

Nederlandse Mededingingsautoriteit

Aan

Datum

Uw kenmerk

Ons kenmerk

Bijlage(n)

4174/32.0105

Onderwerp

Zaak 4174; Informele Zienswijze B&L

Geachte mevrouw,

U hebt de NMa verzocht om een informele zienswijze met betrekking tot de verenigbaarheid van de oprichting van Brands & Licences Betalingsverkeer Nederland B.V./ Brands & Licences Betalingsverkeer Holding B.V. (hierna: B&L), alsmede de door B&L opgestelde Rules & Regulations (hierna: R&R), met de Europese en nationale mededingingsregels. Deze informele zienswijze treft u hierbij aan. Ik wijs u er daarbij op dat deze informele zienswijze gebaseerd is op de door u verstrekte informatie. Voorts hecht ik eraan te benadrukken dat de informele zienswijze zich beperkt tot de producten PIN en Chipknip¹ en zich derhalve niet uitstrekt tot toekomstige betaalproducten.

1. Beschrijving van de verstrekte informatie

De situatie, zoals ik die uit de door u beschikbaar gestelde schriftelijke gegevens en de door u mondeling gegeven toelichting heb begrepen, laat zich als volgt omschrijven.

1.1 Achtergrond B&L

De oprichting van B&L hangt samen met de aanbevelingen van de Commissie Wellink, welke gericht zijn op meer transparantie en marktwerking in het Nederlandse betalingsverkeer. Deze aanbevelingen zien op een wijziging in de positie van Interpay Nederland B.V. (hierna: "Interpay"), in het bijzonder met betrekking tot haar vele verschillende rollen in het Nederlandse betalingverkeer. Genoemd kunnen worden die van acquiring processor, issuing processor, switch processor en acquirer t.b.v. PIN en Chipknip contracten met de detaillisten. Daarnaast is Interpay

¹ In deze zienswijze wordt geen oordeel gegeven over de gehanteerde feestructuur in het kader van de mogelijkheid van misbruik van een economische machtspositie.

de certificerende instantie voor marktpartijen die binnen het Nederlandse betalingverkeer een rol willen vervullen. Het werd door de Commissie Wellink wenselijk geacht dat Interpay enkele rollen zou afstoten, opdat meer marktwerking zou kunnen ontstaan. Zij zag met name complicaties daar waar Interpay onder meer uit hoofde van haar rol als certificerende instantie en eigenaar van de merken PIN en Chipknip, potentiële toetreders, en daarmee eveneens potentiële concurrenten, de toegang tot de markt kan ontzeggen.

Met de afsplitsing van activiteiten is een aanvang gemaakt op 1 maart 2004. Op die datum zijn de PIN en Chipknip contracten die Interpay had met detaillisten overgedragen aan de individuele banken. De banken dienen deze producten in concurrentie met elkaar aan te bieden. Met de oprichting van B&L door Interpay worden de regelgeving en merklicenties afgezonderd van processing op het gebied van betalingsverkeer. Volgens B&L zullen de mogelijkheden voor nieuwe toetreders hierdoor worden vergroot en zal de concurrentie tussen financiële instellingen, processoren en andere partijen actief op het gebied van betalingsverkeer gefaciliteerd worden.

1.2 Werkwijze B&L

B&L wordt eigenaar van de merken van collectieve betaalproducten in Nederland, waaronder PIN en Chipknip². Als eigenaar van de merken PIN en Chipknip stelt B&L ten eerste eisen aan partijen die deze merken gebruiken. Deze eisen zijn vastgelegd in de R&R. Financiële instellingen kunnen deze betaalproducten slechts op de markt aanbieden, indien zij hiervoor een licentie hebben verkregen van B&L³. Daarnaast certificeert B&L derde partijen die deelfuncties willen verrichten in het betalingsverkeer, zoals processoren, terminalleveranciers en kaartleveranciers. Volgens B&L zal certificering en licentiering plaatsvinden op basis van in de R&R opgenomen, van te voren inzichtelijke gemaakte, objectieve criteria die verband houden met veiligheid, continuïteit, betrouwbaarheid en efficiency van het betalingsverkeer. De toetsing of aan de eisen voor een licentie of certificaat voldaan is, zal volgens B&L niet door B&L zelf worden uitgevoerd maar door onafhankelijke, ter zake deskundige, instellingen.

1.3 Rules & Regulations

De R&R zijn opgebouwd in de vorm van een zogenoemd “rollenmodel”. Een rol correspondeert met een specifieke taak in de keten van afwikkeling van het betalingsverkeer. De huidige R&R hebben betrekking op de producten Pin en Chipknip.

U hebt aangevoerd dat u door middel van de R&R beoogt een open toegang van partijen tot de markt te creëren. U geeft aan dat de R&R niet-discriminatoir en transparant zijn. B&L is van mening dat de R&R een cruciaal instrument vormen om markttransparantie en marktwerking te faciliteren onder de conditie van het waarborgen van een voldoende mate van efficiency en veiligheid van het betalingsverkeer.

² De merken PIN en Chipknip waren voorheen eigendom van Interpay.

³ De aanbieders van betaalproducten zullen actief zijn op de eindmarkt en derhalve de rol van issuing en/of acquiring bank gaan vervullen.

U hebt aangegeven dat de aan ons verstrekte versie van de R&R niet de definitieve versie is. Desgevraagd hebt u toegelicht dat wijzigingen van de R&R in verschillende rondes zullen worden geïmplementeerd. Daarbij gaf u ter zake van het tijdsplan aan dat de door u reeds ontvangen commentaren van diverse partijen op korte termijn zullen worden verwerkt. Vervolgens zullen de R&R ingevolge uw informatie gewijzigd worden als de visies van marktpartijen in onder meer de Raad van Certificaathouders en de Raad van Licentiehouders zijn uitgekristalliseerd en daartoe aanleiding geven. Voor de toekomst voorziet u voorts dat de R&R, onder meer op basis van ervaringen opgedaan in de praktijk, periodiek zullen worden aangepast.

2. Kernpunten informele zienswijze

In deze informele zienswijze zal, conform hetgeen met u is besproken, slechts worden ingegaan op twee mededingingsrechtelijk relevante aspecten. Dit betreft de oprichting van B&L, en de daarmee samenhangende onafhankelijkheid van B&L, en de in de R&R gestelde eisen.

2.1 Onafhankelijkheid B&L

De volledige onafhankelijkheid van B&L bij de uitvoering van haar activiteiten is vanuit concurrentieoogpunt noodzakelijk, opdat gewaarborgd is dat geen enkele marktpartij invloed kan uitoefenen op de beslissing of (potentiële) concurrenten toegang krijgen (door middel van een licentie en/of certificaat) tot de markt. Cruciaal is derhalve dat B&L zelf niet actief zal zijn als marktpartij binnen het Nederlandse betalingsverkeer en uit dien hoofde geen belang zal hebben bij het al dan niet toelaten van marktpartijen. Het is voorts van belang dat de directie van B&L geheel zelfstandig zal kunnen besluiten over alle zaken die gerelateerd zijn aan de toetsing van potentiële licentie- en certificaathouders.

In dat kader valt op dat de acht banken die aandeelhouder zijn van B&L, tevens marktpartij zijn binnen het betalingsverkeer en als zodanig met elkaar, en met (potentiële) toetreders, dienen te concurreren. Diezelfde banken zijn bovendien de aandeelhouders van een andere belangrijke marktpartij, te weten Interpay. Dientengevolge blijft er een intrinsieke verwevenheid bestaan tussen B&L, haar aandeelhouders en Interpay, die mededingingsrechtelijke risico's met zich meebrengt.

Gelet op het bovenstaande zal in deze informele zienswijze met name gekeken worden naar de onafhankelijkheid van B&L bij:

- de vaststelling en wijziging van de R&R die de objectieve eisen omvatten waaraan elke marktpartij moet voldoen, en
- de toetsing of een partij voldoet aan de in de R&R gestelde eisen en dus gecertificeerd wordt of een licentie krijgt.

2.2 R&R

Zoals blijkt uit voorgaande, zal B&L de voorwaarden vaststellen waaronder ondernemingen kunnen toetreden tot de verschillende markten in de keten van het nationale betalingsverkeer.

Zoals door u aangegeven dient een onderneming te beschikken over een certificaat of licentie om actief te kunnen worden op de verschillende te onderscheiden markten. De R&R kunnen derhalve worden gekwalificeerd als een zogenaamde certificeringsregeling. Dergelijke regelingen kunnen, evenals erkenningsregelingen, in beginsel gericht zijn op bevordering van de kwaliteit en veiligheid van producten.

Nu ondernemingen alleen dan actief kunnen worden op een van de markten in de keten van het betalingsverkeer indien zij voldoen aan de R&R en beschikken over een door B&L verstrekte licentie of certificaat, kunnen de R&R in de praktijk uitwerken als toetredingsbarrière en uitsluiting tot gevolg hebben. De R&R dienen daarom te voldoen aan de eisen die de Europese en nationale mededingingsregels stellen aan dergelijke regelingen, daaronder mede begrepen de toepassing ervan in de praktijk.⁴

Gelet op het belang voor (potentiële) marktpartijen om te worden gecertificeerd of een licentie te verkrijgen, mogen van de R&R in beginsel geen objectief ongerechtvaardigde uitsluitingseffecten uitgaan. De R&R mogen dan ook geen toetredingsbelemmeringen bevatten die niet strikt noodzakelijk zijn ter waarborging van een veilig en betrouwbaar betalingsverkeer.

Om uitsluiting zonder objectieve rechtvaardiging te voorkomen en te waarborgen dat een ieder die aan de eisen van de certificeringsregeling voldoet in aanmerking komt voor een licentie of certificaat, moeten de R&R voldoen aan de volgende voorwaarden:

- de R&R dienen een open karakter te hebben en de eisen die de R&R stellen, moeten objectief en vóóraf duidelijk zijn;
- de (toelatings)procedure voor certificering/licentiering moet transparant zijn;
- de (toelatings)procedure voor certificering/licentiering moet voorzien in een onafhankelijke beslissing over de toelating bij de eerste beoordeling of, nadat erkenning is geweigerd, in beroep.

Indien de R&R aan deze voorwaarden voldoen, zal de regeling op zichzelf beschouwd normaliter geen mededingingsbeperking in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw of artikel 81 EG opleveren.⁵

Gelet op de kernpunten van deze informele zienswijze zal hieronder allereerst worden ingegaan op de onafhankelijkheid van B&L. Daarna zullen de R&R worden besproken aan de hand van voornoemde criteria. Ten aanzien van beide onderwerpen zullen eerst de door u aangedragen feiten worden weergegeven, gevolgd door een informele bespreking van deze feiten in het licht van het mededingingsrecht.

⁴ Zie ook de richtsnoeren samenwerking bedrijven van de NMa d.d. 7 april 2005 (www.nmanet.nl) alsmede de Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 EG op horizontale overeenkomsten van 6 januari 2001, Pb. 2001, C 3, p.2.

⁵ Rechtbank Rotterdam van 25 maart 2004, zaaknr. 021796 MEDED, *UNETO-VNI*.

3. Onafhankelijkheid B&L

3.1 Feiten

Om te kunnen beoordelen in hoeverre B&L volledig onafhankelijk opereert, zijn met name de governance structuur en besluitvorming van belang.

3.1.1. Governance structuur B&L

Directie

U hebt aangegeven dat B&L tot doel heeft “het faciliteren van marktwerking en het vergroten van markttransparantie”. B&L denkt deze taak goed te kunnen vervullen, omdat zij vindt dat de directie aantoonbaar objectief, zelfstandig en voldoende onafhankelijk kan opereren. Hierbij acht u van belang dat de directie bevoegd is over belangrijke peilers van de organisatie zelfstandig te besluiten, met name over de R&R en het commerciële beleid.

Algemene vergadering van Aandeelhouders

De aandeelhouders van B&L zijn ING Bank N.V., ABN AMRO Bank N.V., Coöperatieve Centrale Raiffeisen-boerenleenbank B.A., Fortis Bank Nederland B.V., SNS Bank N.V., F. Van Lanschot Bankiers N.V., Friesland Bank N.V. en N.V. Bank Nederlandse Gemeenten. Alle besluiten van de Algemene vergadering van Aandeelhouders (hierna: “AvA”) worden genomen met volstreekte meerderheid van stemmen en geen van de aandeelhouders heeft ten aanzien van strategische beslissingen aangaande B&L een vetorecht.

De bevoegdheden van de AvA zijn volgens u gericht op de lange termijn strategie en het optimaal exploiteren van de merkwaarden. Zoals door u aangegeven in uw brief van 20 december jl. heeft de AvA geen formele bevoegdheden ten aanzien van het commerciële beleid van B&L en de toelating van nieuwe toetreders.⁶

U hebt gesteld dat de AvA wel bevoegdheden heeft terzake van beslissingen om nieuwe collectieve merken of producten te gaan voeren en terzake van wijzigingen van bestaande producten, wanneer deze een grote impact hebben op de infrastructuur van het betalingsverkeer. Ook wijzigingen van de R&R die wijzigingen in de infrastructuur impliceren, moeten ter goedkeuring aan de AvA worden voorgelegd. Als reden voor deze bevoegdheden is door B&L aangegeven, dat wijzigingen in de infrastructuur investeringen vereisen. Voorts stelt u dat indien er op aandeelhoudersniveau commitment is om de met de wijzigingen gepaard gaande investeringen te doen, dit aan de markt zekerheid zou geven dat de wijzigingen daadwerkelijk worden doorgevoerd en dat de invoering ervan snel zal geschieden.

⁶ U hebt echter geen informatie overlegd waaruit blijkt hoe de ‘lange termijn strategie’ zodanig zal worden afgebakend van ‘het commerciële beleid’ dat het eerste geen invloed heeft op het laatste. Onder normale omstandigheden heeft de strategie immers wel degelijk een merkbare invloed op het commerciële beleid.

Raad van Commissarissen

De Raad van Commissarissen (hierna: “RvC”) heeft als taak toezicht te houden op het door de directie gevoerde beleid.

De RvC van B&L bestaat vooralsnog uit 10 commissarissen, waarvan 7 afkomstig zijn van aandeelhoudende banken. De overige 3 commissarissen zijn onafhankelijk⁷, waarbij dient te worden opgemerkt dat 1 van hen gelieerd is aan een bank die geen aandelen houdt in B&L. U hebt desgevraagd diverse malen benadrukt dat in de nabije toekomst een herbezinning op de omvang en samenstelling van de RvC zal plaats vinden. Hierbij wordt het aannemelijk geacht dat de RvC kleiner van omvang en in relatieve zin meer “bankonafhankelijk” zal worden. U hebt niet aangegeven hoe dit concreet zal worden vormgegeven.

Tevens hebt u aangegeven dat inmiddels het merendeel van de RvC van Interpay uit andere personen bestaat dan de RvC van B&L en dat deze scheiding in de loop van het eerste kwartaal van 2005 volledig geëffectueerd zal zijn.

Raad van Licentiehouders en Raad van Certificaathouders

U hebt aangegeven eraan te hechten uw klanten inspraak te bieden in van gemeenschappelijk belang zijnde zaken (met uitzondering van commerciële zaken of andere onderwerpen die mededingingsrechtelijk relevant zouden kunnen zijn). U geeft aan dat hiermee een veilig en efficiënt betalingsverkeer gewaarborgd blijft. In dat kader zal er een klantenraad voor licentiehouders en een klantenraad voor certificaathouders worden opgericht.

De Raad van Licentiehouders (hierna: “RvL”) en de Raad van Certificaathouders (hierna: “RvCert”) vormen een vertegenwoordiging van de afnemers van producten en diensten van B&L. Beide raden kunnen de directie van B&L gevraagd en ongevraagd adviseren, maar hebben geen besluitvormende of blokkerende bevoegdheden.

3.1.2. Besluitvorming B&L

Besluitvorming ten aanzien van wijziging R&R

Een aantal (strategische) besluiten van de directie van B&L behoeven vooraf de schriftelijke goedkeuring van de AvA.⁸ Dit betreft onder andere de voorgenomen wijziging van de R&R, indien deze een ingrijpende verandering in de infrastructuur van het betalingsverkeer impliceren.

Tevens zullen alle voorgenomen besluiten van de directie van B&L betreffende wijzigingen in de R&R ter advisering aan de RvL en RvCert worden voorgelegd. Indien het advies van de RvL afwijkt van het voorgenomen besluit van de directie van B&L met betrekking tot een wijziging van de R&R, wordt dit voorgelegd aan de RvC en doet deze terzake (met gewone meerderheid van stemmen) een bindende uitspraak. Deze escalatieprocedure geldt alleen voor de RvL, waarin de

⁷ Onder ‘onafhankelijk’ wordt hier verstaan niet op enigerlei wijze betrokken bij de aandeelhoudende banken.

⁸ Artikel 12 Statuten.

banken met een licentie zijn vertegenwoordigd. Geen enkele bank heeft in de RvL een blokkerende stem.

Besluitvorming inzake toetsing R&R

Of een onderneming voldoet aan de R&R wordt getoetst door een onafhankelijke, deskundige en door B&L goedgekeurde, partij. In principe zal een te toetsen marktpartij op eigen initiatief een onafhankelijke audit organisatie (hierna: "AO") voordragen aan B&L. B&L zal deze AO toetsen op vakbekwaamheid en onafhankelijkheid. In het algemeen zal gelden dat de AO een bij een in Nederland erkende beroepsorganisatie van auditors aangesloten instelling is. Na toetsing door de AO, zal B&L met inachtneming van het oordeel van de AO besluiten tot het al dan niet verstrekken van een licentie of certificaat .

Mocht aan een partij na toetsing geen certificaat of licentie worden verstrekt, dan kan de betreffende partij deze beslissing van B&L via een arbitrageaanvraag voorleggen aan het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: "NAI").

3.2 Zienswijze

3.2.1 Oprichting B&L

Gelet op de hiervoor beschreven ondernemingsstructuur, is het aannemelijk dat B&L kwalificeert als samenwerkingsverband en niet als gemeenschappelijke onderneming. Immers, zoals blijkt uit de statuten, beslissen zowel de AvA als de RvC met gewone meerderheid van stemmen. Geen van de in de AvA en RvC vertegenwoordigde partijen heeft in principe een blokkerende stem ten aanzien van belangrijke beslissingen betreffende B&L.

Een overeenkomst tot oprichting van een onderneming die niet onderworpen is aan de gezamenlijke zeggenschap van de aandeelhouders vormt als zodanig in beginsel geen beperking van de mededinging in de zin van artikel 6 Mw en artikel 81, lid 1, EG.⁹

Horizontale samenwerking tussen concurrenten is in beginsel in strijd met artikel 6 Mw en 81 EG indien de samenwerking ertoe strekt de mededinging te beperken. Ingeval de samenwerking er niet toe strekt de mededinging te beperken, moet onderzocht worden welke gevolgen de samenwerking heeft voor de mededinging op de relevante markt.¹⁰ Op grond van de door u

⁹ Onder meer het aanvaarden van de akte van (af)splitsing van Interpay Nederland B.V. alsmede de statuten van B&L door de aandeel in B&L houdende banken, kwalificeert als overeenkomst in de zin van artikel 1, sub e, Mw. Vergelijk in dit kader Beschikking 95/551/EG van de Commissie van 29 november 1995, zaak *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijven en Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven*, Pb. 1995, L 312/79, rnr. 19. Zie ook Beschikking 2001/696/EG van de Commissie van 31 juli 2001, zaak *Identrus*, Pb 2991, L 249/12, rnr41 en het besluit van de d-g NMa van 28 april 2004 in zaak 2910/*Interpay*, rnrs 112 en 113.

¹⁰ Zie ook Rechtbank Rotterdam van 25 maart 2004, zaaknr. 021796 MEDED, *UNETO-VNI*. Zie ook Beschikking 2001/696/EG van de Commissie van 31 juli 2001, zaak *Identrus*, Pb 2991, L 249/12, rnrs 42 e.v.

overgelegde informatie heeft de NMa vooralsnog geen reden aan te nemen dat de oprichting van het samenwerkingsverband zelf, ertoe strekt de mededinging te beperken.

Ik acht het thans wel opportuun nader in te gaan op de onafhankelijkheid van B&L. De reden hiervoor is gelegen in de belangrijke functie die B&L binnen het Nederlandse betalingsverkeer gaat vervullen. Om deze functie vanuit concurrentieoogpunt op goede wijze te kunnen uitoefenen, acht ik het noodzakelijk dat zij zelfstandig en onafhankelijk invulling zal geven aan haar taken. De governance structuur en het besluitvormingproces van B&L spelen hierbij een cruciale rol. Dienaangaande valt op dat de aandeelhouders van B&L (in totaal acht banken) tevens marktpartij zijn binnen het betalingsverkeer en dus ook elkaars concurrenten. Gezamenlijk zijn het de “incumbents” ten opzichte van potentiële toetreders. Bovendien zijn diezelfde acht banken de aandeelhouders van een andere belangrijke marktpartij, te weten Interpay. Dientengevolge bestaat er een intrinsieke verwevenheid tussen B&L, haar aandeelhouders en Interpay, die concurrentiebeperkende gevolgen kan hebben en aldus mededingingsrechtelijke risico's met zich meebrengt. Of deze concurrentiebeperkende gevolgen zich daadwerkelijk zullen voordoen zal in de praktijk worden getoetst. Het is in ieder geval van belang dat de directie van B&L geheel zelfstandig kan en zal besluiten over alle zaken die gerelateerd zijn aan de toetsing van potentiële licentie- en certificaathouders. Daarom dient in dit kader getoetst te worden in hoeverre de aandeelhoudende banken door hun rol als aandeelhouder, commissaris en licentiehouder invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de directie van B&L.

Maatgevend daarbij is dat de governance structuur van B&L en de besluitvormingsprocedures dienen te waarborgen dat de invloed van de aandeelhouders niet zover strekt dat andere (innovatieve) marktpartijen - al dan niet door middel van de invulling en toetsing van de R&R - de toegang tot de markt op oneigenlijke gronden kan worden ontcijgd of bemoeilijkt.

3.2.2. Governance structuur en besluitvorming B&L

Toegang van concurrenten tot de keten van het betalingsverkeer kan met name op twee momenten worden beïnvloed, namelijk op het moment dat de in de R&R neergelegde eisen worden gewijzigd en bij de toetsing of een marktpartij aan die eisen voldoet.

Onafhankelijkheid B&L inzake wijziging R&R

Op grond van de toegekende bevoegdheden aan de diverse organen van B&L volgt dat zowel de RvC als de AvA op bepaalde momenten beslissingsbevoegd is om door de directie voorgestelde wijzigingen van de R&R tegen te houden. Ten aanzien van de RvC is dit het geval na een negatief advies van de RvL wanneer de voorgestelde wijziging van de R&R via de escalatieprocedure voor een bindende uitspraak wordt voorgelegd aan de RvC. De AvA is op haar beurt in laatste instantie beslissingsbevoegd met betrekking tot voorgestelde wijzigingen van de R&R die tot gevolg hebben dat de infrastructuur van het betalingsverkeer ingrijpend gewijzigd dient te worden.

Voor zover op basis van de door u verstrekte informatie kan worden beoordeeld valt op voorhand niet uit te sluiten dat deze bevoegdheden van de RvC en de AvA inzake de beschreven wijzigingen

van de R&R zullen kunnen leiden tot oneigenlijke uitsluiting van toetreders en de belemmering van innovatie. Er is hier derhalve sprake van een mededingingsrechtelijk risico. Dit risico is met name aanwezig zolang de RvC in meerderheid bestaat uit commissarissen die gelieerd zijn aan de aandeelhoudende banken. Overigens is niet uitgesloten dat de aandeelhouders via de commissarissen, of op andere wijze, ondanks het ontbreken van formele bevoegdheden van de aandeelhouders op dit vlak¹¹, toch invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de directie. Kapitaalverschaffers (c.q. de eigenaren) van een onderneming kunnen immers in de praktijk op verschillende manieren aanzienlijke invloed uitoefenen. De praktijk zal uitwijzen of een dergelijke situatie zich zal voordoen. Wellicht ten overvloede merk ik hierbij op dat de personele scheiding van de commissarissen van Interpay en die van B&L verondersteld wordt te zijn geëffectueerd.

Ten aanzien van de formele bevoegdheid van de AvA inzake wijzigingen van de R&R¹², dient te worden opgemerkt dat dit een mededingingsrechtelijk risico met zich meebrengt, dat grotendeels weggenomen zou kunnen worden door deze bevoegdheid ten gunste van de onafhankelijkheid van de directie te schrappen ofwel de samenstelling van de AvA te veranderen.

Met betrekking tot de RvL en de RvCert ga ik er vanuit dat, zoals door u is gesteld, binnen deze gremia absoluut niet zal worden gesproken over onderwerpen die raken aan de concurrentie parameters van de individuele deelnemers of andere onderwerpen die mededingingsrechtelijk relevant zouden kunnen zijn.

Onafhankelijkheid B&L inzake toetsing

Zoals hierboven reeds is weergegeven dient de (toelatings)procedure voor certificering/licentiering te voorzien in een onafhankelijke beslissing over de toelating.

Uit de door u verstrekte informatie blijkt dat de toetsing plaatsvindt door een onafhankelijke AO die de te toetsen partij zelf kan voordragen en wiens advies de directie van B&L in acht dient te nemen. Tevens is voorzien in een onafhankelijke geschillenprocedure indien een onderneming het niet eens is met een beslissing van de directie van B&L inzake het niet verstrekken van een licentie of certificaat, in casu het NAI. Onafhankelijke arbiters doen in een geschil een bindende uitspraak. Ik ga er in deze zienswijze vanuit dat daarbij ook de gehele toetsingsprocedure (inhoudelijk) opnieuw wordt beoordeeld, indien het geschil daarop betrekking heeft.

De directie van B&L beslist over de verstrekking van een licentie of certificaat. Zoals blijkt uit de door u overgelegde informatie en uw mondelinge bevestiging, beslist noch de AvA noch de RvC over certificering of licentiering van derde partijen. Ook de RvCert en RvL hebben terzake geen directe invloed.

¹¹ En zelfs als de RvC in meerderheid zal bestaan uit niet aan de aandeelhouders gelieerde personen,

¹² Wijzigingen van de R&R die tot gevolg hebben dat de infrastructuur van het betalingsverkeer ingrijpend gewijzigd dient te worden.

Gelet op voorgaande is het op basis van de door u verstrekte informatie aannemelijk dat wordt voorzien in een onafhankelijke beslissing over certificering of licentiering van ondernemingen.

4. Rules & Regulations

Om te kunnen beoordelen in hoeverre de R&R voldoen aan de eerder genoemde criteria voor certificeringsregelingen zijn de volgende feiten van belang.

4.1. Feiten

Zoals hiervoor is aangegeven geven de R&R voorschriften voor partijen die willen toetreden tot de diverse te onderscheiden markten in de keten van het nationale betalingsverkeer met betrekking tot Pin- en Chipknipbetalingen. Deze voorschriften betreffen uw inziens voorwaarden voor het waarborgen van een efficiënt, veilig en betrouwbaar betalingsverkeer. De R&R zijn een landelijk dekkende regeling.

U hebt weergegeven dat de regels van B&L er in voorzien, dat potentiële certificaathouders van B&L alle benodigde informatie krijgen om een gefundeerd aanbod aan potentiële afnemers te kunnen doen. Hierbij wordt bedoeld op onder meer de R&R alsmede de voor de rol benodigde bijlagen¹³ en, indien gewenst, een toelichting door B&L hierop. U hebt opgemerkt dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen de voor de potentiële certificaathouder benodigde informatie voor de aansluiting op de switchprocessor (het IAN) en de overige aansluitingen/communicatie.

Ik merk in dit kader op dat u - ten aanzien van de aansluiting op een switchprocessor - hebt weergegeven dat de switchprocessor specifieke technische informatie zal verstrekken die certificaathouders nodig hebben om een gefundeerd aanbod aan derde partijen te kunnen doen. B&L stelt momenteel een transparante en non-discriminatoire procedure op die inzichtelijk maakt welke stappen binnen een bepaald tijdsbestek door de switchprocessor en de toetreder moeten worden genomen teneinde een veilige aansluiting te realiseren. Deze procedure zal deel uit gaan maken van de R&R. De kosten voor de aansluiting dienen transparant en vooraf bekend te zijn. B&L zal in concrete gevallen toezicht houden op de voortgang en het correcte verloop van de procedure. De kosten voor het reguliere gebruik van de switch zullen door de switchprocessor in rekening gebracht worden bij de licentiehouder en niet afhankelijk zijn van de aangesloten certificaathouder.

4.2 Zienswijze R&R

Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is het aannemelijk dat de beslissing over certificering en licentiering op voldoende onafhankelijke wijze geschiedt. De in de R&R neergelegde eisen dienen

¹³ De (definitieve) bijlagen D t/m K en M t/m U behorende bij de R&R van de producten Pin en Chipknip zijn niet aan de NMa overhandigd. De zienswijze heeft derhalve geen betrekking op deze bijlagen. De NMa kan geen oordeel geven over informatie die haar niet ter beschikking is gesteld.

daarnaast open, objectief en vooraf duidelijk te zijn. Tevens moet de (toelatings)procedure voor certificering c.q. licentiering transparant zijn.

Op grond van de door u overlegde informatie en verschaft mondelinge toelichting lijken de R&R toegankelijk te zijn voor iedere onderneming die daarom verzoekt. Zoals door u weergegeven worden de R&R en bijbehorende toelatingsprocedure op verzoek aan (potentiële) marktpartijen verstrekt. De toelatingsprocedure kan daarnaast worden gekwalificeerd als transparant.

Met betrekking tot de in de R&R opgenomen voorwaarden kan worden opgemerkt dat deze, voor zover thans in het kader van een informele zienswijze kan worden beoordeeld, geen ruimte lijken te laten voor subjectieve invulling. De R&R lijken daarmee geen toetredingsbelemmeringen te bevatten die niet minimaal noodzakelijk zijn ter waarborging van een veilig en betrouwbaar betalingsverkeer.

Ik hecht eraan u erop te wijzen dat feitelijke toepassing in de praktijk eveneens op objectieve wijze dient plaats te vinden en aanpassingen van de R&R geen onnodige toetredingsdrempels mogen opwerpen. Immers, indien in de praktijk blijkt dat bepaalde eisen uitwerken als toetredingsdrempel en niet minimaal noodzakelijk blijken te zijn voor het in stand houden van een efficiënt, veilig en betrouwbaar betalingsverkeer óf bepaalde partijen op andere, discriminatoire wijze worden uitgesloten, komt de verenigbaarheid van de R&R met de Mw in het gedrang.¹⁴

Ik benadruk dat mogelijke toekomstige introductie en toepassing van (innovatieve) producten en technologie in principe niet mag worden verhinderd of belemmerd. Dit betekent voor B&L dat de R&R in het geval van nieuwe ontwikkelingen mogelijk direct – onder andere naar aanleiding van opmerkingen en aanbevelingen van (potentiële) marktpartijen – moeten worden aangepast ter waarborging van de verenigbaarheid van de R&R met de Europese en nationale mededingingsregels. Voorts ga ik er vanuit dat de door u omschreven procedure inzake de aansluiting op de switchprocessor – zoals hiervoor beschreven – op korte termijn zal worden opgenomen in de R&R. Wellicht ten overvloede merk ik op dat de R&R nimmer bepalingen mogen bevatten waaruit volgt dat er slechts één gezamenlijke switch processor is, komt of mag zijn. Indien individuele ondernemingen niet vrij zijn in hun keuze om met iedere (potentiële) gecertificeerde switchprocessor een contract te sluiten ontstaat een mededingingsrechtelijk risico. Daarnaast spreekt het voor zich dat iedere potentiële switch processor die hiertoe een aanvraag indient en aan de relevante R&R voldoet, voor certificering in aanmerking moet kunnen komen.

5. Overige

B&L wordt de enige instantie in Nederland die door middel van het verstrekken van licenties en certificaten marktpartijen het recht kan geven om met betrekking tot enige rol gerelateerd aan de

¹⁴ Zie in dat kader ook Rechtbank Rotterdam van 25 maart 2004, zaaknr. 021796 MEDED, *UNETO-VNI*.

betalingsproducten Pin en Chipknip actief te worden op een van de markten in het Nederlands betalingsverkeer. Ondernemingen kunnen immers voor deze producten niet uitwijken naar andere certificeringsinstanties. Gezien deze unieke positie kan gesteld worden dat niet valt uit te sluiten dat B&L een economische machtspositie zal verwerven. Ik wijs u op het feit dat aan deze status bijzondere verplichtingen verbonden zijn. Het spreekt voor zich dat op geen enkele wijze misbruik mag worden gemaakt van deze positie. Om dit mededingingsrechtelijke risico te vermijden verdient het aanbeveling om ten aanzien van de door u gehanteerde feestructuur volledig transparant te zijn, opdat afnemers terzake een beoordeling kunnen maken.

6. Conclusie kernpunten zienswijze

Bezien vanuit de (oude) situatie waarin één marktpartij tevens de certificerende instantie was, ben ik van mening dat de oprichting van B&L een positieve ontwikkeling is voor de marktwerking in het Nederlandse betalingsverkeer, omdat het de mededingingsrechtelijke risico's vermindert. Deze lijken echter niet geheel weggenomen.

In deze zienswijze zijn enkele mededingingsrechtelijke risico's besproken die aan B&L zijn verbonden. Indien deze niet door B&L worden geadresseerd is het mogelijk dat in de nabije toekomst (wanneer B&L een aanvang neemt met de haar voorgenomen activiteiten) de verenigbaarheid van het handelen van B&L met de mededingingsregels in het gedrang kan komen. Met name de eigendomsstructuur en de besluitvormingsprocedure inzake bepaalde wijzigingen van de R&R, kunnen in de praktijk mogelijk leiden tot – vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt – ongewenste situaties. Ten aanzien van de procedure, waarbij zowel de RvC als de AvA op bepaalde momenten beslissingsbevoegd is om de door de directie voorgestelde specifieke wijzigingen van de R&R tegen te houden, is het mogelijk dat actieve marktpartijen uit hoofde van hun rol als aandeelhouder of commissaris van B&L invloed kunnen uitoefenen op de eisen die aan andere marktpartijen worden gesteld. Dit kan leiden tot een oneigenlijke uitsluiting van (potentiële) marktpartijen of de belemmering van innovatie.

Op grond van de door u overgelegde informatie heeft de NMa echter vooralsnog geen reden om aan te nemen dat de oprichting van het samenwerkingsverband zelf, ertoe strekt de mededinging te beperken.

Ten slotte benadruk ik nogmaals, hoewel de in de huidige R&R gestelde eisen – voor zover thans in het kader van deze informele zienswijze kan worden beoordeeld – niet in strijd met de Europese en nationale mededingingsregels lijken, dat de feitelijke toepassing van de huidige R&R en bijbehorende toelatingsprocedure ook in de praktijk op objectieve, transparante en non-discrimatoire wijze dient plaats te vinden. Teneinde de verenigbaarheid van de R&R ook in de toekomst te waarborgen, verdient het aanbeveling de huidige R&R – al dan niet naar aanleiding van reacties van marktpartijen en innovatieve ontwikkelingen – zo snel mogelijk te aan te passen.

Gezien de toekomstige aanpassingen van de R&R, wijs ik u erop dat deze informele zienswijze beperkt houdbaar is aangezien zij betrekking heeft op de huidige¹⁵ R&R.

7. Slotopmerkingen

Ik maak van de gelegenheid gebruik op te merken dat de NMa in het kader van haar toezichthoudende taken met aandacht de relevante ontwikkelingen zal blijven volgen. De wijze waarop B&L in de toekomst invulling gaat geven aan haar activiteiten maakt daarvan onderdeel uit.

Een openbare versie van deze informele zienswijze zal worden gepubliceerd op de internetpagina van de NMa. Ik verzoek u om binnen 2 werkdagen na dagtekening van deze brief aan te geven welke gegevens naar uw mening als vertrouwelijk dienen te worden aangemerkt.

Voor de goede orde benadruk ik dat deze brief, die is gebaseerd op door u verstrekte informatie, een informele zienswijze vormt die de d-g NMa niet bindt. De NMa heeft terzake geen nader onderzoek gedaan.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd.

Datum: 19 april 2005

w.g. dr. T.B.P.M. Tjin-A-Tsoi
Directeur Concurrentietoezicht

¹⁵ Versie 3.0.