

## Nederlandse Mededingingsautoriteit

*Aan*

Ministerie van Economische Zaken  
DG Telecommunicatie en Post  
Directie Ontwikkeling en Toepassing  
T.a.v. de heer mr. T.H.J. Joustra  
Postbus 20101  
2500 EC Den Haag

*Datum*

*Uw kenmerk*

*Ons kenmerk*

*Bijlage(n)*

4318/2.b366

*Onderwerp*

Zaak 4318; Samenwerking in het kader van "Intensivering van betalen via nieuwe media"

Geachte heer Joustra,

Op 18 januari jl. ontving ik het conceptrapport inzake het EZ-project "Intensivering van Betalen via Nieuwe Media". Zoals afgesproken tijdens het overleg met de dg-NMa, de heer mr. P. Kalbfleisch, van 17 februari jl. doe ik u hierbij een beschrijving toekomen van het toepasselijke wettelijk mededingingskader m.b.t. de beoogde samenwerking van marktpartijen binnen het project alsmede een algemene beantwoording van de gestelde vragen.

Aangezien op dit moment nog niet duidelijk is welke partijen gaan samenwerken en waarop mogelijke samenwerkingsafspraken exact betrekking zullen hebben, volsta ik met een algemene beschrijving van in onderhavig kader relevante samenwerkingsvormen die mededingingsrechtelijke implicaties kunnen hebben. Indien na 9 maart a.s. duidelijk wordt welke partijen, welke producten samen willen gaan ontwikkelen, kunnen partijen aan de hand van dit kader zelf een analyse uitvoeren. Voorshands ga ik er van uit dat dit kader daarvoor toereikend is. Mochten daarna toch nog vragen bestaan, dan bestaat onzerzijds de bereidheid ter zake van concrete voorstellen en de uitgevoerde analyse, nader te overleggen.

Zoals afgesproken kunnen aan bijgevoegde memo geen rechten worden ontleend. Het betreft slechts een beknopte uitleg ten behoeve van het Ministerie van Economische Zaken en partijen.

Hoogachtend,

A.J. Scholten  
Clustermanager Financiële Diensten  
Directie Concurrentietoezicht

Postbus 16326  
2500 BH Den Haag

Wijnhaven 24  
2511 GA Den Haag

T: [070] 330 33 30  
F: [070] 330 33 70

E-mail: [info@nmanet.nl](mailto:info@nmanet.nl)  
Website: [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)

## **Inleiding**

Naar ik heb begrepen is de situatie als volgt. Diverse marktpartijen waaronder een aantal grote banken en telecom operators verkennen momenteel binnen het Project “Intensivering van Betalen via Nieuwe Media” de mogelijkheden om nieuwe betaalinstrumenten op de markt te brengen. In het kader van deze verkenning zijn de mogelijke aanbieders van nieuwe betaalinstrumenten alsmede de behoefte aan nieuwe betaalinstrumenten geïnterpreteerd.

Ten aanzien van de mogelijke aanbieders van betaalinstrumenten is vooralsnog geconcludeerd dat de banken en de telecom operators de nieuwe betaalinstrumenten kunnen gaan aanbieden. Hierbij worden een drietal scenario's onderscheiden, waarbij de banken en de telecom operators in meerdere of mindere mate samen nieuwe betaalinstrumenten ontwikkelen en op de markt brengen. Ter zake van nieuwe betaalinstrumenten wordt onderscheid gemaakt tussen instrumenten ten behoeve van macrobetalingen (boven 10 euro) en microbetalingen (tot 10 euro). Binnen de categorieën macro- en microbetalingen wordt gedifferentieerd tussen mogelijke vaste en mobiele betaalinstrumenten.

|       |                            |                  |
|-------|----------------------------|------------------|
|       | Vast                       | Mobiel           |
| Macro | Thuiswinkelen via internet | Mobile Ticketing |
| Micro | Webcontent                 | Mobile Content   |

Afhankelijk van welke soort betalingen het betreft worden de diverse soorten mogelijk geachte samenwerkingsvormen toegelicht. Hieronder volgt een korte beschrijving van de drie scenario's.

### **Scenario 1:**

Zowel banken als telecom operators en alternatieve partijen bieden betaaldiensten aan. Daarbij gebruiken ze twee betaalstandaarden op schemenniveau. Eén scheme voor macrobetalingen (thuiswinkelen en mobile ticketing) en één scheme voor microbetalingen (mobile content en webcontent). Beide schemes bestaan uit een elektronisch berichtenprotocol en een eenduidig beeldmerk richting de consument en de merchant. Over de uiteindelijke clearing en processing zijn geen gezamenlijke afspraken gemaakt door de banken, de telecom operators en alternatieve aanbieders. Voor de schemes is één juridisch onafhankelijke branding en licensing organisatie in het leven geroepen. Deze beheert zowel de micro als de macro standaarden en maakt afspraken over voorwaarden voor nieuwe toetreders tot de schemes. Het zijn open schemes. Alle banken, telecom operators en alternatieve aanbieders kunnen toetreden mits ze aan de voorwaarden voldoen die de branding en licensing organisatie stelt.

### **Scenario 2**

Banken enerzijds bieden macro betalingsdiensten aan en telecom operators en alternatieve partijen anderzijds bieden micro betaaldiensten aan. Alle drie schemes bestaan uit een elektronisch berichtenprotocol en een eenduidig beeldmerk richting de consument en de merchant. De interchange vindt plaats op het niveau van de issuer en acquirer in het rollenmodel. Voor de uiteindelijke clearing en processing zijn door de banken onderling, de telecom operators

onderling en de alternatieve aanbieders onderling geen afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn voor de standaard op schemeniveau niet van belang omdat de interoperabiliteit op een hoger niveau gewaarborgd is. Voor de schemes zijn drie juridisch onafhankelijke branding en licensing organisaties in het leven geroepen. Deze beheren de standaarden en maken afspraken over voorwaarden voor nieuwe toetreders tot de scheme. Eén organisatie ziet toe op de scheme van de banken, één ziet toe op de scheme van de telecom operators en één ziet toe op de scheme van de alternatieve aanbieders. Het zijn open schemes. Alle telecom operators en alternatieve aanbieders kunnen toetreden tot de 'open internet' scheme mits ze aan de voorwaarden voldoen die de branding en licensing organisatie stelt. In de praktijk zijn telecom operators echter niet actief via de 'open internet' microschemen. De 'open portal' scheme staat open voor alle telecom operators wanneer die aan de voorwaarden van de branding en licensing organisatie voldoen. Alle banken kunnen toetreden tot de macroschemen mits ze aan de voorwaarden voldoen die de branding en licensing organisatie stelt.

### *Scenario 3*

Alleen banken bieden betaaldiensten aan. De telecom operators hebben geen andere rol dan die van transporteur van dataverkeer. Banken gebruiken twee betaalstandaarden op schemeniveau: één scheme voor macrobetalingen en één scheme voor microbetalingen. De schemes bestaan uit een elektronisch berichtenprotocol en een eenduidig beeldmerk richting de consument en de merchant. De interchange vindt plaats op het niveau van de issuing en acquiring in het rollenmodel. Voor de uiteindelijke clearing en processing zijn door de banken onderling geen afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn voor de standaard op schemeniveau niet van belang omdat de interoperabiliteit op een hoger niveau gewaarborgd is. Voor de schemes is één juridisch onafhankelijke branding en licensing organisaties in het leven geroepen. Deze beheert de standaard en maakt afspraken over voorwaarden voor nieuwe toetreders tot de scheme. Het zijn open schemes. Alleen banken kunnen toetreden tot de scheme mits ze aan de voorwaarden voldoen die de branding en licensing organisatie stelt. Alternatieve aanbieders spelen alleen internationaal een rol.

Ongeacht welk van de bovenstaande scenario's het zal worden, staat vast dat elk scheme zal bestaan uit een set gestandaardiseerde afspraken tussen alle marktpartijen die binnen een scheme een rol gaan vervullen betreffende:

- Het merk en de presentatie naar de consument;
- De elektronische berichten die met een betaling gepaard gaan;
- De kwaliteit van de identificatie en authenticatie (wellicht ook het uiterlijk en de technische implementatie van de daarvoor gebruikte middelen);
- De wederzijdse garanties die met elk elektronisch bericht gepaard gaan;
- De vergoeding voor het gebruik van het merk en de specificaties (niet de transactiekosten zelf).

In geval van betalingen die via een mobiele telefoon geïnitieerd worden, hebben we onder andere te maken met:

- Het beeld naar de gebruiker toe, via het scherm van de telefoon;

- De berichten die vanuit de telefoon verstuurd en ontvangen worden om de transactie te laten plaatsvinden;
- De wijze waarop de settlement plaats gaat vinden;
- De wijze waarop de identificatie, autorisatie en eventuele saldobestorting plaatsvinden.

Volgens partijen zal het noodzakelijk zijn om over deze punten afspraken te maken, omdat verleden is gebleken dat uniformiteit van een betaalfunctionaliteit noodzakelijk is voor het economisch rendabel exploiteren ervan.

Vooruitlopend op de daadwerkelijke keuze c.q. ontwikkeling van bovenstaande scenario's, hebben marktpartijen het Ministerie van Economische Zaken verzocht de NMa duidelijkheid te laten verschaffen over de mededingingsrechtelijke kaders waarmee rekening dient te worden gehouden. Uit dien hoofde zijn een aantal vragen aan de NMa voorgelegd waarop hieronder wordt ingegaan.

### **Algemeen**

Welke partijen met elkaar waarover afspraken zullen moeten gaan maken is afhankelijk van het gekozen scenario. In het van EZ ontvangen document wordt met name gevraagd naar de mededingingsrechtelijke problematiek rond afspraken op horizontaal niveau. Horizontale samenwerking kan leiden tot mededingingsrechtelijke problemen, maar kan ook aanzienlijke economische voordelen hebben. Gezien de mededingingsrechtelijke risico's die aan horizontale samenwerking kleven, moet erop worden toegezien dat een daadwerkelijke mededinging wordt gehandhaafd. Artikel 81 EG-verdrag (hierna: "EG") en artikel 6 Mededingingswet (hierna: "Mw") vormen het rechtskader voor een evenwichtige beoordeling, waarbij zowel met de concurrentieverstorende effecten als met de economische voordelen rekening wordt gehouden. Economische criteria, zoals de marktmacht van de partijen en andere factoren in verband met de marktstructuur, vormen een sleutelement voor de beoordeling van de gevolgen die een samenwerking waarschijnlijk voor de markt zal hebben. Hierna zal allereerst een algemeen raamwerk voor beoordeling gegeven worden, waarna een meer specifieke analyse volgt inzake de voorgelegde scenario's.

### **A. Relevant wettelijk kader**

#### **Artikel 6 Mededingingswet**

Artikel 6, lid 1, van de Mw verklaart dat verboden zijn: "overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan wordt verhinderd, beperkt of vervalst". De tekst van dit artikel is ontleend aan artikel 81 lid 1 EG-verdrag, dat dezelfde strekking heeft ten aanzien van de mededinging op de markt binnen de EU of een deel daarvan. Opgemerkt zij dat het begrip "overeenkomsten" niet te restrictief moet worden geïnterpreteerd. Het gaat niet alleen om juridisch bindende

overeenkomsten naar burgerlijk recht. Van een overeenkomst in de zin van het verbod is al sprake, als tussen ondernemingen consensus bestaat om hun concurrentiegedrag te regelen.

### **Wat is horizontale samenwerking**

Samenwerking is horizontaal van aard indien een overeenkomst wordt gesloten of aan onderling afgestemde feitelijke gedragingen wordt deelgenomen tussen ondernemingen die op hetzelfde niveau of dezelfde niveaus van de markt werkzaam zijn. In de meeste gevallen komt horizontale samenwerking neer op samenwerking tussen concurrenten of potentiële concurrenten.

#### **A.1. Welke horizontale afspraken beperken de mededinging niet?**

Sommige overeenkomsten zijn naar hun aard in beginsel niet mededingingsbeperkend. Dit is doorgaans het geval bij vormen van samenwerking die geen coördinatie van het concurrentiegedrag van de partijen op de markt meebrengen, zoals:

- samenwerking tussen niet-concurrenten,
- samenwerking tussen concurrerende ondernemingen die het project of de activiteit waarop de samenwerking betrekking heeft niet zelfstandig kunnen uitvoeren,
- samenwerking met betrekking tot een activiteit die de relevante mededingingsparameters niet beïnvloedt.

Deze soorten samenwerking zouden slechts onder artikel 81 EG of artikel 6 Mw vallen, indien er ondernemingen met een aanzienlijke marktmacht bij betrokken zijn en zij waarschijnlijk tot uitsluitingsproblemen ten aanzien van derden zouden leiden.

#### **A.2. Welke horizontale afspraken zijn persé verboden?**

In sommige gevallen wijst de aard van de samenwerking er van meet af aan op, dat artikel 81 EG c.q. artikel 6 Mw van toepassing is. Dit is het geval voor overeenkomsten die ten doel hebben de mededinging te beperken door het vaststellen van prijzen of productiequota of door het verdelen van markten of klanten. Deze overeenkomsten worden geacht een negatieve uitwerking op de markt te hebben. Daarom behoeven de daadwerkelijke gevolgen ervan voor de mededinging en de markt niet te worden onderzocht.

#### **A.3. Welke horizontale afspraken kunnen verboden zijn?**

Vele horizontale samenwerkingsovereenkomsten zijn evenwel niet gericht op een mededingingsbeperking. Daarbij is een analyse van de gevolgen van de overeenkomst noodzakelijk. Voor dit onderzoek volstaat het niet dat de overeenkomst de mededinging tussen de partijen beperkt. Het moet tevens waarschijnlijk zijn dat zij de mededinging op de markt op zodanige wijze zal beïnvloeden dat negatieve marktgevolgen op het gebied van prijzen, productie, innovatie dan wel de diversiteit of kwaliteit van goederen en diensten te verwachten zijn. Of de overeenkomst tot dergelijke negatieve marktgevolgen aanleiding kan geven, hangt af van de economische context, waarbij niet alleen rekening dient te worden gehouden met de (1) aard van de overeenkomst maar ook met de (2) gezamenlijke marktmacht van de partijen, die samen met andere structurele factoren bepaalt of de samenwerking de mededinging in haar geheel in een zo betekenisvolle mate zal kunnen beperken.

### **A.3.1. Aard van de overeenkomst**

De aard van de overeenkomst houdt verband met factoren zoals het gebied en het doel van de samenwerking, de concurrentieverhouding tussen de partijen en de mate waarin zij hun activiteiten bundelen. Deze factoren geven een aanwijzing omtrent de waarschijnlijkheid dat de partijen hun gedrag op de markt zullen coördineren. Met bepaalde soorten overeenkomsten, bijvoorbeeld de meeste Onderzoeks- & Ontwikkelingsovereenkomsten (hierna: "O&O-overeenkomsten") of samenwerking inzake de vaststelling van normen of het verbeteren van de milieubescherming, is de kans dat zij beperkingen op het gebied van prijzen of productie inhouden minder groot. Voor zover deze types overeenkomsten al negatieve effecten hebben, zullen deze waarschijnlijk betrekking hebben op innovatie of de diversiteit van de producten. Zij kunnen tot uitsluitingsproblemen aanleiding geven.

Andere vormen van samenwerking, zoals overeenkomsten op het gebied van de productie of aankoop, leiden doorgaans tot een zekere mate van gemeenschappelijke (totale) kosten. Wanneer dit in hoge mate het geval is, zullen de partijen waarschijnlijk gemakkelijker de marktprijzen en de productie kunnen coördineren. Een aanzienlijke mate van gemeenschappelijke kosten is slechts onder bepaalde voorwaarden te bereiken: om te beginnen moet het samenwerkingsgebied, bijv. productie en aankoop, een groot percentage van de totale kosten op de betrokken markt uitmaken. Voorts moeten de partijen hun activiteiten op het samenwerkingsgebied in ruime mate samenvoegen. De aard van de overeenkomst houdt verband met factoren zoals het gebied en het doel van de samenwerking, de concurrentieverhouding tussen de partijen en de mate waarin zij hun activiteiten bundelen. Deze factoren geven een aanwijzing omtrent de waarschijnlijkheid dat de partijen hun gedrag op de markt zullen coördineren.

### **A.3.2. Marktmacht en marktstructuur**

Het uitgangspunt voor het onderzoek is de positie van de partijen op de markten die door de samenwerking worden beïnvloed. Dit bepaalt of het al dan niet waarschijnlijk is dat zij door de samenwerking hun marktmacht zullen behouden of vergroten, met andere woorden of zij in staat zullen zijn negatieve gevolgen voor de markt teweeg te brengen met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de variëteit of kwaliteit van goederen en diensten. Om dit onderzoek te kunnen uitvoeren, moet respectievelijk moeten de relevante markt of markten worden bepaald.

Wanneer de partijen samen een klein gecombineerd marktaandeel hebben, is een concurrentiebeperkend effect van de samenwerking onwaarschijnlijk en is doorgaans geen verder onderzoek vereist. Indien één van niet meer dan twee partijen slechts een onbeduidend marktaandeel heeft en niet over aanzienlijke middelen beschikt, kan zelfs een groot gezamenlijk marktaandeel doorgaans niet worden beschouwd als een aanwijzing voor het bestaan van mededingingbeperkende gevolgen voor de markt. Gezien de diversiteit van de vormen van samenwerking en de uiteenlopende gevolgen die deze kunnen hebben in verschillende marktomstandigheden, is het onmogelijk een algemene marktaandeedrempel aan te geven

waarboven mag worden aangenomen dat er voldoende marktmacht is om mededingingsbeperkende gevolgen te bewerkstelligen.

Behalve met de marktpositie van de partijen en de optelling van de marktaandelen dient eventueel rekening te worden gehouden met de concentratie op de markt, d.w.z. het aantal concurrenten en hun positie, als een bijkomende factor bij de beoordeling van de invloed van de samenwerking op de mededinging op de markt.

Afhankelijk van de marktpositie van de partijen en de marktconcentratie dienen ook andere factoren zoals de stabiliteit van de marktaandelen over langere tijd, de bestaande belemmeringen en waarschijnlijkheid voor het betreden van de markt, de tegenmacht van kopers/leveranciers of de aard van de producten (bijv. homogeniteit, rijpheid van de markt) in aanmerking te worden genomen. Wanneer een invloed op de concurrentie op het gebied van innovatie waarschijnlijk is en niet afdoende kan worden beoordeeld op grond van de bestaande markten, moet wellicht ook rekening worden gehouden met specifieke factoren om deze invloeden te analyseren.

#### **A.4 Welke overeenkomsten vallen onder artikel 81 EG/6 Mw, maar komen voor (automatische) vrijstelling in aanmerking?**

Overeenkomsten die mededingingsbeperkende effecten hebben, zijn vrijgesteld van het kartelverbod mits aan alle voorwaarden van artikel 81, lid 3 EG c.q. artikel 6 lid 3 Mw, is voldaan.

Dit is het geval indien de overeenkomst:

1. bijdraagt tot verbetering van de productie of van de verdeling der producten of tot verbetering van de technische of economische vooruitgang,
2. daarbij een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt
3. zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,
4. en niet de mogelijkheid geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken producten de mededinging uit te schakelen.

#### **B. Specifieke analyse**

Aangezien momenteel nog niet duidelijk is in welke vorm(en) zal worden samengewerkt, wordt hieronder volstaan met een beschrijving van de mededingingsrechtelijke problematiek welke verband houdt met de door u gestelde vragen.

##### **B.1. Afspraken over standaarden**

Afspraken welke marktpartijen met elkaar maken die in de eerste plaats ten doel hebben technische of kwaliteitseisen vast te stellen waaraan bestaande of toekomstige producten productieprocessen of -methoden moeten voldoen worden in het mededingingsrecht gezien als standaardiseringsovereenkomsten (hierna: "SO"). SO kunnen betrekking hebben op uiteenlopende aspecten, bijv. standaardisering van verschillende kwaliteitsniveaus of groottes van een bepaald product of technische specificaties op markten waarop compatibiliteit en interoperabiliteit met andere producten of systemen van essentieel belang is. De voorwaarden

om een bepaald kwaliteitsmerk dan wel goedkeuring door een regulerende instantie te verkrijgen, kunnen eveneens als een norm worden beschouwd.

#### **B.1.1. Relevante markten**

SO hebben gevolgen op drie mogelijke markten. Allereerst de productmarkt(en) waarop de norm of normen betrekking heeft of hebben. Normen voor volstrekt nieuwe producten kunnen, wat de bepaling van de markt betreft, tot soortgelijke problemen leiden als bij O & O-overeenkomsten. Dit is het geval wanneer de samenwerking betrekking heeft op de ontwikkeling van nieuwe producten of technologie die, indien zij succesvol zijn, ooit de bestaande kunnen vervangen, of die worden ontwikkeld met het oog op een nieuw gebruik en derhalve geen bestaande producten zullen vervangen maar een volledig nieuwe vraag zullen scheppen. De gevolgen voor de mededinging op innovatiegebied zijn in dergelijke gevallen belangrijk, maar kunnen in sommige gevallen niet voldoende worden beoordeeld op grond van een analyse van de daadwerkelijke of potentiële mededinging op bestaande producttechnologie-markten.

In de tweede plaats de dienstenmarkt voor de vaststelling van normen, indien er verschillende normalisatie-instellingen of SO bestaan. In de derde plaats, voor zover van toepassing, de afzonderlijke markt voor proefneming en certificering.

#### **B.1.2. Mededingingsrechtelijke beoordeling**

Wanneer de deelneming aan de vaststelling van normen onbeperkt en doorzichtig is, vormen SO zoals hierboven omschreven, die geen verplichting opleggen om aan de normen te voldoen of die een onderdeel vormen van een ruimere overeenkomst die de compatibiliteit van producten moet waarborgen, geen beperking van de mededinging. Dit is in de regel het geval bij normen die zijn vastgesteld door erkende normalisatie-instellingen en die gebaseerd zijn op niet-discriminerende, open en doorzichtige procedures. Er doet zich geen noemenswaardige beperking van de mededinging voor bij normen die slechts gelden voor een verwaarloosbaar deel van de relevante markt, zolang dit zo blijft.

Overeenkomsten waarin een norm wordt gebruikt als een middel om in het kader van een ruimere beperkende overeenkomst daadwerkelijke of potentiële mededinging uit te sluiten, zullen bijna steeds verboden zijn.

SO kunnen verboden zijn wanneer deze aan de partijen de gezamenlijke zeggenschap verlenen over productie en/of innovatie en aldus de mogelijkheid beperken om onderling op basis van productkenmerken te concurreren en daardoor ook gevolgen hebben voor derden zoals de leveranciers of afnemers van de gestandaardiseerde producten. Bij de beoordeling van elke overeenkomst moet rekening worden gehouden met de aard van de norm en de vermoedelijke gevolgen ervan voor de betrokken markten aan de ene kant, en met de reeks van mogelijke, beperkingen die verder gaan dan het primaire doel van standaardisering, zoals hierboven beschreven, aan de andere kant.



Of zich bij SO een beperking van de mededinging voordoet, hangt af van de mate waarin het de partijen vrij blijft staan alternatieve normen of producten te blijven ontwikkelen die niet aan de overeengekomen norm beantwoorden. SO kunnen de mededinging beperken wanneer zij de partijen verhinderen alternatieve normen te blijven ontwikkelen of producten te blijven verkopen, die niet aan de overeengekomen norm beantwoorden. Overeenkomsten die aan bepaalde organen het exclusieve recht verlenen om na te gaan of aan de norm is voldaan, gaan verder dan het primaire doel van standaardisering en kunnen eveneens de mededinging beperken. Overeenkomsten die beperkingen opleggen met betrekking tot de verklaring van conformiteit met de normen, kunnen behalve wanneer zij door een wettelijke regeling zijn voorgeschreven eveneens de mededinging beperken.

Dat de partijen op de betrokken markt of markten grote marktaandelen hebben is niet noodzakelijk van belang bij SO. De doeltreffendheid ervan is vaak evenredig met het deel van de bedrijfstak dat bij het vaststellen en/of toepassen van de norm betrokken is. Aan de andere kant is het mogelijk dat normen die niet voor derden toegankelijk zijn, discriminerende of afscherpende gevolgen hebben. Bij de beoordeling of de overeenkomst de mededinging beperkt, dient de aandacht derhalve noodzakelijkerwijs geval per geval vooral uit te gaan naar het gemak waarmee dergelijke belemmeringen voor het betreden van de markt kunnen worden overwonnen.

### **B.1.3. Beoordeling vrijstelling**

#### *Economische voordelen*

De NMa neemt doorgaans een positieve houding aan ten aanzien van overeenkomsten die de ontwikkeling van nieuwe markten aanmoedigen. Om die economische voordelen te realiseren, moet de informatie die vereist is om de norm toe te passen voor eenieder die de markt wil betreden beschikbaar zijn en moet een aanzienlijk deel van de bedrijfstak bij het op een doorzichtige wijze vaststellen van de norm betrokken zijn. De partijen dienen aan te tonen dat eventuele beperkingen bij de vaststelling, of het gebruik van of de toegang tot de norm economische voordelen opleveren.

Om technische of economische voordelen op te leveren mogen de normen geen rem op innovatie vormen. Dit zal in de eerste plaats afhangen van de levensduur van de betrokken producten, in samenhang met het ontwikkelingsstadium van de markt. De gevolgen voor de innovatie moeten van geval tot geval worden onderzocht. Wanneer een nieuwe norm ertoe kan leiden dat bestaande producten abnormaal snel verouderd zijn, zonder objectieve extra voordelen, kan van de partijen ook worden verlangd dat zij bewijzen dat een collectieve standaardisering voor de consument efficiëntiebevorderend is.

#### *Onmisbaarheid*

Door hun aard zullen normen niet alle mogelijke specificaties of technologieën omvatten. In sommige gevallen kan het in het belang van de consumenten of de economie in haar geheel noodzakelijk zijn slechts één technische oplossing te gebruiken. Deze norm moet evenwel op niet-discriminerende grondslag worden vastgesteld. In het ideale geval zouden normen

technologisch neutraal moeten zijn. In ieder geval moet kunnen worden verantwoord waarom aan één norm de voorkeur wordt gegeven boven een andere.

Alle concurrenten op de betrokken markt of markten dienen de mogelijkheid te hebben bij de besprekingen te worden betrokken. Daarom moet deelneming aan de vaststelling van normen voor eenieder open staan, tenzij de partijen kunnen aantonen dat dat tot een aanzienlijk efficiëntieverlies zou leiden.

In de regel dient een duidelijk onderscheid te worden gemaakt tussen de vaststelling van een norm en, in voorkomend geval, de daarmee gepaard gaande O & O enerzijds, en de commerciële exploitatie van die norm anderzijds. Overeenkomsten inzake normen behoren niet meer te regelen dan noodzakelijk is om het doel ervan te bereiken ongeacht of dit technische compatibiliteit dan wel het garanderen van een bepaald kwaliteitsniveau is.

#### *Geen uitschakeling van de mededinging*

Er zal uiteraard een punt zijn waarop de vaststelling van een particuliere standaard door een groep ondernemingen die samen een machtspositie op de markt bezitten, waarschijnlijk tot de invoering van een feitelijke norm voor de bedrijfstak zal leiden. De grootste zorg zal dan zijn ervoor te zorgen dat deze normen zo open mogelijk zijn en op duidelijk niet-discriminerende wijze worden toegepast. Om uitschakeling van de mededinging op de relevante markt of markten te voorkomen, moeten derden op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot de norm kunnen krijgen. Wanneer particuliere organisaties of groepen ondernemingen een norm vaststellen of wanneer hun gedeponeerde technologie een feitelijke norm wordt, wordt de mededinging uitgeschakeld indien derden van de toegang tot deze norm worden uitgesloten.

#### **B.2. Afspraken over gezamenlijke reclame/merk**

De omschreven afspraken die gemaakt dienen te worden inzake gezamenlijke (beeld)merken en de algemene de presentatie naar de consument toe (marketing c.q. reclame) hebben betrekking op de commerciële exploitatie van de gezamenlijk ontwikkelde betaalinstrumenten.

Gemeenschappelijke reclame is bedoeld om op generieke wijze de aandacht van (potentiële) afnemers te vestigen op een bepaald aanbod van producten of diensten of op een gemeenschappelijk merk. Als zodanig beperkt gemeenschappelijke reclame de mededinging niet, en valt dus niet onder artikel 6 Mw. Als deelnemende ondernemingen echter bijkomende verplichtingen worden opgelegd die er bijvoorbeeld toe leiden dat zij geheel of gedeeltelijk worden belemmerd om zelf reclame te voeren of andere concurrentie-parameters (zoals prijzen, service of productafzet) te bepalen, dan kan er sprake zijn van een mededingingsbeperking.

#### **B.3. Brands & Licensing organisatie**

Een “Brands & Licensing” organisatie (hierna: “B&L”) welke de gezamenlijk afgesproken standaarden (zoals hiervoor omschreven) en het gezamenlijke merk beheert, is slechts dan aanvaardbaar indien het een onafhankelijke instantie betreft waardoor de certificering en de

controle op de kwaliteitseisen geschiedt. De door de B&L gestelde eisen om in aanmerking te komen voor certificering c.q. gebruik te mogen maken van het merk (hierna: “certificeringsregeling”) alsmede de manier waarop hieraan uitvoering wordt gegeven dienen te voldoen aan een aantal hieronder beschreven vereisten.

Certificeringsregelingen kunnen de concurrentie in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw beperken. Onderstaand zal worden beschreven wanneer dit het geval kan zijn.

De door de B&L gestelde kwaliteitseisen c.q. technische vereisten (standaarden) waaraan een bedrijf moet voldoen om het merk te mogen voeren en in aanmerking te komen voor een certificaat, mogen niet hetzij de strekking, hetzij tot gevolg hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 6, eerste lid, van de Mw.<sup>1</sup> Aangezien de strekking ofwel het doel van certificeringsregelingen normaliter is om de kwaliteit van het aanbod van goederen of diensten te vergroten, zal het doel vaak niet zijn de mededinging te beperken. Dit kan anders zijn indien de B&L, ten dele of geheel, als vehikel voor mededingingsbeperkende afspraken wordt gebruikt.

Het kan zijn dat een B&L niet tot doel heeft de mededinging te beperken maar dit wel tot gevolg heeft. Om te beoordelen of zij tot gevolg heeft dat de mededinging wordt beperkt, dient bij de toetsing van de B&L en de haar gehanteerde kwaliteitseisen c.q. technische vereisten rekening te worden gehouden met de concrete situatie waarin deze regeling effect heeft.

Certificeringsregelingen die niet tot doel hebben de mededinging te beperken, kunnen een mededingingsbeperkend effect hebben als het gezamenlijk marktaandeel van de bij de regeling aangesloten ondernemingen meer dan 20% is. Van een mededingingsbeperkend effect is onder meer sprake indien van de regeling een (potentieel) uitsluitingseffect uitgaat. Indien een regeling voor de activiteiten van de deelnemers op de markt belangrijke economische voordelen met zich brengt die niet anderszins zelf kunnen worden behaald, dan kan een situatie ontstaan waarin het voor niet aan de regeling deelnemende ondernemingen moeilijk wordt om in de markt te opereren dan wel om tot de markt toe te treden zonder deelname aan die regeling. Dit zal het geval zijn als de deelnemende ondernemingen een groot deel van de markt vertegenwoordigen én consumenten of zakelijke afnemers de bewuste certificering als een belangrijke voorwaarde zien om goederen of diensten af te nemen. Hieruit volgt dat wanneer door de (potentiële) afnemers vrijwel geen belang wordt gehecht aan deelname van hun leverancier aan de regeling, het niet waarschijnlijk is dat deelname aan de erkenningsregeling kan worden aangemerkt als een factor van belang. Kan deelname aan de regeling wel worden aangemerkt als een factor van belang, dan is sprake van een met artikel 6, eerste lid, Mw strijdig mededingingsbeperkend effect wanneer (potentiële) toetreders op ongerechtvaardigde gronden worden buitengesloten. Het op ongerechtvaardigde gronden buitensluiten van (potentiële) toetreders kan bijvoorbeeld worden

---

<sup>1</sup> Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, *UNETO-VNI*, MEDED 02/796-HRK.

aangetoond aan de hand van gegevens waaruit blijkt dat (potentiële) toetreders op subjectieve gronden zijn afgewezen.<sup>2</sup>

Om ongerechtvaardigde uitsluiting te voorkomen en te waarborgen dat een ieder die aan de eisen van de certificeringsregeling voldoet, kan deelnemen aan deze regeling, moet de regeling voldoen aan de volgende voorwaarden:

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

Indien de certificeringsregeling aan deze voorwaarden voldoet, zal de regeling normaliter geen mededingingsbeperking in de zin van artikel 6, eerste lid, Mw opleveren.<sup>3</sup>

Onderstaand worden de hiervóór geformuleerde voorwaarden nader toegelicht.

1. **Open:** Een certificeringsregeling heeft een open karakter, wanneer de regeling toegankelijk is voor iedereen die aan de voorwaarden voldoet. Van belang is dat iedereen die aan de kwaliteitseisen c.q technische eisen voldoet, kan deelnemen aan de regeling. Er bestaat dus geen verplichting om iedereen te laten deelnemen aan de regeling. Wanneer een regeling door andere systemen geboden gelijkwaardige waarborgen accepteert, dan wordt zij ook als open gezien.<sup>4</sup> Een erkenningsregeling moet derhalve ook bijvoorbeeld diploma's of certificaten van vergelijkbaar niveau erkennen, indien deze relevant zijn voor de vaststelling van de eigenschappen waarop de erkenning is gebaseerd.
2. **Objectief:** Een regeling is objectief, wanneer de regeling objectieve eisen stelt die bijdragen aan het doel van de regeling.
3. **Duidelijkheid vóóraf:** Een certificeringsregeling is duidelijk wanneer vóóraf bekend is aan welke eisen een (potentiële) toetreders moet voldoen.
4. **Transparant:** Een toelatingsprocedure is onder meer transparant wanneer uit de regeling blijkt wat de te volgen procedure is en wat de (afwijzings)criteria zijn.
5. **Onafhankelijk:** Een regeling is onafhankelijk, wanneer de besluitvorming over de toelating tot de erkenningsregeling op onafhankelijke wijze plaatsvindt. Dit betekent dat de erkenningsregeling moet voorzien in een onafhankelijke beslissing over toelating. Dit kan zijn

---

<sup>2</sup> Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, *UNETO-VNI*, MEDED 02/796-HRK.

<sup>3</sup> Besluit van 22 juli 2004 van de d-g NMa op het bezwaar van VNI tegen zijn besluit van 25 september 2000, kenmerken 530/23, 456/23 en 534/17, na vernietiging van het besluit op bezwaar van 15 februari 2002, kenmerk 2157/27, bij uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, 25 maart 2004, *UNETO-VNI*, MEDED 02/796-HRK.

<sup>4</sup> Zie beschikking van de Europese Commissie van 29 november 1995, *SCK/FNK*, Pb. 1995, L 312/79, bevestigd door het Gerecht van Eerste Aanleg van 22 oktober 1997, *SCK/FNK*, T-213/95 en T-18/96, Jur. 1997, II-1739.

bij de eerste beoordeling of, nadat een erkenning is geweigerd, in beroep. Hetzelfde geldt voor opzegging of schorsing van het lidmaatschap. De onafhankelijkheid moet zijn gewaarborgd in de samenstelling van het toetsende orgaan.

Zoals hierboven omschreven dient de certificeringsregeling de besluitvorming over het al dan niet in aanmerking komen voor een certificaat en daarmee het gebruik van het merk op onafhankelijke wijze te geschieden.

In antwoord op uw vraag of het op mededingingsrechtelijke problemen zou stuiten als de B&L een onderdeel zou zijn van Interpay Nederland B.V., moet worden opgemerkt dat dit inderdaad denkbaar is als Interpay en/of haar aandeelhouders zelf een rol (b.v. processor of issuer/acquirer) vervullen ten behoeve van de nieuwe betaalinstrumenten. Onafhankelijkheid van de B&L lijkt dan niet gewaarborgd. Daarnaast dient er op gewezen te worden dat een B&L die niet alleen onafhankelijke certificering aanbiedt maar bijvoorbeeld tevens fungeert als centraal verkoopkantoor in principe mededingingsrechtelijk niet is toegestaan. Dit is altijd het geval als de bij de oprichting van de B&L betrokken partijen, zelf in staat zijn om het product of de dienst in onderlinge concurrentie aan te bieden. Ook voor de totstandbrenging van een onderneming met een economische machtspositie moet worden gewaakt.

#### **B.4. Overige**

Het dient de individuele partijen vrij te staan om te kiezen met welke aanbieders ( b.v. van clearing & settlement) zij een contract willen sluiten. Dit mag mededingingsrechtelijk niet tussen partijen worden overeengekomen, aangezien dit de mededinging op de onderliggende markten (zoals die voor clearing & settlement-diensten) beperkt.

Ten aanzien van onderlinge vergoedingen (voor bijvoorbeeld identificatie en autorisatie) dient te worden opgemerkt dat de NMa zich net als de Europese Commissie op het standpunt stelt, dat multilaterale vergoedingen mededingingsbeperkend zijn en ernaar gestreefd moet worden dat partijen bilateraal vergoedingen met elkaar uitonderhandelen voor het gebruik van elkaars dienstverlening.

#### **C. Conclusie**

Met name in het scenario waarin banken en telecom operators samen nieuwe betaalinstrumenten gaan ontwikkelen en beide groepen deze producten daarna (individueel) gaan verkopen, zullen zij ten aanzien van de betreffende betaalinstrumenten elkaars concurrenten worden. Indien daarbij afspraken moeten worden gemaakt om technische comptabiliteit te bewerkstelligen, is sprake van horizontale samenwerking. Mededingingsproblemen ontstaan hierbij o.a. wanneer partijen bij een samenwerking overeenkomen gezamenlijk concurrentieparameters (zoals prijzen of productiehoeveelheden) vast te stellen, markten te verdelen of wanneer de samenwerking de partijen in staat stelt marktmacht te behouden, te verwerven of te vergroten en zo aanleiding geeft tot negatieve markteffecten met betrekking tot prijzen, productie, innovatie of de diversiteit en kwaliteit van de producten.

Negatieve markteffecten zullen eerder optreden indien de partijen die de betreffende afspraken maken een groot marktaandeel hebben. In het kader van “Intensivering van Betalen via Nieuwe Media” dient te worden opgemerkt dat het zeer aannemelijk is dat de betrokken partijen gezamenlijk een groot marktaandeel zullen hebben. De volgende risico’s kunnen terzake worden gesignaleerd. Middels participatie door partijen die nu al actief zijn als aanbieder van betaalinstrumenten (of andere gelieerde producten/diensten) kan getracht worden om hun marktmacht te behouden en/of te vergroten. Tevens kan de samenwerking negatieve markteffecten hebben m.b.t. prijzen doordat de samenwerkende concurrenten eenzelfde gemeenschappelijke kostenbasis hebben, die een bodem vormt voor de klanttarieven waardoor minder prijsdifferentiatie c.q. minder prijsconcurrentie mogelijk is. Minder diversiteit van mogelijke betaalinstrumenten zou eveneens een gevolg kunnen zijn van samenwerking tussen concurrenten op dit vlak.

Aangezien het toekomstige betaalinstrumenten betreft is het momenteel onmogelijk om de relevante markt af te bakenen en alsmede de positie daarop van de verschillende marktpartijen te bepalen. Dit in het licht van de omstandigheid dat nog onduidelijk is of de nieuwe betaalinstrumenten, oude gaan vervangen of wellicht naast oude betaalinstrumenten zullen bestaan die door de gebruikers ervan als substituuut worden aangemerkt. Waarschijnlijk is echter dat ten aanzien van een aantal betaalinstrumenten afspraken dienen te worden gemaakt tussen concurrenten met een aanzienlijke marktmacht. Dit hoeft zoals hiervoor beschreven niet te leiden tot mededingingsrechtelijke problemen als deze samenwerking zich beperkt tot afspraken inzake (technische) standaarden, wanneer die standaarden open, objectief en transparant zijn. Om uitschakeling van de mededinging op de relevante markt of markten te voorkomen, moeten derden op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot de norm kunnen krijgen. Hiervoor is van groot belang dat de voorgestelde B&L echt onafhankelijk is van alle partijen die met betrekking tot de betaalinstrumenten een rol (gaan) vervullen. Daarnaast dienen de door een B&L gestelde eisen om in aanmerking te komen voor certificering c.q. gebruik te mogen maken van het merk alsmede de manier waarop door een B&L hieraan uitvoering wordt gegeven open, vooraf duidelijk, objectief, transparant en onafhankelijk te zijn. Gewaakt moet worden voor de creatie van ondernemingen met een machtspositie waarvan zij potentieel misbruik zou kunnen maken. Ook het creëren van een onderneming die als centraal verkoopkantoor fungeert is ongewenst, als de partijen die hierbij betrokken zijn het product of de dienst ook in onderlinge concurrentie zouden kunnen aanbieden.

