eurocent uit het Convenant Betalingsverkeer 2005. Zie p. 131 e.v. Dit alles lijkt fraai, maar nergens wordt iets gezegd over de kostenstructuur van de PIN-netwerkdiensten en met name de gemeenschappelijkheid van kosten die de individuele banken via Interpay hebben. Ook wordt niets gesteld over de jarenlange afwezigheid van enige prijsconcurrentie en de gevolgen daarvoor voor het prijspeil, toen de banken niet zelf PIN-netwerkdiensten aanboden, maar dat overlieten aan hun gemeenschappelijke onderneming Interpay. Dat de Nederlandse Mededingingsautoriteit juist op dit punt gefaald heeft (naar uit haar Interpay-besluiten blijkt; zie noot 7; zie voorts noot 13 over de gemeenschappelijkheid van kosten). Dit soort informatie is wel nodig om te kunnen beoordelen, wat nu de echte gevolgen zijn van het ingrijpen formeel door de Nederlandse Mededingingsautoriteit en informeel door De Nederlandse Bank via de Commissie Wellink.

Visa en MasterCard. Hoe precies zij dit wil realiseren, geeft zij niet aan. De suggestie dat dit door SEPA-regelgeving zou kunnen geschieden is echter wel te vinden in haar Mededeling en het Eindrapport. Als zodanig merkt zij *interchange* als een punt van zorg aan, maar enige praktische oplossing biedt zij niet anders dan door te zeggen dat die zorg in individuele gevallen van handhaving van de mededingingsregels achteraf zou kunnen gebeuren. Het is dan ook spijtig dat de Europese Commissie dit vraagstuk niet fundamenteel aanpakt met een frontale aanval op de aan alle betaalkaartnetwerken ten grondslag liggende premisse dat hier sprake is van een tweezijdige markt waarvan de twee delen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn: de ene deelmarkt met de kaartuitgevende instelling als aanbieder en de kaarthouder als afnemer enerzijds en de andere deelmarkt met de *acquirer* als aanbieder en de kaartacceptant als afnemer met *interchange* als mechanisme om onevenwichtigheden in de kosten te verevenen.<sup>38</sup> Het resultaat van zo'n benadering zou moeten zijn dat elke zijde van deze markt zijn eigen kosten moet opbrengen zonder dat de ene kant de andere subsidieert. Technisch zou dat betekenen dat er uitwisseling *a pari (at par)* plaatsvindt dan wel dat er een afspraak over een *zero interchange* gemaakt wordt. *A pari* uitwisseling kent men in het chequeverkeer al heel lang. Multilaterale interbancaire vergoedingen gesteld op nihil kent men ook al in het betalingskaartenverkeer zoals de Europese Commissie in haar Eindrapport laat zien.<sup>39</sup> Deze ontkoppeling van de twee zijden zou recht doen aan de civielrechtelijke betrekkingen tussen de twee betrokken paren marktdeelnemers: de kaartuitgevende instelling verleent aan de kaarthouder de dienst dat de ter beschikking gestelde kaart de kaarthouder in staat stelt zonder contant geld aan zijn betalingsverplichtingen te kunnen voldoen, terwijl de *acquirer* de kaartacceptant de dienst verleent dat de betaling door zijn klant met behulp van diens kaart conform de geldende regels afgewikkeld zal worden.<sup>40</sup> Uit het Eindrapport blijkt ook dat de winstgevendheid van de kaartuitgevende instellingen hoog is. Volgens de Europese Commissie zou 62% van alle onderzochte banken toch winst hebben gemaakt, zelfs al zouden zij geen inkomsten uit *interchange* hebben verkregen. Dat geeft haar aanleiding tot de voorzichtige conclusie te komen dat de opvatting dat de algehele *output* van de betaalkaartenindustrie zou verkleinen, als de uitgifte van kaarten niet gesubsidieerd zou worden door de overdracht van inkomsten door *acquirers*, in elk geval voor een deel geen stand houdt.<sup>41</sup>

Zonder dat er paal en perk aan de marktmacht van de betaalkaartensector wordt gesteld met een principiële inperking of zelfs afschaffing van multilaterale interbancaire vergoedingen, zal vooruitgang in het betalingsverkeer steeds op een processie van Echternach lijken: een paar stappen vooruit, een stap terug en dan weer een paar stappen vooruit.

---

38 Eindrapport, punt B.5.4., p. 115.

39 Eindrapport, punt B.5.6., p. 116.

40 Het Office of Fair Trading heeft in zijn *MasterCard*-zaak (zie noot 15) een gedegen analyse gemaakt, voor wiens rekening (nl. van de kaarthouder of van de kaartacceptant) onderdelen van de geleverde diensten behoren te komen (punten 588-625, in het bijzonder punt 595). Het oordeelde dat de betalingsgarantie en de rentevrije periode, beide als kostencomponenten opgenomen in *interchange*, voor niet rekening van de kaartacceptant behoren te komen, omdat zij alleen maar de kaarthouder (soms) tot voordeel strekken en verder eigenlijk alleen maar de kaartuitgevende instelling bevoordelen met revenu dat geen verband houdt met betalingsverkeer in eigenlijke zin (punt 733). Om deze reden werd niet voldaan aan de eerste vrijstellingsvoorwaarde van artikel 81 (3) en het Britse equivalent (punt 742).

41 indrapport, punt B.6.5., p. 127.