

FinTech en mededingingsrecht: FinTech als ‘driver of competition’?

mr. A. van der Beek¹

De ontwikkelingen op het gebied van FinTech nemen exponentieel toe², met name op het gebied van het betalingsdiensten.³ In de afgelopen weken werd weer een groot aantal innovaties bekend gemaakt die gericht zijn op het gebruikersgemak van de consument. Zo kunnen wij binnenkort betalen door middel van een selfie of door middel van de stem of vingerafdruk; biometrisch betalen. Verschillende biometrische methoden worden door Visa, Apple, Samsung en Google ontwikkeld in samenwerking met veel gespecialiseerde grotere en kleinere FinTech ondernemingen. Ook betalen met wearables, zoals smarthorloges en fitnessbandjes, en zelfs met een chip in de auto gaan binnenkort tot de mogelijkheden behoren.⁴

Nieuwe FinTech-bedrijven richten zich met name op activiteiten waarmee zij een concurrentievoordeel ten opzichte van banken hebben, omdat voor hen een volledige bankvergunning niet vereist is; zij kunnen volstaan met een ‘lichtere’ vergunning of een ontheffing. Nu veel nieuwe FinTech bedrijven gericht zijn op het aanbieden van diensten aan de klanten van banken, dreigt het gevaar dat de banken het directe klantencontact verliezen, waardoor zij hun andere, meer lucratieve produc-

ten (zoals leningen, verzekeringen en hypotheeken), moeilijker aan hun klanten zullen kunnen aanbieden. FinTech-bedrijven die diensten in het betalingsverkeer aanbieden, zullen voor een belangrijk deel echter ook afhankelijk zijn van de banken, die immers de betaalrekeningen van hun klanten beheren. De FinTech-bedrijven zullen derhalve veelal samenwerking met de banken zoeken.

Daarnaast timmeren de grote technologische bedrijven, zoals Google, Apple, Alibaba, Facebook en Amazon, de ‘BigTechs’, hard aan de weg om betalingsdiensten en daaraan gerelateerde diensten op de markt te brengen, en zodoende hun platforms aantrekkelijker te maken en de mogelijkheden van vergaring van data nog verder te vergroten.

De vraag is hoe het competitieve landschap er over een aantal jaren uit zal zien. Wat zal de rol van de banken zijn? Wat zal het effect zijn van de implementatie van de Betalingsdiensten Richtlijn 2 (Payment Services Directive 2, (hierna: PSD2))⁵, met name het recht tot toegang tot de bankrekening (XS2A)? Hoeveel FinTechs zullen levensvatbaar blijken te zijn? Zal het betalingsverkeer worden gedomineerd door de BigTechs? Hoe zal de veiligheid van het betalingsverkeer verzekerd zijn? Welke mededingingsrechtelijke aspecten zullen naar verwachting een rol spelen en op welke wijze zullen de mededingingsautoriteiten hiermee omgaan?

1. Annemieke van der Beek, advocaat en partner Europees recht en mededingingsrecht, Kennedy Van der Laan. Met veel dank aan Martijn van Bommel, Kennedy Van der Laan, die bij het schrijven van het artikel heeft geassisteerd.
2. Zie CPB Policy Brief 2016/16, *De toekomst van de Nederlandse financiële sector: FinTech en regulering*, p. 7, 16 december 2016, www.cpb.nl. Uit dit rapport blijkt dat tussen 2012 en 2014 de omvang van wereldwijde FinTech-investeringen verdrievoudigd is tot 17,5 miljard euro.
3. FinTech speelt op veel terreinen: naast het betalingsverkeer ook op het gebied van kredietverlening, factoring, verzekeren en vermogensbeheer.
4. Zie bijvoorbeeld NOS, *Selfies en stemherkenning: de toekomst van het betalen*, 24 februari 2017, nos.nl/artikel/2159841-selfies-en-spraakherkenning, Emerce, *Visa opent nieuw Innovation Center in Londen*, 22 februari 2017, <http://www.emerce.nl/nieuws/visa-opent-nieuw-innovation-center-londen> en MasterCard, *Mastercard Joins Onstar Go, the Auto Industry's First Cognitive Mobility Platform Delivered by IBM and General Motors*, 25 oktober 2016, <http://newsroom.mastercard.com/2016/10/25/mastercard-joins-onstar-go-the-auto-industrys-first-cognitive-mobility-platform-delivered-by-ibm-and-general-motors/>.

1. Toezichthouders promoten FinTech

Wereldwijd zien toezichthoudende autoriteiten FinTech als een gunstige, disruptieve ontwikkeling met de mogelijkheid om concurrentie te bevorderen in de door gevestigde financiële instellingen gedomineerde markten.

De Europese Commissie (hierna: EC) heeft in haar recente plannen in het kader van de totstandkoming van de ‘Capital Markets Union’ verklaard dat zij zich zal toeleggen op het bevorderen van

5. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 23 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/210 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, *PbEU* 2015 337/35.

de ontwikkeling van FinTech.⁶ In haar Management Plan 2017⁷ kondigt de EC aan dat zij in de zich snel ontwikkelende markt van elektronische betalingen met name erop zal toezien dat de traditionele betalingsdienstaanbieders (de banken en de cardschemes, zoals Mastercard en VISA) niet de mededingingsregels zullen schenden door hun poortwachterpositie te trachten te behouden. Tevens zal zij controleren of nieuwe aanbieders (bijv. producenten van mobiele apparaten en aanbieders van besturingssystemen) niet hun marktmacht in andere markten zullen gebruiken door nieuwe poortwachterposities en monopolistische posities te creëren.

De EC heeft recent een interne Taskforce Financial Technology opgezet. In haar persbericht wijst de Commissie erop dat technologie kan leiden tot efficiency voordelen, en daarmee tot voordelen voor consumenten, alsmede tot mededingingsvoordelen voor 'agile' banken en start-ups. Dit brengt ook vragen mee over veiligheid en regulering; de Commissie verwijst hierbij onder andere naar de 'Regulatory Sandboxes' die in diverse lidstaten zijn ingesteld. De Commissie kondigt aan dat de Taskforce in de loop van 2017 met voorstellen zal komen, waarbij ook DG Concurrentie betrokken zal worden.

Zoals bekend is het Verenigd Koninkrijk het land binnen Europa dat het meest voortvarend de ontwikkeling van FinTech en de vestiging van FinTech ondernemingen heeft gepromoot, onder meer door al in het najaar van 2014 een 'Innovation Hub' in te stellen en in 2015 een 'Regulatory Sandbox'.⁸ De Financial Conduct Authority (FCA) heeft vanaf het begin het ambitieuze doel gehad om het VK tot hét centrum van innovatie van financiële markten te maken en richt zich daarbij expliciet op het vergroten van innovatie én mededinging op de Britse financiële markten.⁹

6. European Commission, *State of the Union 2016: Completing the Capital Markets Union – Commission accelerates reform*, 14 september 2016, IP/16/3001, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-3001_en.htm.

7. European Commission, DG Competition, *Management Plan 2017*, p. 11, 22 december 2016, https://ec.europa.eu/info/publications/management-plan-2017-competition_en. Zie ook European Commission, Green Paper on retail financial services. Better products, more choice, and greater opportunities for consumers and businesses, 10 december 2015, COM(2015) 630 final en de bijbehorende consultatie, http://ec.europa.eu/finance/consultations/2015/retail-financial-services/index_en.htm. Hierbij wijst de Europese Commissie op het belang van internationale coördinatie bij grensoverschrijdende dienstverlening van innovatieve producten.

8. Zie bijvoorbeeld FCA, Speech Christopher Woolard, *Innovation in financial services*, 10 November 2015, 11 May 2015, <https://www.fca.org.uk/news/speeches/innovation-financial-services> en FCA, *Project Innovate and Innovation Hub*, 1 november 2016, <https://www.fca.org.uk/firms/project-innovate-innovation-hub>.

9. Zie FCA, *Objectives of Innovation Hub*, 9 januari 2017, <https://www.fca.org.uk/firms/project-innovate-innovation-hub/objectives>.

Ook in Duitsland is veel gedaan om nieuwe FinTech bedrijven aan te trekken, maar er is in eerste instantie niet gekozen voor een 'Regulatory Sandbox'.¹⁰

De lidstaten van de EU concurreren met elkaar om het aantrekken van nieuwe FinTech bedrijven. Dit is overigens ook een zorg van de European Banking Federation (EBF), die erop heeft gewezen dat het wenselijk zou zijn om een geharmoniseerde Europese 'Regulatory Sandbox' binnen de EU te creëren om concurrentievervalsingen tussen de lidstaten te voorkomen.¹¹ Zeer onlangs heeft de EC aangekondigd dat zij een consultatie in verband met FinTech ontwikkelingen zal houden. Zij overweegt de invoering van een EU-wijde vergunning voor FinTech-bedrijven en het instellen van een regulatory framework en sandbox die de gehele EU omvat.¹²

1.1. DNB en AFM

In Nederland is per 1 januari jl. een 'Regulatory Sandbox' ingesteld, aangekondigd in het rapport van AFM en DNB 'Meer ruimte voor innovatie in de financiële sector' (december 2016).¹³ Opvallend is dat het onderwerp mededinging in dit rapport niet aan de orde komt. DNB en AFM zijn er, anders dan de FCA, niet op gericht om concurrentie in de financiële sector actief te promoten.

In het voorafgaande consultatiedocument wijzen de toezichthouders wel op mogelijke consequenties van de ontwikkelingen op FinTech gebied voor de mededinging.¹⁴ Zij wijzen op verschillende mogelijk-

10. Zie BaFin, *Annual Report 2015 Federal Financial Supervisory Authority (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht – BaFin)*, p. 40, 12 juli 2016, https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/EN/Jahresbericht/dl_jb_2015_en.pdf.

11. Zie EBF, *Innovate. Collaborate. Deploy. The EBF vision for banking in the Digital Single Market*, p. 29, 14 november 2016, <http://www.ebf-fbe.eu/wp-content/uploads/2016/11/EBF-vision-for-banking-in-the-Digital-Single-Market-October-2016.pdf>.

12. Zie bericht van 23 maart 2017: <https://www.finextra.com/newsarticle/30325/european-commission-opens-public-consultation-on-fintech>.

13. Zowel bestaande vergunninghoudende partijen, als nieuwkomers kunnen een innovatief concept (vernieuwende financiële producten, diensten en bedrijfsmodellen) voorleggen aan de toezichthouders, die vervolgens zullen nagaan of zij met inachtneming van de wettelijke ruimte die zij hebben en gezien het achterliggende doel van beleid, wet of regelgeving, maatwerk kunnen leveren ten aanzien van de toepassing van de wettelijke regels. De toezichthouders realiseren zich dat zij een balans moeten vinden tussen het bieden van ruimte voor innovatie en de financiële sector en het bewaken van de potentiële risico's die uit deze innovaties voortkomen. Zie DNB – AFM, *Discussiedocument. Meer ruimte voor innovatie in de financiële sector. Vervolgstappen markttoegang, vergunningen en toezicht AFM – DNB*, december 2016, https://www.dnb.nl/binaries/Meer%20ruimte%20voor%20innovatie%20in%20de%20financi%C3%ABle%20sector_tcm46-350715.pdf.

14. DNB – AFM, *Discussiedocument. Meer ruimte voor innovatie in de financiële sector. Mogelijkheden rondom*

ke scenario's die zich in de financiële sector kunnen gaan voordoen, die alle een invloed zullen hebben op de mededingingsstructuur. Zo wijzen zij erop dat een mogelijk scenario zal zijn dat er meer samenwerking zal ontstaan tussen de verschillende financiële en niet-financiële ondernemingen. De gevestigde partijen zullen geprikkeld worden om klantgerichter en competitiever te worden.

Een ander scenario is een gefragmenteerd landschap waarbij voornamelijk nieuwe gespecialiseerde partijen innovatie toepassen. De gevestigde financiële ondernemingen blijven in dit scenario achter; zij verliezen marktaandeel en er vindt weinig samenwerking plaats tussen hen en de nieuwe FinTech bedrijven. Dit zou kunnen leiden tot een hoge mate van fragmentatie en intransparantie in de markt.¹⁵

Een derde scenario is dat de 'BigTechs' de markt voor financiële diensten betreden en grote delen van de waardeketen overnemen. Mede dankzij hun sterke kapitaalpositie, bekendheid bij consumenten en technologische voorsprong slagen deze partijen erin om effectief de concurrentie aan te gaan met de bestaande financiële instellingen; zij zullen grote delen van de sector gaan domineren. Er vindt geen fragmentatie plaats; de 'BigTechs' bieden juist meerdere financiële diensten aan (o.a. betalen, beleggen en verzekeren).

1.2. Zorgen van stakeholders naar aanleiding van consultatie

Naar aanleiding van het consultatiedocument van AFM en DNB zijn door verschillende 'stakeholders' opmerkingen ingediend. De Betaalvereniging Nederland en Currence wijzen in een gecombineerde reactie onder meer op de gevaren van toetreding door de BigTechs; indien deze grote partijen de mondiale betaalmarkt in handen krijgen ontstaat een concentratierisico, dat de kostenefficiëntie niet ten goede zal komen. Het betaallandschap zal wijzigen van de huidige gepercipieerde nutsfunctie naar een sterk commercieel gerichte omgeving, waarbij het de vraag is of er nog ruimte zal zijn voor maatschappelijke aspecten, zoals de toegankelijkheid en betaalbaarheid van betalingsdiensten voor kwetsbare groepen. Op dit moment bestaat al een ongelijk speelveld tussen de BigTechs en de betaalinstanties in de zin dat het van laatstgenoemden niet wordt geaccepteerd indien (gepercipieerd onjuist) gebruik gemaakt wordt van betaaltransactiedata, terwijl het verzamelen en vercommercialiseren

van geaggregeerde klantdata door tech-ondernemingen hun core business is.

Ook Holland FinTech wijst in haar reactie op het gevaar van een ongelijk speelveld, onder meer op het gebied van klantgegevens waarbij banken verdergaande verplichtingen hebben dan FinTechs. Het CPB wijst in haar rapport op het gevaar dat de gesloten standaarden van de BigTechs innovatie zouden kunnen beperken en wijst op het belang van open standaarden als succesfactor voor FinTech. Bovendien bestaat het risico van machtsposities indien BigTechs (en grote Europese banken) FinTech-bedrijven snel overnemen en de innovaties internaliseren.

1.3. ACM is gericht op versterking van mededinging in de financiële sector

Anders dan de AFM en DNB, is de ACM er wel nadrukkelijk op gericht om de concurrentie in de financiële sector te verhogen. FinTech is in de ogen van de ACM daarvoor een geschikt middel. In haar oproep 'FinTech en concurrentie' spreekt ACM haar wens uit om maximaal bij te dragen aan het vergroten van kansen van FinTech.¹⁶ Zij licht in dit document haar eigen stimulerende rol in de financiële sector toe en geeft aan welke factoren invloed hebben op goed werkende markten. Als vormen van mededingingsbeperkend gedrag van bestaande partijen ten opzichte van FinTech-bedrijven noemt zij uitsluiting en collusie. Voorbeelden daarvan zijn het door banken (in strijd met PSD2) aan Fintech-bedrijven weigeren van toegang tot de betaalrekening of transactiedata; het door BigTechs en banken uitsluiten van FinTech-bedrijven door het overhevelen van hun sterke positie in andere markten; nauwe samenwerking tussen nieuwe en bestaande partijen die tot afstemming leidt ten koste van consumenten en het vaststellen van standaarden op een manier die tot uitsluiting van nieuwe partijen leidt.

De ACM ziet ook risico's voor de mededinging die het gevolg kunnen zijn van FinTech: FinTech kan leiden tot markten waar schaaffecten zo groot zijn dat er slechts ruimte is voor één of twee grote spelers: de markt neigt naar superdominante posities van bijvoorbeeld 'BigTechs' die kleinere FinTechs uit de markt drijven; marktfragmentatie zorgt voor superdominante posities van (mogelijk relatief kleine) bedrijven die gespecialiseerd zijn in een niche; gevestigde spelers nemen nieuwe toetreders over om een verandering in het competitieve landschap te voorkomen; vergunningsregimes bevoordelen bestaande spelers, waardoor nieuwe spelers geen effectieve competitieve beperking kunnen vormen. Daarnaast noemt de ACM het risico van 'consumenten inertie', als gevolg van het grote aanbod van nieuwe diensten en het gebrek

markttoegang, vergunningen en toezicht, 9 juni 2016, https://www.dnb.nl/binaries/Discussiedocument%20AFM-DNB%20Meer%20ruimte%20voor%20innovatie_tcm46-342351.pdf.

15. Het CPB wijst er op dat er een omslagpunt is waarna meer concurrentie ten koste gaat van innovatie. Zie CPB Policy Brief 2016/16, *De toekomst van de Nederlandse financiële sector: FinTech en regulering*, p. 13, 16 december 2016, www.cpb.nl (zie voetnoot 2).

16. ACM, *FinTech en concurrentie. Hoe kan de bijdrage van FinTech aan effectieve concurrentie in de financiële sector worden vergroot?*, p. 2, juni 2016, <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=15925>.

aan transparantie van de productkenmerken, is het mogelijk dat consumenten niet in staat zullen zijn om een geïnformeerde keuze te maken.¹⁷

ACM kondigt aan dat zij FinTech gerelateerde zaken zal onderzoeken indien sprake is van significante schade voor concurrentie en consumenten. Daarnaast ziet de ACM voor zichzelf een rol weggelegd bij de nationale implementatie van PSD2, door te verzekeren dat het concurrentieperspectief voldoende aandacht krijgt. Ook noemt de ACM de mogelijkheid dat zij een marktstudie doet naar de concurrentie in het kader van FinTech en naar aanleiding daarvan aanbevelingen doet.¹⁸

1.4. Buitenlandse mededingingsautoriteiten en Fintech

Enkele andere mededingingsautoriteiten hebben eveneens laten weten FinTech van belang te vinden in verband met de bevordering van de concurrentie. De Australische Competition and Consumer Commission heeft een effects-test geïntroduceerd om nieuwe FinTech bedrijven te beschermen tegen mededingingsbeperkend gedrag van grote financiële instellingen.¹⁹ De Canadese mededingingsautoriteit is in mei 2016 een onderzoek gestart naar de vraag of aanpassingen in regulering noodzakelijk zijn om de concurrentie in de sector door middel van FinTech te bevorderen en tegelijkertijd het consumentenvertrouwen te behouden.²⁰

Interessant is ook dat de Duitse mededingingsautoriteit in juli 2016 een mededingingszaak in het voordeel van nieuwe toetreders heeft beslecht door vast te stellen dat de algemene voorwaarden van de Duitse banken mededingingsbeperkend zijn doordat zij de toegang van nieuwe online betalingsdiensten, die gebruikmaken van de bancaire infrastructuur, belemmeren.²¹

17. Naar aanleiding van het rapport en om de samenwerking tussen de verschillende toezichthouders te bevorderen heeft de ACM in september 2016 een seminar georganiseerd 'Wat betekent FinTech voor toezicht'. Tijdens dit seminar hebben de verschillende betrokken toezichthouders, AFM, AP, DNB, het Ministerie van Financiën, de Belastingdienst en ACM ideeën uitgewisseld over de betekenis van FinTech voor het toezicht in de financiële sector. Zie ACM, *Verslag seminar 'Wat betekent Fintech voor toezicht?', 11 oktober 2016*, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16449/Verslag-seminar-Wat-betekent-Fintech-voor-toezicht>.

18. De ACM verwijst hierbij als voorbeeld naar de studie naar toetredingsbarrières in de Nederlandse retail bankensector uit 2014. ACM, *Monitor Financiële Sector. Barrières voor toetreding tot de Nederlandse bancaire retailsector*, juni 2014, <https://www.acm.nl/nl/download/publicatie/?id=13038>.

19. Reuters, *Australia regulator on lookout for big banks buying fintech startups*, 31 oktober 2016, <http://www.reuters.com/article/us-australia-regulator-fintech-idUSKBN12V0MD?il=0>.

20. Zie <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/04086.html>.

21. Bundeskartellamt, *Restriction of online payment services by German banking industry in violation of competition law*, 5 juli 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/05_07_2016_Sofort%C3%UEberweisung.html.

2. PSD2 als 'gamechanger' door XS2A

De nieuwe PSD2, die op 12 januari jl. in werking is getreden, leidt tot een aanzienlijke hervorming van de Europese en nationale regulering van betalingsdiensten. Het doel van de Richtlijn is onder andere om meer concurrentie op het gebied van elektronische betalingsdiensten te creëren, innovatie in de markt te bevorderen door een *level playing field* mogelijk te maken en consumenten beter te beschermen tegen betalingsrisico's. In de richtlijn is rekening gehouden met de grote veranderingen die zich sinds de inwerkingtreding van PSD1 in 2009 op de betaalmarkten hebben voorgedaan, met name door de toetreding van vele nieuwe aanbieders.

De belangrijkste verandering die mededingingsrechtelijk relevant is, is de mogelijkheid die PSD2 schept voor nieuwe aanbieders om onder bepaalde voorwaarden toegang te krijgen tot de betaalrekening, de zogenaamde Access to the Account (XS2A).²² Nieuwe aanbieders, die niet banken zijn, krijgen hierdoor meer mogelijkheden om hun diensten op de markt te brengen, waardoor de concurrentie en innovatie in de betaalmarkt gestimuleerd zal worden.

De banken zullen na implementatie van PSD2 per 13 januari 2018 verplicht zijn om aan twee soorten dienstverleners toegang tot de betaalrekening (informatie) te verlenen:

- De rekeninginformatiedienstverlener, een Account Information Service Provider (hierna: AISP). Deze aanbieder haalt met toestemming van de rekeninghouder (de consument of het bedrijf) rekeninginformatie bij de bank op en stelt deze beschikbaar. Voorbeelden hiervan zijn buiten Nederland: Mint en Square en in Nederland: AFAS. Het is overigens nog onduidelijk welke informatie door de banken moet worden gedeeld (alleen rekeninginformatie of ook klantinformatie) en of historische gegevens hier ook onder vallen. Wel staat vast dat de banken hiervoor geen kosten in rekening mogen brengen indien de informatie ook gratis is voor de rekeninghouder zelf. Voor een AISP geldt de verplichting zich te registreren bij de nationale toezichthouder en om te voldoen aan de eisen van PSD2.
- Betaalinitiatiedienstverlener, of wel de Payment Initiation Service Provider (hierna: PISP). Deze aanbieder mag met toestemming van de rekeninghouders betalingen namens hen (onbehalve) initiëren via een online applicatie. Hiervoor is geen overeenkomst vereist tussen de bank en de PISP. De PISP komt niet in het

tellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/05_07_2016_Sofort%C3%UEberweisung.html. In Nederland is eerder in 2014 in de zaak AFAS door de rechter het gebruik van de bancaire infrastructuur door derden voor informatiediensten (huishoudboekje) verboden. Zie Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2014:3250.

22. Art. 36 PSD2.

bezit van gelden. Voorbeelden van dergelijke dienstverleners zijn PayPal en Adyen. PISP's hebben een vergunning van de nationale toezichthouder nodig om betalingen namens rekeninghouders te initiëren.

2.1. De EBA Regulatory Technical Standards

De keerzijde van deze toegangsmogelijkheden voor nieuwe partijen is, naast een bepaalde mate van regulering, ook de verplichting voor PISPs en AISP's om te voldoen aan veiligheidsvoorschriften van PSD2, zoals de eisen van 'strong customer authentication' (hierna: SCA). De European Banking Authority (hierna: EBA) heeft eind februari jl. een definitief concept voor de technische uitwerking hiervan gepubliceerd in de vorm van 'Regulatory Technical Standards voor SCA en common and secure communication (hierna: CSC)'.²³ Deze zullen naar verwachting in November 2018 toegepast moeten worden.

In de Regulatory Technical Standards is bepaald dat de toegang tot de betaalrekeninginformatie door banken verleend moet worden door middel van ten minste één op open standaarden gebaseerde Application Programming Interface (API). Dit kan een specifieke API zijn of een API die al door de bank aan de rekeninghouder wordt aangeboden voor authenticatie en communicatie.²⁴ API's zijn digitale toegangspoorten (standaarden) tot de data en diensten van een bedrijf.

De technische specificaties van EBA voor authenticatie en communicatie zullen aan de bestaande marktpartijen een zekere ruimte laten om deze in te vullen; daarmee bestaat het gevaar dat zij (al dan niet gezamenlijk) aanvullende standaarden zullen opstellen die de toegang van nieuwe partijen zouden kunnen beperken.

3. Verwachte gevolgen van XS2A voor de mededinging

Door de banken wordt PSD2 in het algemeen gezien als een 'game changer'²⁵; banken zullen hun dominante positie in het betalingsverkeer kwijtraken ten koste van nieuwe dienstverleners aan wie zij toegang tot de betaalrekening moeten verlenen. Waren de banken in het begin nog huiverig voor

de toetreding tot de markt van derde partijen, die gebruik maken van de betaalrekeningen(informatie) van kaarthouders²⁶, veel banken realiseren zich inmiddels dat de verplichting om toegang tot de betaalrekening te moeten toestaan ook kansen voor hen biedt. Zo heeft de Franse bank Crédit Agricole de kans aangegrepen om ontwikkelaars een proeftuin te bieden om software te bouwen die aansluit bij de komende veranderingen.²⁷

De Betaalvereniging Nederland verwacht dat de meeste FinTechbedrijven niet geïnteresseerd zullen zijn in het zelfstandig verlenen van diensten (waardoor zij onder de toezichtvereisten zullen vallen), maar hun diensten in samenwerking met de banken zullen aanbieden, dan wel zich zullen laten overnemen door banken. De dreiging voor de banken komt naar verwachting vooral uit de hoek van de BigTechs, met name de partijen die met een internet platform een grote klantenbasis hebben, zoals Amazon en Facebook.

PSD2 wordt wel als 'tipping point' voor de doorbaak van API-technologie in de financiële sector gezien; banken zullen naast de verplichte PSD2 API's meer open API's aanbieden in hun nieuwe rol als platform. API's zijn in dat verband geen technologische interface meer, maar vormen een nieuw product en een nieuw kanaal naar bestaande en nieuwe klanten, zoals ontwikkelaars.²⁸ Er is een beweging zichtbaar naar 'open banking'; in het VK wordt bijvoorbeeld gewerkt aan een 'Open Banking Standard'²⁹ en in Duitsland is het 'Open Bank Project' van start gegaan. In de markt zijn al voorbeelden te vinden van succesvolle samenwerking van banken met FinTech-bedrijven door middel van het gebruik van API's. Zo biedt BBVA op hun BBVA API Market open API's aan.³⁰

De 'bank als platform' biedt kansen voor banken; zij zullen op dit gebied met elkaar gaan concurreren. Zij hebben er belang bij het meest aantrekkelijke platform te bieden door middel waarvan de meeste en beste innovaties kunnen worden aangeboden (niet alleen op het gebied van betalen, maar ook voor lending en investeren). Google en Apple hebben door het beschikbaar stellen van hun open API's derden in staat gesteld om interessante func-

23. Zie EBA, *EBA paves the way for open and secure electronic payments for consumers under the PSD2*, 23 februari 2017, <http://www.eba.europa.eu/-/eba-paves-the-way-for-open-and-secure-electronic-payments-for-consumers-under-the-psd2>.

24. API's zijn digitale toegangspoorten (standaarden) tot de data en diensten van een bedrijf. In veel gevallen zijn API's zelf producten met als doelgroep ontwikkelaars, zoals FinTech-bedrijven.

25. Zie interview Gijs Boudewijn van BVN: Euroforum, 'PSD2 is een game changer', 21 december 2016, <http://blog.euroforum.nl/finance-control/psd2-is-een-gamechanger/>.

26. Zie zaak AFAS, Rb. Midden-Nederland, ECLI:NL:RBM-NE:2014:3250 (zie voetnoot 21) en zie bericht over de tegenwerking door de banken van de onderneming Bankin': FT, *New EU laws legitimise fintech challengers. Rule changes open up ways for consumers to bypass banking sector*, 26 september 2016, <https://www.ft.com/content/3803914a-6eba-11e6-a0c9-1365ce54b926>.

27. Zie de Crédit Agricole Store: www.creditagricolestore.fr.

28. Zie interview Laurens Hamerlinck: ABN AMRO, *Bank as a Platform: voorbij PSD2*, 22 oktober 2015, <https://www.abnamro.com/nl/newsroom/blogs/laurens-hamerlinck/2015/bank-as-a-platform-voorbij-psd2.html>.

29. Zie bijvoorbeeld <https://uk.openbankproject.com/>.

30. The Financial Brand, *APIs Blurring The Competitive Advantage Between Banking and Fintech*, 10 november 2016, <https://thefinancialbrand.com/62117/api-banking-fintech-innovation/>.

tionaliteiten toe te voegen aan hun diensten, waardoor zij in feite een platform zijn geworden voor innovatie door derde partijen. Daarmee maken zij hun eigen diensten ook aantrekkelijker. Banken zouden dit op een vergelijkbare wijze kunnen doen. Banken kunnen wat dit betreft iets van BigTechs leren, om daarmee wellicht zelfs de bedreiging die de BigTechs voor de banken vormen te kunnen keren.

4. Verordening inzake interbancaire vergoedingen

Tegelijk met PSD2 heeft de EC de inmiddels in werking getreden Verordening inzake interbancaire vergoedingen³¹ voorgesteld, die maxima vaststelt voor interbancaire vergoedingen voor transacties met debet- en creditcards. Het gaat om vergoedingen die de acquiring bank (de bank van de retailer) per kaarttransactie moet betalen aan de kaartuitgevende bank (de bank van de consument). De maxima van de vergoedingen zijn vastgesteld op 0,2 % van de waarde van de transactie voor debetcards en op 0,3 % voor creditcards. De interbancaire vergoedingen maken deel uit van de kosten die retailers aan hun bank betalen voor het ontvangen van kaartbetalingen.

De verordening volgt op een groot aantal zaken in de afgelopen jaren van de EC tegen MasterCard en Visa over de al dan niet geoorloofdheid van multilaterale interbancaire vergoedingen. Het EU Hof van Justitie heeft uiteindelijk in zijn uitspraak in 2014 in de zaak MasterCard de Commissie in het gelijk gesteld wat betreft het mededingingsbeperkende karakter van deze vergoedingen in het licht van de Europese mededingingsregels.³²

In verband met credit card en debit card transacties die onder de Verordening vallen, bepaalt PSD2 overigens dat voortaan geen toeslagen voor het gebruik van dergelijke soorten kaarten mogen worden aangerekend. Toeslagen zijn extra vergoedingen die sommige handelaren in rekening brengen voor kaartbetalingen. Dergelijke vergoedingen zijn bijvoorbeeld gebruikelijk bij aankopen van vliegticketts.

5. Mededingingsrechtelijke aspecten van FinTech

De verdere ontwikkeling van FinTech en het daarmee ontstaan van nieuwe markten zal leiden tot

31. Verordening (EU) 2015/751 van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2015 betreffende afwikkelingsvergoedingen voor op kaarten gebaseerde betalingstransacties, *PB L* 123 van 19 mei 2015, p. 1-15.

32. HvJ EU, 11 september 2014, zaak C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201. Ook in Nederland zijn de interchange fees van MasterCard onderwerp geweest van onderzoek van de ACM; zie bijvoorbeeld <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16274/MasterCard-voldoet-aan-toegezegde-tariefdaling-voor-creditcardbetalingen/>.

een aanpassing van de mededingingsstructuur. Er zullen verschillende mededingingsrechtelijke vragen kunnen rijzen, zowel voor de nieuwe FinTech-bedrijven (inclusief BigTech), als voor de bestaande financiële instellingen. Zo zullen de kleinere FinTech-bedrijven hun nieuwe diensten moeten introduceren op een bestaande markt waarin één of enkele grote instellingen tot nu toe vrijwel het alleenrecht hadden. Bestaande partijen zullen de neiging kunnen hebben om hun positie te beschermen door op verschillende manieren de toegang voor nieuwe spelers te bemoeilijken. Ook is het mogelijk dat de bestaande partijen juist al dan niet exclusieve samenwerking met bepaalde FinTech-partijen zoeken of hen willen overnemen, waardoor concurrentie op de markt uiteindelijk af kan nemen.

6. Specifieke kenmerken van nieuwe technologische markten

De mededingingsrechtelijke beoordeling van gedragingen van ondernemingen in het kader van FinTech zal worden beïnvloed door de specifieke kenmerken van technologiemarkten, die afwijken van de traditionele 'brick and mortar' markten.³³ Zo zijn technologiemarkten zeer dynamisch door snelle technologische veranderingen. Nieuwe markten ontstaan door verandering van gedrag; oude markten verdwijnen of ondergaan een transformatie. Een relatief kleine onderneming kan met een bepaalde technologie een machtspositie innemen, die echter van zeer korte duur kan zijn; een concurrent kan op elk moment door een vernieuwde technologie dominantie op de markt opeisen. Voortdurende innovatie is van essentieel belang om te kunnen overleven.³⁴ Technologiemarkten kenmerken zich ook door het bestaan van netwerkeffecten: de waarde van een product wordt voor een gebruiker bepaald door het aantal andere gebruikers van dat product. Voorbeelden hiervan zijn Facebook en de zoekfunctie van Google. Dergelijke netwerkeffecten kunnen leiden tot zeer dominante posities van partijen, die de slag om de markt (al dan niet voorlopig) hebben gewonnen.

Deze specifieke kenmerken zijn van belang wanneer gedragingen van ondernemingen op dergelijke markten moeten worden beoordeeld. Nieuwe markten kunnen zeer specifiek en nauw zijn, waardoor kleine partijen al snel een machtspositie kunnen innemen. Zij zullen dan rekening moeten houden met de mededingingsregels om te voorkomen dat hun misbruik van machtspositie kan worden verweten. Het feit dat een machtspositie op een technologiemarkt van zeer korte duur kan zijn, zal echter ook voor een mededingingsrechtelijke beoordeling van belang zijn. Het marktaandeel van een onderneming op een relevante markt, dat

33. Zie ook het artikel van A. Gerbrandy en R. Elemans 'Technologie-ondernemingen in het mededingingsrecht', *Ars Aequi* januari 2016, p. 9 ev..

34. Een voorbeeld hiervan is Blackberry.

hoger zal zijn als de markt eng moet worden afgebakend,³⁵ speelt daarnaast ook een rol bij de beoordeling van de al dan niet toelaatbaarheid van een samenwerkingsovereenkomst.

7. De regels van het Mededingingsrecht

De Mededingingswet (Mw) bevat bepalingen die mededingingsbeperkend gedrag op de Nederlandse markt verbieden. Art. 6 Mw verbiedt kort gezegd afspraken en afstemming tussen ondernemingen die tot doel of gevolg hebben de mededinging te beperken, tenzij de voordelen van een afspraak opwegen tegen de concurrentiebeperkingen (d.w.z. de afspraak voldoet aan de vrijstellingsvoorwaarden van art. 6 lid 3 Mw). Art. 24 Mw verbiedt het misbruik maken van een machtspositie.³⁶ De ACM kan hoge boetes opleggen indien deze bepalingen worden overtreden. Daarnaast houdt de ACM toezicht op concentraties.³⁷ Overnames, fusies of de oprichting van zelfstandig opererende joint ventures, waarvan partijen bepaalde omzetgrenzen overschrijden, dienen vooraf bij de ACM te worden gemeld en door haar te worden goedgekeurd.

8. Concentratietoezicht

Indien bestaande spelers overwegen een FinTech onderneming over te nemen, te fuseren of samen met een of meer andere ondernemingen een joint venture op het gebied van FinTech op te richten, zullen zij rekening moeten houden met de mogelijke toepasselijkheid van het concentratietoezicht. Ook een outsourcing van bepaalde diensten van een financiële instelling aan een FinTech-bedrijf kan onder omstandigheden kwalificeren als een concentratie. Wanneer twee ondernemingen betrokken bij een concentratie ieder een jaaromzet hebben van tenminste 30 miljoen euro in Nederland en wereldwijd 150 miljoen euro³⁸, dan zijn zij, op straffe van een boete, verplicht om vooraf deze concentratie bij de ACM te melden.

Het verrichten van uitvoeringshandelingen voordat zij een goedkeuring hebben verkregen, ook wel 'gun jumping' genoemd, kan met hoge boetes worden bestraft. Dat geldt ook voor het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie tussen partijen in het proces voor de totstandkoming van de con-

centratie, behalve wanneer dit in het kader van bijvoorbeeld een due diligence noodzakelijk is. Veel partijen kiezen er daarom voor om met zogenaamde 'clean teams' te werken, waarvan personen deel uitmaken die onderworpen zijn aan een specifieke geheimhoudingsovereenkomst.

De ACM is na melding van een concentratie gebonden aan bepaalde termijnen om een goedkeuring (4 weken), of na een diepgaander onderzoek, een vergunning te verlenen (13 weken)³⁹, doch deze termijn worden in de praktijk vaak opgeschort door het stellen van vragen.

De ACM zal geen goedkering of vergunning verlenen indien de concentratie kan of zal leiden tot een significante beperking van de mededinging, bijvoorbeeld door het ontstaan van een machtspositie. De specifieke kenmerken van technologiemarkten zullen bij deze beoordelingen een rol spelen. De concentratie van twee relatief kleine partijen die daardoor een machtspositie op een kleine relevante markt krijgen zou al snel tot bezwaren kunnen leiden.

9. Mededingingsbeperkende afspraken (art. 6 Mw)

Het verbod van mededingingsbeperkende afspraken zou in het kader van FinTech op verschillende manieren aan de orde kunnen zijn.

9.1. Afspraken met het doel om mededinging te beperken

Bestaande financiële instellingen zouden met elkaar kunnen afstemmen dat zij een nieuwe FinTech-concurrent boycotten, bijvoorbeeld door deze geen toegang te geven tot noodzakelijk input (al dan niet in strijd met PSD2). Ook is het mogelijk dat afspraken worden gemaakt die de mededinging op het gebied van prijzen of overige commerciële voorwaarden beïnvloeden, dan wel gericht zijn op een verdeling van klanten of markten. Prijsafspraken tussen (potentiële) concurrenten of verticale prijsbinding⁴⁰ worden gezien als per se verboden afspraken. Datzelfde geldt voor markt- of klantenverdelingsafspraken.

In dit verband is het van belang dat niet alleen expliciete mededingingsbeperkende afspraken verboden zijn, maar ook mededingingsbeperkende afstemming tussen partijen, bijvoorbeeld als gevolg van het uitwisselen van concurrentiegevoelige informatie. Het is zelfs mogelijk dat afstemming wordt afgeleid uit het deelnemen van partijen aan een platform, dat bepaalde prijselementen (bijvoorbeeld kortingen) harmoniseert.⁴¹ Een interessante

35. Zie voor de afbakening van de relevante markt voor mededingingsrechtelijke beoordelingen, de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEU* 1997, C-372/5.

36. Deze artikelen zijn gebaseerd op art. 101, resp. 102 van het Verdrag inzake de Werking van de EU (VWEU).

37. Zie art. 26 t/m 49 Mw.

38. Zie art. 29 Mw. Indien de drempels van het Europese concentratietoezicht worden overschreden, is uitsluitend het Europese concentratietoezicht van toepassing. Zie <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=URISERV%3A126096>.

39. Zie art. 37 en 44 Mw.

40. Het door een leverancier beperken van de vrijheid van een afnemer om zelf de prijs voor een product of dienst te bepalen.

41. Zie arrest HvJ EU van 21 januari 2016, *Eturas/Litouwen*, zaak C-74/14, ECLI:EU:C:2016:42. Een Litouws reisboe-

ontwikkeling in dit verband is het feit dat steeds meer bedrijven algoritmes gebruiken om een optimale prijs te berekenen. Wanneer een aantal concurrenten hetzelfde computersysteem zou gebruiken om een optimale prijs te berekenen is onderlinge afstemming niet meer nodig om tot een parallelle prijszetting te komen. Door leveranciers wordt bovendien met gebruik van algoritmes al onderscheid gemaakt in prijs voor een product naar gelang de postcode waar de koper woonachtig is, of op basis van het feit dat de koper al dan niet een dure Apple computer gebruikt. Indien het algoritme van de ene verkoper ruimte ziet om de prijs te verhogen, zal een andere aanbieder dit kunnen volgen.⁴² De nog niet beantwoorde vraag is of in dergelijke situaties partijen mededingingsbeperkend gedrag kan worden verweten.

Daarnaast is het ook mogelijk dat leden van een prijskartel monitoring algoritmes gebruiken om zich ervan te verzekeren dat ieder lid zich aan de prijsafspraken houdt, waardoor de effectiviteit van een prijskartel toeneemt. Het mogelijke concurrentiebeperkende effect dat van het gebruik van algoritmes uitgaat heeft de belangstelling van mededingingsautoriteiten, waaronder de EC. Zo heeft Eurocommissaris Vestager recentelijk gewaarschuwd voor de mededingingsbeperkingen die het gevolg kunnen zijn van het gebruik van algoritmes.⁴³ Het Duitse Ministerie van Economische zaken heeft in een recent witboek voorgesteld om een Digital Agency in te stellen die ook ex ante mededingingstoezicht zou kunnen uitoefenen op digitale platforms.⁴⁴

De mededingingsautoriteiten zijn zeer gespitt op uitwisseling van concurrentiegevoelige informatie in de financiële sector. Er zijn de laatste jaren hoge boetes opgelegd aan banken in verband met het door hun werknemers uitwisselen van informatie via chat-rooms en instant messaging services over hun Euribor en Libor-rente posities.⁴⁵ Onlangs heeft de EC een nieuw onderzoek aangekondigd naar samenwerking van banken in het kader van 'loan syndication'; het gaat daarbij volgens de EC om nauwe samenwerking in onduidelijke en intrans-

parante settings, waar snel sprake kan zijn van mededingingsbeperkend gedrag.⁴⁶

9.2. Samenwerkingsafspraken met een mogelijk mededingingsbeperkend effect

Naast afspraken tussen concurrenten die ingegeven kunnen zijn om de mededinging te beperken, zullen partijen ook samenwerkingsafspraken willen maken om nieuwe producten te ontwikkelen, zich te specialiseren, de kwaliteit te verhogen door standaardisatie etc. Zoals vermeld is de verwachting dat veel kleinere FinTech-bedrijven met de banken zullen willen samenwerken om hun diensten op de markt te brengen, en ook voor banken zal het interessant zijn om in samenwerking met deze bedrijven klantvriendelijke diensten aan hun klanten te kunnen aanbieden.

Voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van verschillende soorten afspraken tussen (potentiële) concurrenten hebben de EC en de ACM Richtsnoeren vastgesteld.⁴⁷ Indien financiële instellingen gezamenlijk met FinTech bedrijven, of FinTech-bedrijven onderling gezamenlijk samenwerken om nieuwe producten of diensten te ontwikkelen en op de markt te brengen, zullen deze afspraken moeten voldoen aan de voorwaarden die daarvoor in de Richtsnoeren Horizontalen zijn opgenomen. Zo zal bij gezamenlijke productie of onderaanneming, gelet op de marktstructuur en het gezamenlijke marktaandeel van partijen⁴⁸, beoordeeld moeten worden of de afspraken tot prijsafstemming kunnen leiden door bijvoorbeeld een hoge mate van gedeelde kosten. Voor gezamenlijke onderzoek- en ontwikkelingsovereenkomsten gelden ook specifieke voorwaarden, die opgenomen zijn in een Europese groepvrijstellingsverordening⁴⁹ en in de Richtsnoeren Horizontalen. Bij gezamenlijke commercialisering, bijvoorbeeld gezamenlijke verkoop, van nieuwe diensten door (potentiële) concurrenten zal al snel sprake zijn van een mededingingsbeperking doordat prijsconcurrentie wegvalt. Wanneer financiële instellingen gezamenlijk

kingssysteem had elektronische berichten aan de aangesloten reisagenten gezonden met het voorstel om kortingen te beperken tot 3%. Het HvJ EU oordeelde dat de reisagenten die de berichten hadden ontvangen en daar niet expliciet afwijzend op hadden gereageerd aansprakelijk waren voor een kartelinbreuk.

42. Zie <https://fd.nl/morgen/1177025/de-onzichtbare-hand-bestaat-online-niet>.

43. Zie https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/bundes-kartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017_en.

44. Zie Witboek Digitale Platforms van 20 maart 2017, <http://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Digitale-Welt/weissbuch-digitale-plattformen.html;jsessionid=BCC541A960262841FA89960385A9FCCE>.

45. Zie http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4304_en.htm en http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-4304_en.htm.

46. Zie Management Plan 2017, p. 11, http://ec.europa.eu/competition/publications/annual_management_plan/amp_2017_en.pdf.

47. EU Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van art. 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C-11/01 ('Richtsnoeren Horizontalen') en ACM Richtsnoeren Samenwerking Ondernemingen, van 7 april 2005, gewijzigd op 21 april 2008, *Stcrt.* 2005, 67, p. 20 t/m 24, laatstelijk gewijzigd bij publicatie in *Stcrt.* 2008, 77, p. 14.

48. Bij 20% gezamenlijk marktaandeel wordt er van uitgegaan dat geen sprake zal zijn van een mededingingsbeperking. Zie punt 169 Richtsnoeren Horizontalen.

49. Verordening (EU) 1217/2010 van de Raad van 14 December 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PbEU* 2010, L335.

een nieuw product op de markt willen brengen en daarvoor exclusieve samenwerking zoeken met een derde partij, is het van belang dat dit niet leidt tot uitsluiting op de markt van concurrenten van die partij. Dit zou het geval kunnen zijn indien de financiële instellingen over een sterke positie op de markt beschikken. In dat geval is het raadzaam om de derde partij door middel van periodieke tenders te selecteren, zoals dit ook geschiedt in het openbaar vervoer.⁵⁰

9.3. Standaardisering

Zoals hierboven opgemerkt is het mogelijk dat de EBA Regulatory Technical Standards voor authenticatie en communicatie nog deels ingevuld zullen moeten worden door de betaalinstanties. In dit proces is het van belang dat de mededingingsrechtelijke regels voor standaardiseringsafspraken worden nageleefd, om niet het eventuele verwijt te kunnen krijgen dat de invulling leidt tot een beperking van de mededinging voor nieuwe FinTech-bedrijven. In de Richtsnoeren Horizontalen is een hoofdstuk opgenomen over standaardiseringsafspraken, waaruit volgt dat de vaststelling van standaarden volgens een open proces dient plaats te vinden, waaraan alle concurrenten kunnen deelnemen; dat de standaarden niet verplicht mogen zijn en dat op eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang tot de standaarden verleend moet worden.⁵¹ In haar document 'Fintech en concurrentie' noemt de ACM expliciet als voorbeeld van anti-competitief gedrag: 'het zetten van standaarden op een manier die leidt tot uitsluiting van nieuwe marktpelers'. Ook bij de beoordeling door de EC van een joint venture op het gebied van mobiel betalen werd door haar nauwlettend onderzoek of sprake was van mededingingsbeperkende standaardisering.⁵² De mededingingsbeperkende effecten van standaardisering worden tevens in het recente consultatiedocument van de EC benadrukt.⁵³

9.4. Verticale afspraken

Ten slotte is nog van belang dat wanneer in het kader van een samenwerking op het gebied van FinTech partijen in een verticale relatie tot elkaar staan, dat wil zeggen in een leverancier/ afnemerrelatie, eveneens bepaalde mededingingsrechtelijke regels gelden; deze volgen uit de Europese

groepsvrijstelling voor verticale afspraken en de Richtsnoeren inzake verticale afspraken.⁵⁴ Zo is de toelaatbaarheid van exclusiviteit in principe afhankelijk van het marktaandeel van zowel leverancier, als afnemer (indien de marktaandelen minder dan 30% bedragen zal er niet snel een mededingingsrechtelijk probleem zijn), is exclusieve afname in principe gebonden aan een termijn van maximaal 5 jaar en is beïnvloeding door de leverancier van de prijs, die de afnemer op de markt berekent (verticale prijsbinding), verboden.

10. Misbruik machtspositie

Van misbruik van machtspositie kan sprake zijn indien partijen zodanige marktmacht hebben dat zij in staat zijn om onredelijke voorwaarden (bijvoorbeeld te hoge prijzen) aan afnemers op te leggen (uitbuiting) of anderen van de markt te weren (uitsluiting)⁵⁵; zij kunnen ook hun marktmacht op de ene markt door middel van bijvoorbeeld bundeling over hevelen naar een andere markt. Een voorbeeld hiervan is Google, die verweten wordt haar eigen shopping zoekfunctie voorrang geeft boven die van andere aanbieders, wanneer een consument gebruik maakt van de zoekfunctie van Google.⁵⁶ Zoals eerder opgemerkt kunnen door de aard van technologiemarkten ook relatief kleine partijen al snel een machtspositie op een markt innemen. Een machtspositie wordt gedefinieerd als de positie die een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en uiteindelijk de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Door de mededingingsautoriteiten wordt er vanuit gegaan dat een machtspositie in principe aanwezig is indien een onderneming 50% of meer marktaandeel heeft. Maar ook bij lagere marktaandelen kan onder omstandigheden een machtspositie bestaan. Toetredingsdrempels kunnen eveneens van belang zijn voor de vaststelling van een machtspositie. Indien toetreding tot een markt, bijvoorbeeld door

50. Zie ACM besluiten en vonnis rechtbank inzake GSN/Brink's. Zie <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/14665/Uitspraak-rechtbank-in-beroep-Brinks/> en Rb. Amsterdam, 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8748.

51. Zie punt 280 e.v. Richtsnoeren Horizontalen.

52. Zie Besluit Europese Commissie van 4 september 2012, *Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV*, zaak COMP/M.6314.

53. Zie bericht van 23 maart 2017: <https://www.finetra.com/newsarticle/30325/european-commission-opens-public-consultation-on-fintech>.

54. Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEU* 2010, C-130/01 en Verordening (EU) 1218/2010 van de Raad van 14 december 2010 betreffende de toepassing van art. 101, lid 3 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEU* 2010, L 335 ('Groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten').

55. Zie Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van art. 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009 C-45/7.

56. Zie het op dit moment lopende onderzoek van de EC tegen Google. Zie Persbericht EC, *Mededinging: Commissie neemt verdere stappen in onderzoeken naar prijsvergelijgings- en advertentiepraktijken van Google die mogelijk in strijd zijn met EU-voorschriften*, 14 juli 2016, IP/16/2532, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2532_nl.htm.

het bestaan van netwerkeffecten, overstapkosten, of IE-rechten, moeilijk is, zal eerder het bestaan van een machtspositie worden aangenomen.

Door de Nederlandse toezichthouders (DNB, AFM en ACM) en door de banken is, zoals vermeld, vooral gewezen op het gevaar dat BigTechs, zoals Apple, Facebook, Amazon, Google en Alibaba efficiënte financiële dienstverleners kunnen uitsluiten door hun sterke positie in andere markten over te hevelen naar de betaalmarkten. Deze partijen hebben een enorm consumentenbereik: Facebook en Google hebben meer dan een miljard gebruikers, Apple (iTunes) 800 miljoen en Amazon heeft 250 miljoen klanten. Deze overheveling naar betaalmarkten vindt al plaats: Facebook heeft sinds oktober 2016 in Ierland een vergunning als elektronisch geldinstelling en biedt met Messenger Payments betalingen aan. Ook Apple biedt betalingen aan met Apple Pay en Google met Google wallet.⁵⁷ En zeer onlangs heeft Whatsapp aangekondigd betalingsdiensten op haar platform te zullen aanbieden.⁵⁸ De BigTechs zullen naar verwachting op grond van PSD2 hun positie nog versterken: ook zij kunnen recht hebben op toegang tot de bankrekening.

De banken kunnen op hun beurt er belang bij hebben om met hun digitale wallets toegang te krijgen tot smartphones. In Australië hebben drie grote banken aangegeven gezamenlijk te willen onderhandelen met Apple om toegang te verkrijgen voor hun wallets, doch heeft Apple die toegang geweigerd.⁵⁹

In het kader van FinTech heeft de EC expliciet gewezen op het gevaar dat bestaande partijen, waaronder mobiele apparatenleveranciers en aanbieders van besturingssystemen, weigeren noodzakelijke toegang aan derden te verlenen en zo hun positie als poortwachter trachten te behouden. De EC wijst erop dat bewijs bestaat dat dergelijke grote bedrijven inderdaad geen toegang geven tot nieuwe innovatieve bedrijven, of dat dergelijke bedrijven slechts toegang verlenen onder onredelijke voorwaarden of 'lock-ins'.⁶⁰

Op dit moment is er geen regelgeving die toegang tot essentiële netwerken of infrastructures van BigTechs verzekert; pas achteraf is optreden mogelijk door mededingingsautoriteiten op basis van misbruik van machtspositie; bijvoorbeeld als sprake is van een 'essential facility'.⁶¹ Dergelijke procedu-

res kunnen echter jarenlang duren, waardoor zij in een zich snel ontwikkelende markt als FinTech minder geschikt zijn.

11. Conclusie

Het is de vraag op welke wijze de mededingingsautoriteiten, met name de Europese Commissie de komende jaren de gedragingen van ondernemingen op het gebied van FinTech mededingingsrechtelijk zal beoordelen. In snel veranderende markten zal de nadruk wellicht niet al te zeer op de marktmacht van de desbetreffende ondernemingen moeten liggen, maar nog meer op de vraag of de belangen van consumenten worden geschaad. Anderzijds is het voor technologische ontwikkeling en de mogelijkheden voor nieuwe partijen om tot een markt toe te kunnen treden van belang dat markten open zijn en niet door netwerkeffecten beperkt zijn tot één enkele aanbieder. In haar recente consultatiedocument vermeldt de EC dat aandacht voor aspecten als data sharing, en toegangsmogelijkheden, samen met privacy en veiligheid, hoog op de beleidsagenda van FinTech moet staan. De ontwikkelingen in de komende jaren zullen bovendien uitwijzen of de door de EC gewenste balans bereikt zal worden tussen de focus van de toezichthouders op veiligheid en risico's en het creëren van mogelijkheden voor FinTechbedrijven, die belang hebben bij een niet overgereguleerde markt.

57. Het is echter de vraag of deze producten niet uitsluitend een mooie strik leggen om traditionele credit cardproducten en of zij niet voor de 'merchants/acceptanten' tot onevenredig hoge kosten leiden.

58. Zie <https://fd.nl/ondernemen/1195593/big-tech-stort-zich-op-microbetalingen-in-opkomende-markten>.

59. *Financial Times*, 'Apple defeats Australia banks over mobile payments', 31 maart 2017, <https://www.ft.com/content/8fb4f646-15bc-11e7-80f4-13e067d5072c>.

60. Zie COM(2016) 178 final of 19.4.2016 - European Cloud Initiative - Building a competitive data and knowledge economy in Europe.

61. Zie HvJ EU 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health* en Gerecht EU 17 december 2007, T-201/04, *Microsoft vs. Commissie*. Zie ook artikel M.A. van Bommel, 'Big data

en misbruik van machtspositie', *Tijdschrift voor internetrecht* 2016 nr. 2.