

Towards a Level-Playing Field between Banks and Non-Banks in the European Market for Electronic Payments

Bespreking van het proefschrift van mr. J.A. Jans

*Mr. drs. A. van der Beek**

1 Inleiding

In de afgelopen vijftien jaar is er veel veranderd op het gebied van het girale betalingsverkeer in Europa. Zo is de verhouding tussen girale betalingen¹ en chartale betalingen (contant geld) in deze periode, en met name de laatste jaren, sterk in het voordeel van de girale en elektronische betalingsinstrumenten verschoven.

Voor een elektronische betaling (een betaling die verzonden wordt via een digitaal medium, zoals internet) moet zowel de betaler als de ontvanger beschikken over een betaalrekening, waarop geld bij- of afgeschreven kan worden. Daarnaast moeten beide partijen een middel hebben om de betaling te doen. Een consument kan een pinbetaling doen als hij of zij een betaalpas of smartphone met betaalapps erop heeft; de winkelier moet beschikken over apparatuur om de betaling te accepteren, een betaalterminal. Bij een aankoop in een webwinkel wordt gebruik gemaakt van een online kassa die een of meerdere online betaalvormen accepteert, zoals iDEAL en creditcard.

Een van de oorzaken van de verschuiving naar elektronische betalingen is de toename van betaalmogelijkheden via internet. Daarnaast heeft de introductie van (contactloos) betalen met betaalkaarten, smartphone, QR-codes en ‘wearables’ zoals horloges geleid tot een toename van elektronisch betalen.²

Nederland loopt hierin overigens voorop in Europa, samen met de Scandinavische landen. In 2019 werd al bijna 70% met

de betaalpas afgerekend, tegen 30% contant. De coronacrisis heeft de digitalisering, die ook gestimuleerd is door De Nederlandsche Bank (DNB) en de bankensector, verder versneld. Inmiddels is nog maar 20% van de betalingen contant. Na de introductie van Apple Pay in Nederland in juni 2019 is ook het aantal contactloze betalingen met de mobiele telefoon gestaag toegenomen. Verwacht wordt dat deze stijging doorzet, gestimuleerd door nieuwe aanbieders, zoals recentelijk Google Pay.³ De consument is gewend geraakt aan elektronische betaalmethoden en heeft er ook vertrouwen in, zo blijkt uit onderzoek van DNB.⁴

Daarnaast is er ook Europese wet- en regelgeving die innovaties in het betalingsverkeer bevordert. Zo is binnen de eurozone elektronisch betalen in het buitenland vergelijkbaar met elektronisch betalen in Nederland op grond van de SEPA-verordening.⁵ Binnen de Single European Payments Area (SEPA) worden alle rekeningnummers gelijk behandeld, waardoor met één bankrekening in heel Europa kan worden betaald.

Door de invoering van ‘instant payments’ wordt elektronisch betalen in Europa bovendien steeds sneller en gemakkelijker. Overmakingen via internet of mobiel bankieren staan in Nederland sinds 2019 binnen vijf seconden op de rekening van de ontvanger.

Banken spelen een centrale rol in het girale en elektronische betalingsverkeer. Voor het kunnen aanbieden van giraal betalingsverkeer zijn samenwerkingsafspraken cruciaal, zodat beta-

* Mr. drs. A. van der Beek is advocaat en partner bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.

1 Voor girale betalingen zijn verschillende betalingsinstrumenten beschikbaar, zoals overboekingen, incasso's en kaartbetalingen. Elektronische betalingen zijn gebaseerd op girale betalingsinstrumenten, met name overboekingen en kaartbetalingen.

2 ECB, *The Payment System*, 2010, p. 33.

3 Zie www.dnb.nl/media/srbpoxwg/dnb-visie-op-betalen-2022-2025.pdf.

4 Zie www.dnb.nl/algemeen-nieuws/dnbulletin-2021/veiligheid-van-betalen-cruciaal-voor-vertrouwen-in-het-betalingsverkeer.

5 Verordening 260/2012 van 14 maart 2012 tot vaststelling van technische en bedrijfsmatige vereisten voor overmakingen en automatische afschrijvingen in euro en tot wijziging van Verordening 924/2009, PbEU 2012, L 94/22.

lers en ontvangers van verschillende aanbieders elkaar kunnen bereiken.⁶ Doordat de Banken onderling verbonden zijn via een systeem van ‘clearing en settlement’ is de uitvoering van een betaling mogelijk.

De samenwerkingsafspraken tussen de aanbieders in het betalingsverkeer zijn op nationaal niveau in de loop der jaren gegroeid. Inmiddels worden Europese standaarden, zoals de SEPA-standaarden, verplicht gesteld, waardoor een Europeabreed platform bestaat dat gebruikers van betalingsdiensten in Europa aan elkaar verbindt.

Het spreekt voor zich dat de Banken steeds een centrale rol in het girale betalingsverkeer hebben gehad. Lange tijd is de Europese regulering op dit gebied dan ook gericht geweest op de Banken als betalingsdienstaanbieder. Naarmate rond 2010 steeds meer nieuwe partijen, niet-Banken, ontstonden die met innovatieve technologieën voet aan de grond probeerden te krijgen op de betaalmarkt (de zogenaamde ‘Fintechs’), ontstond de behoefte om nieuwe wetgevende kaders te scheppen om toegang van deze partijen mogelijk te maken en hen te onderwerpen aan regulering.

De Tweede Betalingsdienstenrichtlijn (PSD2) is daar een voorbeeld van.⁷ Door deze wetgeving kunnen derde partijen met een vergunning bij DNB (of een andere autoriteit in Europa) met toestemming van de rekeninghouder namens deze betalingen doen of informatie over de betalingen inzien.⁸

Het proefschrift van Jans is erop gericht om een ‘holistisch’ overzicht te verschaffen van de verschillende elementen die bepalen of een ‘level playing field’ bestaat tussen Banken en

niet-Banken op het gebied van de elektronische betaalmarkt.⁹ Hij heeft daarvoor de achtergrond en rationale onderzocht van de belangrijkste verordeningen en richtlijnen die deel uitmaken van de Europese regulering op het gebied van het betalingsverkeer en doet aanbevelingen voor wijzigingen van deze regulering om een level playing field tussen Banken en niet-Banken te bewerkstelligen.

Zijn specifieke onderzoeksvraag luidt:

‘Does the European financial services regulatory framework contribute to the creation of level playing field between Banks and non-Banks in the field of Payments and is it necessary to make further improvements to the financial services regulatory framework in order to enhance the level playing field?’

Deze onderzoeksvraag wordt onderverdeeld in de volgende subvragen:

1. What are the legal requirements for non-Banks to enter the market for Payments?
2. Is there a proportionate allocation of the PSD2 security related requirements between Banks and non-Banks?
3. What are the AML/CTF requirements for Banks and non-Banks?
4. Is there a proportionate allocation of legal liabilities for unauthorised and incorrectly executed Payments between Banks and non-Banks under PSD2?
5. Are the legal requirements for obtaining (in)direct access to European payment systems proportionate for non-Banks?
6. Why is it important to allow for collaboration between competing PSPs with regard to standard setting and what are the requisites to ensure that these standards reflect the interests of both Banks and non-Banks?

Op deze subvragen gaat Jans in hoofdstuk 4 t/m 9 in.

⁶ Zie voor een duidelijke beschrijving van het betalingsverkeer ACM, Fintechs in het betalingsverkeer. Het risico van uitsluiting, 2017, www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-08/acm-studie-fintechs-in-het-betalingsverkeer-het-risico-van-uitsluiting.pdf.

⁷ Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, houdende wijziging van de Richtlijnen 2002/65/EG, 2009/110/EG en 2013/36/EU en Verordening (EU) nr. 1093/2010 en houdende intrekking van Richtlijn 2007/64/EG, PbEU 2015, L 337.

⁸ Zie www.dnb.nl/betalen/elektronisch-betalen.

⁹ J.A. Jans, Towards a Level-Playing Field between Banks and Non-Banks in the European Market for Electronic Payments (diss. Amsterdam VU), 2023, <https://doi.org/10.5463/thesis.81>. Banken zijn door Jans gedefinieerd als: ‘kredietinstellingen, zoals gedefinieerd in Verordening 575/2013 van 26 juni 2013 betreffende prudentiële vereisten voor kredietinstellingen en beleggingsondernemingen en tot wijziging van Verordening (EU) nr. 648/2012, PB EU 2013, L 176/1’. Niet-Banken zijn niet in het proefschrift gedefinieerd, maar betreffen betalingsdienstaanbieders en EGI’s. Uit het proefschrift blijkt dat hieronder zowel de zogenaamde ‘Fintechs’ als de zogenaamde ‘BigTechs’ vallen. Voor het begrip Fintechs neemt Jans de definitie over van het Financial Stability Board: ‘technology enabled financial innovation that could result in new business models, applications, processes or products with an associated material effect on financial markets and institutions and the provision of financial services’. Voorbeelden zijn Adyen, Nexi, Klarna en Monzo. BigTechs definieert Jans als: ‘large technology companies with extensive established customer networks’. Voorbeelden zijn Facebook, Google, Alipay en Apple. Sommige BigTechs, zoals Apple, opereren op de betaalmarkt als technische dienstverlener en hebben geen vergunning als betalingsdienstaanbieder. De betaalmarkt (‘Payments market’) is beperkt tot de markt voor elektronische betalingen.

2 Begrippen en uitgangspunten

Jans stelt in zijn inleiding dat een level playing field tussen Banken en niet-Banken een voorwaarde is voor het bestaan van gezonde concurrentie tussen deze partijen.¹⁰

Er is geen consensus over de definitie van level playing field. Jans verwijst naar de definitie in de Cambridge Dictionary: ‘a situation in which everyone has the same chance of succeeding’.

In de juridische literatuur heeft het begrip level playing field vooral de betekenis van lage toetredingsdrempels. Volgens Jans wordt in het algemeen aangenomen dat een level playing field bestaat indien verschillende betalingsdienstaanbieders (payments service providers, hierna: PSPs) onderworpen zijn aan markttoegangvereisten die proportioneel zijn gezien de omvang en de complexiteit van hun businessmodel. Gezien het feit dat de activiteiten van een niet-Bank geringer en minder complex zijn dan die van een Bank, brengt het vereiste van proportionaliteit met zich mee dat voor niet-Banken niet dezelfde toegangseisen dienen te gelden als voor Banken, en dat de eisen voor niet-Banken in lijn moeten zijn met onder andere de diensten die zij aanbieden en de veiligheids- en integriteitsrisico’s die bij hun activiteiten gelden.

Het uitgangspunt van het proefschrift is dat proportionele toegangseisen voor niet-Banken slechts één van de elementen is die een level playing field tussen Banken en niet-Banken bepalen. Daarnaast is *alle* Europese wetgeving en regulering op het gebied van het betalingsverkeer van belang voor marktdeelname van niet-Banken.

Jans noemt als voornaamste doelstelling van overheidsbeleid het versterken van sociale welvaart (‘social welfare’). Op het gebied van het betalingsverkeer zou overheidsbeleid dit onder andere bereiken door het bevorderen van concurrentie, waardoor de diversiteit van betaaloplossingen zou toenemen en de gemiddelde kosten voor deze oplossingen zouden afnemen. Het verhogen van de concurrentie wordt door hem genoemd als een belangrijke doelstelling.¹¹

Op het door Jans gestelde belang van het bevorderen van concurrentie in de betalingsdienstenmarkt als belangrijk doel van overheidsbeleid valt wel wat af te dingen. In de literatuur en ook bij het toezicht zoals uitgeoefend door de centrale banken en de mededingingsautoriteit¹² wordt ervan uitgegaan dat andere belangen, zoals financiële stabiliteit, marktintegriteit, betaalveiligheid en consumentenbescherming, van groter belang zijn en een hogere prioriteit hebben dan het bevorderen van concurrentie in financiële markten door het creëren van een

level playing field. De vergunningvereisten voor toetreding tot financiële markten vormen inderdaad een beperking tot de toegang, die in principe gerechtvaardigd wordt door deze doelen met hogere prioriteit. Men zou dus kunnen stellen dat het bereiken van een level playing field tussen Banken en niet-Banken een wenselijke doelstelling van het regelgevende kader is, maar pas wanneer de hogere prioriteiten zijn gewaarborgd.¹³

In zijn inleiding onderscheidt Jans zes intermediaire doelstellingen van de hoofddoelstelling van publiek beleid (het creëren van één Europese Betaalmarkt,¹⁴ die de sociale welvaart bevordert), die in zes verschillende categorieën regulering zijn opgenomen. Jans is van mening dat er geen hiërarchie tussen deze deeldoelstellingen bestaat.¹⁵

Het begrip level playing field definieert Jans vervolgens als:

‘de mate waarin de regels en voorschriften met betrekking tot de intermediaire doelstellingen evenredig zijn in de context van de concurrentie tussen Banken en niet-Banken’.

Dit betekent volgens Jans dat:

‘als de beperkingen die aan niet-Banken op grond van deze regulering worden opgelegd proportioneel zijn in het licht van de daarin bestreken doelstellingen, die regulering geacht wordt proportioneel te zijn en om die reden bijdraagt aan de level playing field tussen Banken en niet-Banken. In deze studie wordt het gelijke speelveld tussen Banken en niet-Banken dus bepaald door de mate waarin het regelgevend kader voor financiële diensten met betrekking tot de markt voor betalingen in verhouding staat tot de zes intermediaire doelstellingen.’¹⁶

¹⁰ Jans 2023, p. 22.

¹¹ De doelstellingen van Europese regulering in de financiële sector worden uiteengezet in het ‘Consumer Financial Services Action Plan’ van de Europese Commissie, COM(2017)139 final (23 maart 2017).

¹² Zie ACM 2017, o.a. p. 1-2; zie ook www.dnb.nl/algemeen-nieuws/persbericht-2022/vertrouwen-centraal-in-nieuwe-dnb-visie-op-betalen.

¹³ F. Restoy, Fintech Regulation: How to Achieve a Level Playing Field, FSI 2021, p. 9.

¹⁴ De belangrijkste doelstelling van Europese regulering van financiële diensten was vanaf het begin het tot stand brengen van één interne markt voor financiële diensten, door convergentie van regelgeving tussen lidstaten te bevorderen en belemmeringen voor integratie weg te nemen.

¹⁵ De intermediaire doelstellingen zijn: het faciliteren van markttoegang voor niet-Banken, het waarborgen van de veiligheid van de betaalmarkt, het waarborgen van de integriteit van de betaalmarkt, bescherming van de gebruiker van betalingsdiensten in geval van niet-geautoriseerde betalingen, het verschaffen van toegang van niet-Banken tot betaalsystemen, het samenwerken door PSPs op het gebied van standaarden en het verschaffen van toelating van niet-Banken tot het vaststellen van standaarden voor de betaalmarkt.

¹⁶ ‘A level playing field is defined in this study as the extent to which the rules and regulations covering the intermediate objectives are proportionate in the context of competition between Banks and non-Banks. This means that if the restrictions imposed on non-Banks by regulations covering these intermediate objectives are in proportion to these objectives, such regulations are considered proportionate and therefore contribute to the level playing field between Banks and non-Banks. In this study, the level playing field between Banks and non-Banks is therefore determined by the extent to which the financial services regulatory framework covering the market for Payments is in proportion to the [six intermediate; toevoeging AvdB] objective[s].’

Met deze beschrijving is het niet geheel duidelijk wanneer sprake is van een level playing field. Moeten de regels voor elke categorie PSPs proportioneel zijn in de context van de concurrentie tussen Banken en niet-Banken, of in het licht van de doelstellingen waarop de desbetreffende regulering is gericht?

Ik ga ervan uit dat Jans bedoelt dat er sprake is van een level playing field als de voorwaarden die op grond van iedere specifieke regulering aan Banken en niet-Banken worden gesteld proportioneel zijn in het licht van de specifieke doelstellingen van die regulering. Om dit vast te stellen zou van alle op Banken en niet-Banken toepasselijke regels moeten worden vastgesteld dat zij voor iedere categorie Banken en niet-Banken proportioneel zijn in het licht van de specifieke doelstellingen van die regelgeving. Dit vergt een wel heel uitgebreid onderzoek. Jans beperkt zich in hoofdstuk 4 t/m 9 tot het beantwoorden van de hierboven genoemde zes subvragen.

3 Beschrijving van het elektronische betalingsverkeer en van de verschillende betaalproducten

In hoofdstuk 2 geeft Jans een beschrijving van de verschillende lagen waaruit een betaling bestaat: de productlaag, de laag van het betaalschema, de laag van de clearing en de laag van de settlement. Vervolgens noemt Jans verschillende voorbeelden van de productlaag; het gaat om de volgende betalingsinstrumenten die een PSP aan zijn klant kan aanbieden: overboekingen ('credit transfers'), waaronder *instant payments*, incasso's, kaartbetalingen en e-money-betalings.

Bij kaartbetalingen legt Jans het verschil uit tussen driepartijensystemen en vierpartijensystemen. Een voorbeeld van het eerste systeem is American Express, een voorbeeld van het tweede systeem zijn Mastercard en Visa.

Jans noemt in dit verband ook de recente ontwikkeling van het European Payments Initiative (EPI). Dit recente Europese initiatief van verschillende Europese banken is erop gericht een digitale wallet op de markt te brengen en een betaalmethode die gebaseerd is op instant payments (maar niet meer, zoals in het begin de bedoeling was, een Europese betaalkaart).¹⁷

4 Beschrijving van de Europese regulering op het gebied van het betalingsverkeer

In hoofdstuk 3 geeft Jans een uitgebreide beschrijving van de belangrijkste Europese regelgeving op het gebied van elektronische betalingen. De beschrijving verschaft een goed overzicht van alle initiatieven die in de afgelopen decennia op Europees gebied zijn genomen om een Europese betaalmarkt tot stand te brengen. Zo worden onder meer de Betalingsdienstenrichtlijn 1 en 2 (PSD1 en PSD2) uitvoerig behandeld.

¹⁷ Zie www.epicompany.eu/epi-company-announces-acquisitions-additional-shareholders-and-the-coming-launch-of-its-new-instant-payment-solution.

5 Beantwoording van de zes subvragen

5.1 De toegang tot de betaalmarkt voor niet-Banken

Jans wijst op de vergunningsplicht die voor betalingsdienst-aanbieders is ingevoerd onder PSD1. Hij acht de lichtere eisen die voor niet-Banken die uitsluitend betalingsdiensten willen aanbieden adequaat en proportioneel om de veiligheid en stabiliteit van de betaalmarkt te waarborgen. Met de inwerking-treding van PSD2 werd de toegang voor innovatieve partijen die rekeninginformatiediensten en betalingsinitiatiediensten willen aanbieden mogelijk gemaakt. Voor deze diensten is toegang tot informatie van de betaalrekeningen nodig, die de Banken verplicht zijn te verschaffen indien de rekeninghouder daartoe toestemming heeft gegeven.

Met betrekking tot PSD2 merkt Jans op dat, hoewel de voorwaarden voor toegang tot de markt voor niet-Banken in de context van de concurrentie tussen Banken en niet-Banken proportioneel lijken te zijn, er toch geen sprake is van een volledig level playing field. Dit komt door de uitzondering in PSD2 voor technische dienstverleners, waardoor vooral Big-Techs worden bevoordeeld. De diensten die Apple bijvoorbeeld met zijn wallet aanbiedt aan consumenten worden niet gezien als betalingsdiensten en deze zijn dus niet gereguleerd onder PSD2. Apple laat geen concurrerende wallets toe op zijn mobiele telefoons, waardoor de Banken in feite een nadeel hebben in de concurrentie. Jans pleit er daarom terecht voor om aanbieders van technische diensten alleen uit te zonderen indien hun diensten betrekking hebben op de backend, dat wil zeggen wanneer zij een ondersteunende rol spelen voor andere betalingsdienstaanbieders. Frontend-aanbieders zoals Apple zouden moeten worden verplicht PSPs tot hun IT-systemen toe te laten.

In paragraaf 9.5 wijst Jans wat dit betreft op het voorstel van de Digital Markets Act (DMA),¹⁸ dat aangewezen 'gatekeepers' verplicht om partijen onder voorwaarden toegang te verlenen tot hun systemen om zodoende concurrerende diensten aan te kunnen bieden. Apple is op 6 september 2023 door de Europese Commissie (hierna: EC) aangewezen als een dergelijke gatekeeper,¹⁹ maar heeft hiertegen op 17 november 2023 bezwaar aangetekend.²⁰

5.2 Veiligheidsmaatregelen voor Banken en niet-Banken

Onvoorwaardelijk vertrouwen in de betaalmarkten is een essentiële voorwaarde voor het goed kunnen functioneren ervan.²¹ Jans is van mening dat de verdeling tussen Banken en

¹⁸ Inmiddels is de DMA vastgesteld en in werking getreden. Verordening 2022/1925 van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitaalmarktverordening), in werking getreden op 1 november 2022.

¹⁹ Zie https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_4328.

²⁰ Zie www.reuters.com/legal/transactional/apple-files-legal-challenge-eu-digital-markets-act-2023-11-17.

²¹ Geeft hij hiermee toch niet een hiërarchie aan tussen de door hem geïdentificeerde deeldoelstellingen van regulering?

niet-Banken van de veiligheidseisen opgenomen in PSD2, die immers voor alle PSPs gelden, proportioneel is. Zo geldt de verplichting om Strong Customer Authentication (SCA) toe te passen bij toegang tot de betaalomgeving of bij initiatie van betalingen voor alle PSPs. De veiligheidseisen zijn bovendien proportioneel in het licht van de doelstelling van de regulering, namelijk het waarborgen van de veiligheid van de elektronische betaalmarkt, en daarom proportioneel in de context van de concurrentie tussen Banken en niet-Banken. Wel merkt Jans op dat door de verplichting voor de Banken om verschillende interfaces beschikbaar te hebben, de Banken in een nadeliger concurrentiepositie verkeren ten opzichte van de niet-Banken.

5.3 Antiwitwassen en de verdeling van verantwoordelijkheden tussen Banken en niet-Banken

Alle PSPs²² moeten adequate Customer Due Diligence (CDD)-procedures toepassen om het risico te beperken dat zij worden gebruikt voor witwassen of financiering van terrorisme. Jans meent dat deze regels proportioneel zijn in de context van de concurrentiepositie tussen Banken en niet-Banken.

5.4 Verdeling van aansprakelijkheid bij ongeautoriseerde of foutieve betalingen

In beginsel worden alle betalingsdienstaanbieders gelijk behandeld wat betreft aansprakelijkheid; de enige uitzondering is de PISP, de aanbieder van betalingsinitiatiediensten. Dit is een politieke keuze geweest. Jans meent dat de huidige verdeling van aansprakelijkheid ten nadele is van de Banken ten opzichte van de niet-Banken en dus niet proportioneel is in de context van de mededingingssituatie tussen Banken en niet-Banken. Een betaler kan, ook indien een niet-geautoriseerde of foutieve betaling heeft plaatsgehadt door toedoen van een aanbieder van betalingsinitiatiediensten (PISP), het ten onrechte afgeschreven bedrag bij de Bank terugvorderen.²³ Desalniettemin acht Jans de regeling wel proportioneel in het licht van de doelstelling, namelijk de bescherming van betalende. Kennelijk hanteert Jans twee verschillende proportionaliteitstoetsen.

5.5 Toegang van niet-Banken tot betalingssystemen

Niet-Banken moeten op grond van PSD2 rechtstreeks toegang kunnen krijgen tot betalingssystemen,²⁴ welke toegang nodig is om een betaling te kunnen afwikkelen, indien zij voldoen aan objectieve, niet-discriminatoire en evenredige voorwaarden. Het stellen van dergelijke voorwaarden aan de toegang acht Jans proportioneel in het licht van het waarborgen van de veiligheid en continuïteit van betalingssystemen en daarom niet nadelig in het licht van het level playing field.

In de praktijk blijken niet-Banken echter geen rechtstreekse toegang te hebben. Dit wordt volgens Jans verklaard door het feit dat deze verplichting tot toegang alleen geldt voor systemen die niet aangewezen zijn in het kader van de Finaliteitsrichtlijn,²⁵ en de meeste betalingssystemen onder die richtlijn zijn aangewezen. Niet-Banken zijn daarom van Banken afhankelijk voor het verkrijgen van indirecte toegang tot dergelijke betalingssystemen. Jans stelt dat veelal voor het verlenen van indirecte toegang de voorwaarde wordt gesteld dat een bankvergunning vereist is,²⁶ hetgeen volgens hem wel kan kwalificeren als een objectieve, niet-discriminatoire en evenredige voorwaarde. Desalniettemin pleit hij ervoor bij de herziening van PSD2 een expliciete bepaling op te nemen, ter bevestiging dat vergunninghoudende PSPs indirecte toegang dienen te krijgen. Inmiddels is duidelijk dat in de Instant Payments Regulation wordt geregeld dat niet-bancaire betalingsdienstaanbieders en elektronischgeldinstellingen (EGI's) directe toegang moeten krijgen tot betalingssystemen.²⁷

Een andere aanbeveling van Jans is te voorkomen dat Banken aandeelhouder zouden kunnen zijn van betalingssystemen, zodat er geen mogelijkheid is dat zij invloed zouden kunnen uitoefenen op de indirecte toegang van niet-Banken.

5.6 Toepassing van EU-mededingingsrecht in de betaalsector

Jans besteedt in zijn proefschrift ook (relatief kort) aandacht aan het mededingingsrecht in de betaalsector. Bij een onderzoek naar een level playing field tussen Banken en niet-Banken had aan dit onderdeel wellicht wat meer aandacht kunnen worden besteed.

Jans merkt terecht op dat op Europees niveau al lang aandacht is voor het mededingingsrecht in deze sector en refereert aan een sectoronderzoek naar retail banking uit 2007 van de EC.

Al veel eerder, in 1981, is in de Züchner-zaak²⁸ door het Hof van Justitie afstemming tussen de Duitse banken over uniforme tarieven voor betalingen naar buitenlandse rekeningen als een mededingingsbeperking aangemerkt. De banken hadden tevergeefs naar voren gebracht dat het mededingingsrecht op hen niet van toepassing was, omdat betaaldiensten gezien zouden moeten worden als diensten van algemeen economisch belang, en dat bovendien de bepalingen in het Verdrag inzake economisch en monetair beleid aan de toepasselijkheid van het

²² Met uitzondering van AISP's, partijen die bankrekeninginformatiediensten aanbieden.

²³ Art. 73 lid 2 PSD2.

²⁴ Een betalingssysteem is in art. 4 PSD2 gedefinieerd als: 'een systeem voor de overmaking van geldmiddelen met formele en gestandaardiseerde regelingen en gemeenschappelijke regels voor de verwerking, clearing en/of afwikkeling van betalingstransacties'.

²⁵ Richtlijn 98/26/EG van 19 mei 1998 betreffende het definitieve karakter van de afwikkeling van betalingen en effectentransacties in betalings- en afwikkelingssystemen, PbEU 1998, L 166/45.

²⁶ Jans 2023, p. 176 en 196. Naar mijn mening is dit niet juist, maar leidt indirecte toegang wel tot ongewenste afhankelijkheid van PSPs van de Banken.

²⁷ Op 7 november 2023 is een voorlopig akkoord bereikt over de Instant Payments Verordening (COM(2022)546 final), die naar verwachting in het eerste kwartaal van 2024 in werking zal treden.

²⁸ HvJ EU 14 juli 1981, C-172/80, ECLI:EU:C:1981:178, Jur. 1981, p. 2021.

mededingingsrecht in de weg zouden staan. Het Hof heeft deze argumenten van tafel geveegd.

In de jaren tachtig heeft de EC vervolgens een aantal boetesbeschikkingen vastgesteld waarbij aan verschillende nationale verenigingen van banken boetes werden opgelegd wegens overtreding van de mededingingsregels.²⁹ In de zaak *Uniforme Eurocheques*³⁰ oordeelde de EC dat afspraken over interbancaire vergoedingen in principe mededingingsbeperkend waren,³¹ maar in aanmerking kwamen voor een ontheffing³² van het verbod op mededingingsbeperkende afspraken indien zij een maximumtarief betroffen en op bilaterale basis een lager tarief zou kunnen worden onderhandeld.

Deze laatste zaak kan worden gezien als een voorbode van de reeks van besluiten van de EC met betrekking tot de multilaterale interbancaire vergoedingen van Mastercard en Visa.³³

In deze zaken achtte de EC de multilaterale interbancaire vergoedingen (hierna: multilateral interchange fees (MIFs)) die gezamenlijk door de banken-leden van de betaalschema's van Mastercard en Visa zijn vastgesteld in strijd met het kartelverbod, omdat deze een prijsopdrijvend effect hebben op de vergoedingen die Banken aan de winkeliers vragen voor het gebruik van deze kaartbetalingen en de mededinging tussen deze laatste Banken beperken. Er waren onvoldoende argumenten aangevoerd voor een succesvol beroep op een vrijstelling. Het Hof van Justitie heeft dit standpunt bevestigd.³⁴

Mastercard en Visa hebben uiteindelijk toezeggingen gedaan om hun MIFs te verlagen, welke toezeggingen de EC heeft aanvaard en die voldoende waren om een vrijstelling te verlenen. Uiteindelijk hebben deze zaken ertoe geleid dat de *Interchange Fee Verordening* is vastgesteld, op basis waarvan de MIFs voor creditcard- en debitcardbetalingen aan een maximum zijn gebonden.³⁵

In die zin is inderdaad gebeurd waartoe Jans oproept, namelijk:

‘(...) when adopting legal provisions impacting competition between Banks and non-Banks from a financial services perspective, the legislature could benefit from the knowledge and experience that competition authorities have developed in this area over the past decades.’³⁶

Naast afstemming over prijzen, waaronder MIFs en commissies, is het mededingingsrecht ook van toepassing op standaardiseringsafspraken; het moet daarbij gaan om standaardisering die tussen ondernemingen, zoals Banken en andere instellingen, of in het kader van een brancheorganisatie is overeengekomen. Standaarden die voortvloeien uit bijvoorbeeld Europese regulering vallen niet onder de werking van het mededingingsrecht.³⁷

Voor de beoordeling van standaardiseringsafspraken zijn inderdaad de Richtsnoeren inzake horizontale samenwerkingsovereenkomsten van belang.³⁸ Jans noemt als voorbeeld het initiatief van de *European Payments Council (EPC)* om een *E-Payments Framework* tot stand te brengen. De EC was naar aanleiding van een klacht een onderzoek begonnen naar deze standaardiseringsafpraak, met name naar de vraag of niet-Banken niet ten onrechte zouden worden uitgesloten. De mededingingsregels brengen niet met zich mee dat alle mogelijke partijen zonder meer toegang zouden moeten hebben tot standaardisering; er mogen objectieve, non-discriminatoire en evenredige voorwaarden worden gesteld. Nog voordat de EC een uitspraak deed over de toelaatbaarheid, trok de EPC het initiatief in. In dit kader is het interessant dat nu, tien jaar later, verschillende Europese banken in het kader van *EPI* standaardiseringsafspraken hebben gemaakt over een nieuwe elektronische betaaloplossing, gebaseerd op *instant payments*.

Anders dan Jans stelt, geldt er geen vereiste dat alle PSPs beperkt toegang moeten hebben tot de vaststelling van standaarden.³⁹ Het is goed denkbaar dat het in de praktijk onmogelijk of zeer inefficiënt is om alle PSPs bij iedere standaardisering te betrekken. Dit geldt ook voor zijn suggestie om alle PSPs stemrecht te geven in standaardisatieorganisaties. Zijn aanbeveling om de Europese regulering in die zin aan te passen, lijkt mij dan ook niet passend.⁴⁰ Het is wel van belang om zo veel mogelijk stakeholders bij standaardisering te betrekken, hen te informeren en hun de mogelijkheid te geven input te leveren.

Een goed voorbeeld van de beoordeling van standaardiseringsafspraken in Nederland op het gebied van het betalingsverkeer in Nederland is overigens de informele zienswijze die door de *Autoriteit Consument en Markt (ACM)* indertijd met betrekking tot de betaalproducten *PIN* en *Chipknip* is vastgesteld.⁴¹

Jans merkt op dat indien door Banken standaardiseringsafspraken zouden worden gemaakt op het gebied van *Applica-*

29 Zie bijv. de *Irish Standing Committee*, PbEU 1986, L 295/98 en de Nederlandse banken, PbEU 1989, L 253/1.

30 PbEU 1985, L 35/43.

31 In de zin van (nu) art. 101 lid 1 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

32 In de zin van (nu een vrijstelling op grond van) art. 101 lid 3 VWEU.

33 Zie o.a. beschikking Mastercard, PbEU 2009, C 264/8 en Visa, PbEU 202, L 318/17.

34 HvJ EU 11 september 2014, C-382/12P, ECLI:EU:C:2014:2201, Jur. 2014, p. 2201.

35 Verordening 2015/751, PbEU 2015, L 123/1.

36 Jans 2023, p. 177.

37 In die zin vallen naar mijn mening de aanbevelingen die de API EG kan doen niet onder het begrip standaardiseringsafspraken in de zin van art. 101 VWEU, evenmin als bijv. de *SEPA-verordening*; zie Jans 2023, p. 184.

38 Richtsnoeren van de EC van 17 juli 2023, C/2023/4752 final.

39 Zie bijv. punt 470 en 471 van de *Horizontale Richtsnoeren*.

40 Zie Jans 2023, p. 199.

41 Zie www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/bijlagen/10835_11_28504.pdf. In voetnoot 106 verwijst Jans naar deze informele zienswijze onder de vermelding *Interpay*; het betreft echter de voorganger van *Currence*, *Brands and Licences*.

tion programming interfaces (APIs), dit zou leiden tot een negatief effect op het gebied van innovatie, omdat daardoor de ontwikkeling van nieuwe en betere APIs zou worden beperkt. Een van de voorwaarden die in de Horizontale Richtsnoeren worden gesteld, is dat standaardiseringsafspraken niet bepaalde standaarden verplicht mogen stellen. Ontwikkeling van nieuwe standaarden is dus altijd mogelijk.⁴² Ook valt niet goed in te zien waarom Banken daardoor een nadeel in de concurrentie zouden ondervinden. Het ontwikkelen van een standaard brengt uiteraard kosten met zich mee, maar de deelname aan dergelijke afspraken zal alleen plaatsvinden als dit ook economisch voor de Banken een goed idee is.

In het deel over misbruik van machtspositie gaat Jans ervan uit dat de Banken een machtspositie hebben op de markt voor elektronische betalingen.⁴³ In mededingingsrechtelijke zin is dit echter niet het geval; de Nederlandse banken hebben niet een gezamenlijke machtspositie⁴⁴ en geen van de Banken heeft individueel een machtspositie. Wel merkt Jans terecht op dat er zorgen zijn bij de EC en bij de ACM over de machtspositie die verschillende BigTechs, zoals Apple, Google en Amazon, hebben die haar weerslag kan hebben op de concurrentie op de markt voor elektronische betalingen.

6 Enkele conclusies van het proefschrift

Uit zijn concluderende opmerkingen in paragraaf 10.1.7 blijkt dat Jans van mening is dat het level playing field op verschillende punten in het nadeel uitpakt van Banken ten opzichte van niet-Banken, terwijl in het begin van het proefschrift wordt gesproken over de dominantie van de Banken ten opzichte van niet-Banken en de noodzaak om de concurrentie van niet-Banken te bevorderen.⁴⁵ Hij stelt op drie gebieden aanpassingen voor in de regelgeving, met name PSD2, die zouden moeten zorgen voor een nog beter level playing field:

1. aanpassing van de uitzondering van technische dienstverleners in PSD2, waarvan de BigTechs ten onrechte profiteren;
2. bevorderen van (directe) toegang tot betalingssystemen voor vergunninghoudende betaalinstanties; en
3. het opleggen van de verplichting voor standaardiseringsinstellingen om stemrechten te verschaffen aan niet-Banken en hen in de gelegenheid te stellen agendapunten in te brengen voor de vergaderingen van deze instanties.

Met betrekking tot deze voorstellen kan het volgende worden opgemerkt. Voorstel 1: deze aanpassing had kunnen worden opgenomen in de concepttekst van PSD3, maar dit is niet gebeurd. Voorstel 2: deze aanpassing heeft wel plaatsgehad, namelijk in de concept-Verordening voor Instant Payments.

Voorstel 3: in de financiële regelgeving is niets opgenomen over governance van standaardiseringsinstellingen. Wel gelden, zoals hierboven is vermeld, op grond van het algemene mededingingsrecht bepaalde eisen wat betreft het betrekken van stakeholders bij de vaststelling van standaarden.

De laatste twee voorstellen van Jans lijken ingegeven door de wens om de bestaande regulering aan te passen in de zin van meer ‘activity-based’ regels. Bij activity-based toezicht gelden dezelfde eisen voor alle partijen (ongeacht hun structuur) die dezelfde activiteiten verrichten. Het is in dat kader interessant dat in een ook door Jans aangehaald onderzoek van de Bank of International Settlements (BIS) een vergelijkbare vraag als in het proefschrift van Jans wordt onderzocht.⁴⁶ Daarin komt Restoy⁴⁷ tot de conclusie dat aanpassing van Europese regulering in de richting van juist meer ‘entity-based’ toezicht nodig zou zijn om een level playing field te bereiken tussen Banken en niet-Banken. Bij entity-based toezicht wordt het geheel van activiteiten van een instelling als uitgangspunt genomen, vanwege de verhoogde risico’s die een combinatie van activiteiten met zich mee kan brengen. Een voorbeeld hiervan is het prudentiële toezicht op Banken. Maar ook bij niet-Banken (waaronder, maar niet uitsluitend, BigTechs) kan de combinatie van activiteiten en de omvang van de ondernemingen verhoogde risico’s met zich meebrengen, die een verdergaande regulering zouden rechtvaardigen.

Het zal interessant zijn om te zien in welke richting de Europese regulering op het gebied van het elektronische betalingsverkeer zich de komende jaren gaat bewegen. Wat dit betreft verschaffen de concept-PSD3 en de Instant Payments Verordening interessante informatie.⁴⁸

7 Conclusie

Jans heeft met zijn proefschrift een uitstekende samenvatting gegeven van de bestaande Europese regulering op het gebied van betalingsdiensten.

De vraag of deze regulering leidt tot een voldoende level playing field tussen de aanbieders van betalingsdiensten, enerzijds de Banken en anderzijds alle soorten partijen die niet-Banken zijn, is een interessante vraag. Hij concludeert dat er grotendeels sprake is van een level playing field. Voor zover er substantiële verschillen zijn in de toepasselijkheid van de regels voor de ene ten opzichte van de andere categorie, zijn deze verschillen gerechtvaardigd door het verschil in activiteiten of bedrijfsvoering en proportioneel in het licht van de doelstelling van de regulering.

In het begin van het proefschrift lijkt Jans vooral te impliceren dat er door de historische ‘dominantie’ van de Banken op het gebied van het betalingsverkeer een gebrek aan level playing

⁴² In punt 439 van de Horizontale Richtsnoeren wordt gewezen op het voordeel van standaardiseringsovereenkomsten, namelijk de ontwikkeling van nieuwe en betere producten.

⁴³ Jans 2023, p. 186 en 190 en ook p. 18-19.

⁴⁴ Zie voor de voorwaarden daarvoor o.a. het arrest *Airtours*, HvJ EG 6 juni 2002, T-342/99, ECLI:EU:T:2002:146, Jur. 2002, p. 146.

⁴⁵ Jans 2023, p. 18-22.

⁴⁶ Zie noot 9.

⁴⁷ Restoy is voorzitter van het Financial Stability Institute van de BIS.

⁴⁸ Zie o.a. A.A. Pasaribu, *Nieuwe regelgeving voor betaaldiensten: enkele opmerkingen over de PSD3 en de PSR*, Bb 2023/43, p. 179-185.

field zou bestaan in het voordeel van de Banken en in het nadeel van andere aanbieders. Zijn onderzoek leidt echter tot de conclusie dat een belangrijke mate van level playing field ontbreekt ten nadele van de Banken, namelijk uitgaande van de zogenaamde Big Techs, die aan het betalingsverkeer ondersteunende diensten verlenen, zoals Apple, Google en Amazon.

Jans bepleit een aantal aanpassingen in de regelgeving, bijvoorbeeld om de toegang van gereguleerde niet-Banken tot betalingssystemen te vergemakkelijken. In de recente Europese regulering, zoals de Instant Payments Verordening en het concept voor PSD3, zijn een paar van de door Jans gesignaleerde knelpunten gecorrigeerd, maar het probleem van het ontbreken van een level playing field ten voordele van de Big Techs is niet geadresseerd in financiële regulering. Wellicht dat het algemene mededingingsrecht en nieuwe regulering op het gebied van digitale markten en diensten de ongebreidelde voor-sprong van de Big Techs zullen kunnen beperken.

Het zou interessant zijn geweest als het proefschrift iets meer zou zijn ingegaan op de toepasselijkheid van het algemene mededingingsrecht en laatstgenoemde nieuwe digitale regulering; deze regelgeving is immers specifiek gericht op het creëren van level playing fields.