



Advies Raad van State inzake het voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening)

Nader Rapport

's-Gravenhage, 26 januari 2024
WJZ / 43864841

Aan de Koning

Nader rapport inzake het voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening)

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 juli 2023, no. 2023001761, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State (van het Koninkrijk) haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van (rijks)wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 oktober 2023, no. W18.23.00218/IV, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder cursief aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 20 juli 2023, no. 2023001761, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de digitalemarktenverordening (DMA).¹ De DMA bevat regels ten aanzien van kernplatformdiensten van de grootste online platforms die door hun aanzienlijke marktpositie binnen de sector als zogenoemde 'poortwachters' kwalificeren.² De handhaving van de DMA ligt uitsluitend bij de Europese Commissie (hierna: Commissie). Nationale autoriteiten hebben daarbij een ondersteunende rol. Met deze uitvoeringswet wordt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aangewezen als de bevoegde nationale autoriteit in Nederland. Daartoe worden haar toezichtsbevoegdheden gegeven en wordt informatie-uitwisseling met de Commissie geregeld.³

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert in de toelichting nader in te gaan op de mogelijke overlap tussen de bevoegdheden van de Commissie ten aanzien van de DMA en die van de ACM op grond van andere instrumenten, in het bijzonder het reguliere mededingingsrecht. Daarnaast adviseert zij in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de DMA en de AVG en de samenwerking tussen de Commissie en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een consistente uitleg van deels gelijklopende normen uit de DMA en de AVG te waarborgen. In verband hiermee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

1. DMA: aanleiding, inhoud en wijze van handhaving

Grote online platforms zijn in de digitale economie steeds belangrijker geworden. Als gevolg van hun

¹ Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitalemarktenverordening), (PbEU 2022, L 265).

² Zie artikel 2, tweede lid, van de DMA voor een definitie van kernplatformdiensten. Zie artikel 2, eerste lid, en artikel 3 van de DMA voor de definitie en de aanwijzing van poortwachters.

³ Artikel 2 van de Uitvoeringswet DMA.

dominante marktposities en het feit dat zij over grote hoeveelheden data beschikken, zijn zakelijke gebruikers afhankelijker geworden van deze platforms om hun online diensten aan te bieden. Het bestaande juridische instrumentarium, in het bijzonder het mededingingsrecht en consumentenrecht, is niet altijd voldoende toereikend gebleken, onder meer omdat deze instrumenten alleen ingrijpen achteraf mogelijk maken.⁴

Met de DMA wordt daarom voorzien in een nieuw instrument, met ex ante toezicht op de grootste online platforms. Aan deze zogenoemde 'poortwachters'⁵ stelt de DMA een aantal welomschreven verplichtingen.⁶ Deze verplichtingen zijn erop gericht oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan en de mogelijkheid om hun (dominante) marktposities te betwisten groter te maken.

Zoals in de toelichting vermeld, vormt de DMA een aanvulling op het Europese en nationale mededingingsrecht, dat naast de verordening van toepassing blijft. Daarnaast heeft de DMA raakvlakken met onder meer de P2B-verordening,⁷ en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).⁸ De DMA heeft ook raakvlakken met de digitaal dienstenverordening (DSA), die met de DMA onderdeel is van de Digital Services Package van de Europese Unie.⁹

In het toezicht op en de handhaving van de DMA speelt de Commissie een centrale rol. Niet alleen is het aan de Commissie te beoordelen of online platforms de status van 'poortwachter' krijgen, ook heeft zij als enige instantie de bevoegdheid om op grond van de DMA handhavend op te treden en in dat verband geldboetes of dwangsommen op te leggen.¹⁰

De DMA geeft, daarnaast, lidstaten de optie hun autoriteiten de bevoegdheid te geven op eigen initiatief onderzoek te doen naar mogelijke niet-naleving van de op poortwachters rustende verplichtingen op het grondgebied van de lidstaat.¹¹ Met het wetsvoorstel wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en wordt de ACM de benodigde bevoegdheden gegeven om op eigen initiatief onderzoek te doen.¹² Deze bevoegdheid eindigt nadat zij verslag hebben uitgebracht aan de Commissie over de bevindingen van het onderzoek en de Commissie een handhavingprocedure start.¹³

2. Overlap bevoegdheden ACM en Commissie

Omdat zowel de ACM, als de Commissie de bevoegdheid heeft onderzoek te starten naar de naleving van de DMA, kan overlap in hun werkzaamheden bestaan.¹⁴ Ingevolge artikel 38, zevende lid, tweede alinea van de DMA geldt in dat geval dat de onderzoeksbevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten eindigt als de Commissie een onderzoek start naar dezelfde inbreuk van een poortwachter.

Zoals in de toelichting wordt onderkend, is echter op voorhand niet altijd duidelijk of een handeling van een poortwachter onder de DMA valt, dan wel mogelijk (ook) een overtreding van andere regels aan de orde is, zoals het reguliere mededingingsrecht of de P2B-verordening.¹⁵ In het laatste geval heeft de ACM niet alleen een ondersteunende rol, maar ook een zelfstandige toezichthoudende rol en

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

⁵ Artikel 3, eerste lid, van de DMA. Een onderneming wordt aangewezen als poortwachter indien die: a) een aanzienlijke impact heeft op de interne markt; b) een kernplatformdienst aanbiedt die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt, en c) met betrekking tot haar activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen. Op 6 september 2023 heeft de Commissie de volgende poortwachters aangewezen (met daarbij aangegeven de mogelijke kernplatformdiensten): Alphabet (Google Maps, Play en Shopping, Google Search, Google Android, Youtube en Chrome), Amazon (Amazon en Marketplace), Apple (iOS, Safari, App store), ByteDance (Tiktok), Meta (Facebook, Instagram, Whatsapp, Messenger, Meta en Meta Marketplace) en Microsoft (LinkedIn, Windows PC OS).

⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de DMA. Poortwachters dienen onder andere zakelijke gebruikers kosteloos toe te laten om aanbiedingen kenbaar te maken en aan te bieden aan eindgebruikers die via zijn kernplatformdienst of via andere kanalen zijn verworven, en om met die eindgebruikers contracten te sluiten, ongeacht of zij daarvoor al dan niet gebruikmaken van de kernplatformdiensten van de poortwachter.

⁷ Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (PbEU 2019, L 186).

⁸ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119). Zie ook overweging 12 bij de DMA.

⁹ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaal dienstenverordening) (PbEU 2022, L 277). De DSA bevat regels voor aanbieders van online tussenhandelsdiensten (zoals hostingbedrijven, online platforms en zoekmachines), die beogen illegale online inhoud tegen te gaan en gebruikers daarover te informeren.

¹⁰ Artikelen 30 en 31 van de DMA.

¹¹ Artikel 38, zevende lid, van de DMA.

¹² Artikel 2, eerste lid, van de Uitvoeringswet DMA.

¹³ Paragraaf 3.6.2 van de toelichting.

¹⁴ Paragraaf 4.2.7 van de toelichting.

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.1.

kan zij handhavingsmaatregelen opleggen. De DMA laat daartoe de ruimte, maar verlangt wel dat de ACM de Commissie op de hoogte stelt van onderzoeken en eventuele opgelegde maatregelen.¹⁶

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag wat een eventuele beëindiging van een ACM-onderzoek naar mogelijke overtredingen van de DMA betekent voor het onderzoek dat de ACM verricht naar mogelijke overtredingen van andere normen. Deze vraag dringt zich op, omdat het niet ondenkbaar is dat een handeling of gedraging van een poortwachter zowel een overtreding van de DMA als, bijvoorbeeld, van de reguliere mededingingsregels oplevert. Onduidelijk is of de ACM in een dergelijk geval haar onderzoek zal voortzetten of dat zij toch het onderzoek van de Commissie zal afwachten en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn.

De Afdeling merkt op dat het van belang is dat in de toelichting op dit punt helderheid wordt gegeven, in het bijzonder gelet op de positie van de aanbieders en gebruikers van online platforms. Voor hen moet namelijk duidelijk zijn hoe wordt omgegaan met klachten of signalen van gebruikers en of deze eventueel ook op grond van een ander instrument – zoals het generieke mededingings- of consumentenrecht of de P2B-verordening – zullen worden onderzocht.

Daarnaast rijst de vraag hoe – in het geval de ACM op grond van het reguliere mededingingsrecht en de Commissie op grond van de DMA tot handhaving overgaan – concreet wordt gewaarborgd dat het opleggen van de verschillende handhavingsmaatregelen met een punitief karakter voor dezelfde materiële feiten niet in strijd komt met het beginsel van ne bis in idem.¹⁷

In de toelichting wordt alleen opgemerkt dat met de uitwisseling van informatie tussen toezichthouders via het Europese mededingingsnetwerk (ECN) het waarborgen van dit beginsel wordt nagestreefd.¹⁸ Niet wordt ingegaan op de vereisten die in de (recente) Europese rechtspraak hieromtrent zijn ontwikkeld.¹⁹ Een beschouwing hierover in de toelichting ligt in de rede, omdat dat de nodige duidelijkheid kan geven voor de rechtspraak.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting nader in te gaan op de mogelijke overlap tussen de bevoegdheden van de Europese Commissie ten aanzien van de verordening en die van de ACM op grond van andere instrumenten, in het bijzonder het reguliere mededingingsrecht. Dit advies is opgevolgd door het uitbreiden van de paragrafen 4.2.5, 4.2.7 en 7.3.3 van de toelichting. Zoals de Afdeling terecht opmerkt, is het mogelijk dat de ACM onder verschillende normenkaders onderzoek doet naar eenzelfde handeling van een poortwachter. Dezelfde gedraging zou namelijk in strijd kunnen zijn met verschillende normen. In voorkomend geval kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een onderzoek naar een mogelijke overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (regulier mededingingsrecht) en een onderzoek naar naleving van een maatregel in de verordening.²⁰ Het is noodzakelijk en gebruikelijk dat een dergelijke handeling van een poortwachter onder verschillende normenkaders kan worden onderzocht, voordat wordt bepaald onder welke norm het onderzoek wordt doorgezet en tot eventuele handhaving wordt overgegaan.

Aangezien de ACM geen handhavingsbevoegdheden heeft onder de verordening, zal zij haar onderzoek naar niet-naleving van de maatregelen in de verordening op enig moment moeten doorverwijzen naar de Europese Commissie.²¹ De Afdeling vraagt in haar advies wat een dergelijke doorverwijzing en beëindiging van het initiële onderzoek van de ACM betekent voor het onderzoek dat zij uitvoert naar een mogelijke overtreding van andere normen dan opgenomen in de verordening.

Poortwachters dienen ook te voldoen aan onder meer het reguliere mededingingsrecht, consumentenrecht, privacywetgeving en andere verordeningen voor digitale markten. Beëindiging van het initiële onderzoek naar niet-naleving door de ACM heeft geen directe invloed op het lopende onderzoek van de ACM naar overtreding van normen uit andere normenkaders. De regels moeten elkaar niet hinderen maar moeten elkaar juist aanvullen. Dit betekent dat de ACM een onderzoek naar overtreding

¹⁶ Artikel 38, tweede en derde lid, van de DMA.

¹⁷ Niet uitgesloten is dat op grond van andere normen, zoals de P2B-verordening, het consumentenrecht of AVG, ook handhavingsmaatregelen worden genomen met een punitief karakter, waarbij het beginsel van *ne bis in idem* relevant kan zijn.

¹⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 7.3.3.

¹⁹ Vgl. onder meer HvJEU 22 maart 2022, *bpost*, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 en HvJEU 22 maart 2022, *Nordzucker*, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203 (zie ook de annotatie van Veenbrink in SEW (2022), 123). Zie voorts HvJEU 14 september 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A.*, C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663 (in het bijzonder punten 86–96).

²⁰ De DMA bepaalt dat zij van toepassing is onverminderd het Europese en nationale mededingingsrecht. Zie overwegingen 9–10 en artikel 1, zesde lid, van de verordening.

²¹ Artikel 38, zevende lid, van de verordening bepaalt dat wanneer de Europese Commissie een onderzoek start op basis van artikel 20 van de verordening dit de nationale bevoegde autoriteit de mogelijk ontnemt om eenzelfde onderzoek naar naleving van de verordening te starten of te beëindigen.

van andere normen door een bedrijf dat is aangewezen als poortwachter in principe voort kan zetten. Artikel 1, zesde lid, van de verordening illustreert deze conclusie (voor het mededingingsrecht). In dat artikel is bepaald dat de verordening geen afbreuk doet aan de toepassing van de Europese en nationale mededingingsregels. Deze flexibiliteit en wisselwerking tussen de verordening en het reguliere mededingingsrecht is nadrukkelijk zo bedoeld.

Het hangt echter wel af van de omstandigheden of het voor de ACM opportuun is om een mogelijke overtreding van normen uit andere normenkaders te (blijven) onderzoeken in gevallen waarin duidelijk ook een overtreding van de verordening door een poortwachter aan de orde is. Dat zal bijvoorbeeld niet zo snel het geval zijn bij een inbreuk op maatregelen die in de verordening in detail zijn neergelegd, omdat handhaving onder de verordening dan meer in de rede ligt. De verordening biedt immers meer duidelijkheid over welk gedrag wel en niet is toegestaan, terwijl een onderzoek naar de mededingingsregels van de ACM aanzienlijk meer tijd en capaciteit zal vergen met een onzekere afloop. De keuze of de ACM het onderzoek naar andere normen doorzet en daar capaciteit op inzet, is daarom een afweging die de ACM per geval zal maken.

De Afdeling stelt in haar advies vast dat het niet duidelijk is hoe door de ACM wordt omgegaan met klachten of signalen van gebruikers over de naleving van de verordening of andere normenkaders. In het wetsvoorstel is er bewust voor gekozen om bij de uitvoering van ondersteunend toezicht op de verordening zoveel mogelijk aan te sluiten bij het toezicht in het kader van andere aangrenzende normenkaders waar de Afdeling naar verwijst en dit toezicht onder te brengen bij één nationale autoriteit. De ACM fungeert als centraal meldpunt voor ondernemers en consumenten om signalen in te dienen en coördineert vervolgens intern de inleiding van onderzoeken. Door de onderzoeksbevoegdheden voor het toezicht op de verordening toe te wijzen aan één nationale autoriteit wordt fragmentatie in de onderzoeken naar signalen onder verschillende normenkaders voorkomen. Daarnaast wordt hierdoor voor klachtenindieners duidelijk waar ze terecht kunnen met vragen over de vervolgstappen die worden gezet naar aanleiding van hun ingediende klacht.

Daarbij is het van belang dat het meldpunt bij de ACM aan de voorkant niet van een ondernemer of consument verwacht precies te weten onder welke regelgeving zijn klacht of probleem valt. Een signaal over een handeling van een poortwachter wordt dus behandeld zonder op voorhand vast te laten leggen binnen welk normenkader de klacht moet worden afgedaan. Na ontvangst van een signaal bepaalt de ACM onder welke kader of kaders zij de betreffende handeling gaat onderzoeken. Dit kunnen in eerste instantie dus verschillende kaders zijn waar de ACM toezicht op houdt. De ACM zal daarover ook steeds tijdig communiceren met de gebruiker die het signaal heeft ingediend, mits het belang van het onderzoek dat toelaat.

De Afdeling vraagt ook naar de handhaving op grond van de verschillende normen. Zij vraagt in haar advies om te verduidelijken hoe – in geval de ACM op grond van het reguliere mededingingsrecht en de Commissie op grond van de verordening tot handhaving overgaan – concreet wordt gewaarborgd dat het opleggen van de verschillende handhavingsmaatregelen met een punitief karakter voor dezelfde materiële feiten niet in strijd komt met het beginsel van *ne bis in idem*. Dit beginsel is in artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerd en houdt in dat een (rechts)persoon niet nogmaals mag worden vervolgd of bestraft wanneer dezelfde (rechts)persoon voor dezelfde gedraging (*idem*) reeds op basis van een eerdere definitieve beslissing is veroordeeld of vrijgesproken (*bis*). De Afdeling acht met name relevant dat wordt ingegaan op de recente Europese rechtspraak omtrent de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel in mededingingsrechtelijke zaken.

Het is niet uitgesloten dat een poortwachter voor dezelfde gedraging aan meerdere procedures wordt onderworpen onder verschillende normenkaders. In de praktijk wordt het risico op strijd met het *ne bis in idem*-beginsel echter gemitigeerd.

Allereerst wordt dit aan de voorkant tegengegaan door intensieve coördinatie tussen de Europese Commissie en nationale autoriteiten over handhavingsmaatregelen. Artikel 38, eerste tot en met zevende lid, van de verordening regelt op welke wijze de Commissie en nationale bevoegde instanties elkaar informeren over hun onderzoeken, de inzet van hun bevoegdheden coördineren en waar mogelijk samenwerken. Zo zal zowel de Europese Commissie als een nationale bevoegde autoriteit zo spoedig mogelijk melding maken van eerste formele onderzoekshandelingen en voornemens om handhavend op te treden. Aan deze coördinatie en samenwerking wordt in de praktijk invulling gegeven in de bestaande internationale samenwerkingsverbanden van mededingingsautoriteiten, zoals met name het European Competition Network (ECN).

Daarnaast kan strijd met het *ne bis in idem*-beginsel achteraf door de rechter worden gecorrigeerd. Indien in een bepaald geval de vraag opkomt of bij gelijklopende procedures sprake is van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel, wordt de door de Afdeling aangehaalde rechtspraak relevant. In de zaken

b-post en *Nordzucker*²² heeft het Hof van Justitie de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel in mededingingsrechtelijke zaken in lijn gebracht met de toepassing van dit beginsel in andere rechtsgebieden. Dit betekent dat voor het *idem*-vereiste in mededingingsrechtelijke zaken voortaan enkel nog wordt gekeken naar de materiële feiten en niet langer naar het te beschermen rechtsbelang²³. Sinds *b-post* en *Nordzucker* geldt dat indien de materiële feiten van de procedures hetzelfde zijn, aan het *idem*-vereiste is voldaan. Om te kunnen spreken van dezelfde materiële feiten, dienen de feiten identiek te zijn en in ieder geval hetzelfde grondgebied, dezelfde productmarkt en dezelfde periode te beslaan.²⁴ Wordt vervolgens ook aan het *bis*-vereiste van een eerdere veroordeling of vrijspraak voldaan, dan is er sprake van een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel.

Indien achteraf toch sprake blijkt te zijn van een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel, kan artikel 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie hiervoor nog een rechtvaardiging bieden. Via dit artikel kan een inbreuk worden gerechtvaardigd, indien: (i) het optreden van de autoriteiten bij wet is voorzien (ii) het gaat om een cumulatie op grond van verschillende regelingen, welke verschillende en aanvullende doelstellingen nastreven, en (iii) het evenredigheidsbeginsel wordt gerespecteerd. Met de verordening wordt aan het eerste vereiste in ieder geval voldaan. Artikel 1, zesde lid, van de verordening staat expliciet toe dat de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten het mededingingsrecht kunnen handhaven. Voor de andere twee vereisten zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Het is aan de rechter om te bepalen of een eventuele inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel kan worden gerechtvaardigd.

3. Verhouding tussen toezicht op de DMA en de AVG

Zoals hiervoor opgemerkt, heeft de DMA raakvlakken met de regels van de AVG. Zo voorziet de DMA onder andere in een verbod op het combineren van data van de kernplatformdienst met data van andere diensten van de poortwachter en mag de poortwachter eindgebruikers niet automatisch bij andere diensten van de poortwachter laten inloggen, zodat data kunnen worden gecombineerd.²⁵ Dit mag wel als de eindgebruiker de specifieke keuze heeft gekregen en toestemming heeft verleend.

Op grond van de AVG is de verwerking van persoonsgegevens, waar mede het combineren van persoonsgegevens onder wordt begrepen, alleen rechtmatig indien dit is gebaseerd op een van de rechtsgrondslagen in artikel 6 van de AVG. De DMA gaat op enkele punten verder dan de AVG. Zo kan ingevolge de DMA het verwerken van persoonsgegevens, genoemd in artikel 5, tweede lid, van de DMA niet worden gebaseerd op de grondslagen genoemd in artikel 6, eerste lid, onderdelen b en f van de AVG.²⁶

Er bestaan dus sterke inhoudelijke raakvlakken tussen de normen van de DMA en de AVG, waarbij de uitleg van de AVG ook van betekenis kan zijn voor de uitleg van de DMA en vice versa. Het toezicht en de handhaving is echter bij verschillende autoriteiten belegd. Waar de Autoriteit Persoonsgegevens op grond van de AVG handhavend kan optreden jegens poortwachters, kan de Commissie dat doen op grond van de DMA. Dit doet de vraag rijzen hoe wordt gewaarborgd dat de uitleg van de verschillende toezichthouders van deze deels gelijklopende normen (en de handhaving daarvan) met elkaar stroken.

In de toelichting wordt wel ingegaan op de samenwerking tussen de ACM en andere nationale toezichthouders, zoals de AP. Ook wordt erop gewezen dat de Commissie, vanuit haar coördinerende rol en via het ECN, kan helpen voorkomen dat onnodig overlappende onderzoeken in het kader van de DMA plaatsvinden.²⁷ Uit de toelichting wordt echter niet duidelijk hoe de afstemming tussen de Commissie en nationale gegevensbeschermingsautoriteiten, zoals de AP, plaatsvindt en of, en zo ja hoe een consistente uitleg van de AVG en DMA wordt gewaarborgd. Daarbij merkt de Afdeling op dat uit de toelichting niet blijkt dat in het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel de AP hierover is geconsulteerd. Dat had naar het oordeel van de Afdeling wel in de rede gelegen.

²² HvJ EU 22 maart 2022, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 (*Bpost*) en HvJ EU 22 maart, C151/20, ECLI:CU:2022:203 (*Nordzucker*).

²³ Het te beschermen rechtsbelang ziet op de doelstelling achter de norm. Dit komt nu pas later aan de orde, nadat een inbreuk wordt vastgesteld en beoordeeld moet worden of die inbreuk kan worden gerechtvaardigd.

²⁴ Ter illustratie: in *Nordzucker* bepaalt het Hof van Justitie dat bij het vaststellen of een onderneming tweemaal wordt vervolgd en/of beboet voor een kartel op het grondgebied van een andere lidstaat moet worden gekeken of een mededingingsautoriteit daadwerkelijk heeft vastgesteld dat er een inbreuk plaatsvond op het grondgebied van een andere lidstaat. Voorts moet met deze geografische dimensie rekening worden gehouden bij het vaststellen van de eventuele boete. Het enkel noemen in een besluit dat het kartel zich uitstrekt tot het grondgebied van een andere lidstaat is niet voldoende om vast te stellen dat er sprake is van een dubbele vervolging en/of beboeting voor dezelfde feiten. Zie in dit kader ook HvJ EU 20 april 2023, X-815/21 P, ECLI:EU:CL2023:308 (*Amazon/Commissie*), r.o. 22–35.

²⁵ Artikel 5, tweede lid, van de verordening.

²⁶ Dit betreft verwerkingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst, respectievelijk voor de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde.

²⁷ Memorie van toelichting, paragrafen 4.2.6 en 4.2.7.

Evenmin wordt duidelijk in hoeverre de zogenoemde 'groep op hoog niveau'²⁸ in deze een rol kan spelen. Deze groep bestaat uit Europese organen en netwerken,²⁹ en geeft de Commissie advies over algemene kwesties in het kader van de uitvoering of handhaving van de DMA en beoogt een consistente reguleringsaanpak te bevorderen.³⁰ Onduidelijk is of in dat gremium ook in specifieke dossiers de nodige afstemming over de uitleg en toepassing van de AVG en DMA zal en kan plaatsvinden.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting in te gaan op de verhouding tussen de verordening en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en de samenwerking tussen de Europese Commissie en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een consistente uitleg van deels gelijklopende normen uit de verordening en de AVG te waarborgen. Dit advies is opgevolgd door het uitbreiden van paragraaf 3.7.4, 4.2.6 en 4.2.7 van de toelichting.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, bestaan er sterke inhoudelijke raakvlakken tussen de normen van de verordening en de AVG, terwijl het toezicht en de handhaving bij verschillende autoriteiten is belegd. Om een consistente uitleg van de normen van de verordening en de AVG te borgen, moet nauw worden samengewerkt tussen de verschillende autoriteiten. In artikel 37 van de verordening is voorzien in afstemming van handhavingsmaatregelen tussen de Europese Commissie en de (autoriteiten van) lidstaten om te zorgen voor coherente, effectieve en complementaire handhaving van beschikbare rechtsinstrumenten als de AVG.

Eenzijds moet worden samengewerkt tussen de ACM en de AP. Zoals ook reeds in de toelichting vermeld, is in dit kader artikel 7 van de Instellingswet ACM van belang. Op grond van dit artikel is de ACM bevoegd om gegevens te verstrekken aan andere bestuursorganen. In de Regeling gegevensverstrekking ACM 2019 is bepaald dat de AP tot deze bestuursorganen behoort. Daarbij geldt dat de ACM ook een samenwerkingsovereenkomst heeft met de AP.³¹ De autoriteiten zouden zodoende voldoende in staat moeten zijn om de inhoudelijke raakvlakken tussen normen van de verordening en de AVG af te stemmen. Een belangrijke nuancering op het bovenstaande is de beperkte rol van de ACM voor wat betreft de bepalingen uit de verordening die raken aan de AVG. Immers, de ACM kan enkel onderzoek doen en neemt geen (handavings)besluiten. Handhaving is voorbehouden aan de Europese Commissie.

Anderzijds moet worden samengewerkt tussen de Europese Commissie en de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten (zoals de AP). De Afdeling verwijst in dit verband terecht naar de groep op hoog niveau (High Level Group; HLG). In de HLG kan inhoudelijke afstemming tussen de verordening en de AVG plaatsvinden. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) en het Europees Comité voor gegevensbescherming (EDPB) maken deel uit van de HLG. De AP is als nationale bevoegde gegevensbeschermingsautoriteit lid van de EDPB. De verwachting is niet dat de HLG specifieke dossiers op detailniveau zal bespreken. Echter, waar het onderdelen van specifieke zaken betreft die betrekking hebben op algemene kwesties die zien op de uitvoering of handhaving van de verordening kan de HLG advies uitbrengen aan de Commissie.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt ziet de advisering van de HLG ook op bevordering van een consistente reguleringsaanpak over de grenzen van onder andere de AVG en de verordening heen. De HLG heeft ook de bevoegdheid om een jaarverslag in te dienen bij de Commissie waarin sectordoor-snijdende reguleringskwesties in beeld worden gebracht. Dit verslag wordt eveneens aan het Europees Parlement en de Raad voorgelegd. De EDPS en de EDPB moeten de organen en netwerken die zij vertegenwoordigen raadplegen in het kader van de uitgevoerde taken binnen de HLG. De AP kan als deelnemer in de EDPB bijdragen aan standpunten die bij de HLG kunnen worden ingebracht over voorgenoemde aangelegenheden.

Tenslotte merkt de Afdeling nog op dat uit de toelichting niet blijkt of de AP is geconsulteerd in het kader van de voorbereiding van het wetsvoorstel. De AP heeft geen formeel advies uitgebracht maar is wel bij de voorbereiding van het wetsvoorstel en bij het opstellen van dit nader rapport betrokken.

²⁸ Artikel 40 van de DMA.

²⁹ Het betreft specifiek de volgende Europese organen en netwerken die zullen samenwerken in de groep op hoog niveau: het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en het Europees Comité voor gegevensbescherming, het Europees Mededingingsnetwerk, het samenwerkingsnetwerk voor consumentenbescherming, en de Europese Groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten.

³⁰ Artikel 40, vijfde lid, van de DMA.

³¹ Samenwerkingsprotocol Autoriteit Consument en Markt en Autoriteit Persoonsgegevens, *Staatscourant* 2016, nr. 58078.



4. Ambtshalve wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om ambtshalve enkele kleine wijzigingen aan te brengen in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel. In paragraaf 3.7.4 en 3.7.7 van de memorie van toelichting zijn enkele aanpassingen gedaan ter verduidelijking. In paragraaf 6.1 van de toelichting is een onjuistheid over de verhouding tussen de verordening en het mededingingsrecht gecorrigeerd.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

De vice-president van de Raad van State,

Ik verzoek U het hierbij gevoegde voorstel van wet en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

*De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
M.A.M. Adriaansens.*



Advies Raad van State

No. W18.23.00218/IV

's-Gravenhage, 18 oktober 2023

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 20 juli 2023, no.2023001761, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de digitalemarktenverordening (DMA).¹ De DMA bevat regels ten aanzien van kernplatformdiensten van de grootste online platforms die door hun aanzienlijke marktpositie binnen de sector als zogenoemde 'poortwachters' kwalificeren.² De handhaving van de DMA ligt uitsluitend bij de Europese Commissie (hierna: Commissie). Nationale autoriteiten hebben daarbij een ondersteunende rol. Met deze uitvoeringswet wordt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aangewezen als de bevoegde nationale autoriteit in Nederland. Daartoe worden haar toezichtsbevoegdheden gegeven en wordt informatie-uitwisseling met de Commissie geregeld.³

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert in de toelichting nader in te gaan op de mogelijke overlap tussen de bevoegdheden van de Commissie ten aanzien van de DMA en die van de ACM op grond van andere instrumenten, in het bijzonder het reguliere mededingingsrecht. Daarnaast adviseert zij in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de DMA en de AVG en de samenwerking tussen de Commissie en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een consistente uitleg van deels gelijklopende normen uit de DMA en de AVG te waarborgen. In verband hiermee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

1. DMA: aanleiding, inhoud en wijze van handhaving

Grote online platforms zijn in de digitale economie steeds belangrijker geworden. Als gevolg van hun dominante marktposities en het feit dat zij over grote hoeveelheden data beschikken, zijn zakelijke gebruikers afhankelijker geworden van deze platforms om hun online diensten aan te bieden. Het bestaande juridische instrumentarium, in het bijzonder het mededingingsrecht en consumentenrecht, is niet altijd voldoende toereikend gebleken, onder meer omdat deze instrumenten alleen ingrijpen achteraf mogelijk maken.⁴

Met de DMA wordt daarom voorzien in een nieuw instrument, met ex ante toezicht op de grootste online platforms. Aan deze zogenoemde 'poortwachters'⁵ stelt de DMA een aantal welomschreven verplichtingen.⁶ Deze verplichtingen zijn erop gericht oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan en de mogelijkheid om hun (dominante) marktposities te betwisten groter te maken.

Zoals in de toelichting vermeld, vormt de DMA een aanvulling op het Europese en nationale mededingingsrecht, dat naast de verordening van toepassing blijft. Daarnaast heeft de DMA raakvlakken met

¹ Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitalemarktenverordening), (PbEU 2022, L 265).

² Zie artikel 2, tweede lid, van de DMA voor een definitie van kernplatformdiensten. Zie artikel 2, eerste lid, en artikel 3 van de DMA voor de definitie en de aanwijzing van poortwachters.

³ Artikel 2 van de Uitvoeringswet DMA.

⁴ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

⁵ Artikel 3, eerste lid, van de DMA. Een onderneming wordt aangewezen als poortwachter indien die: a) een aanzienlijke impact heeft op de interne markt; b) een kernplatformdienst aanbiedt die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt, en c) met betrekking tot haar activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen. Op 6 september 2023 heeft de Commissie de volgende poortwachters aangewezen (met daarbij aangegeven de mogelijke kernplatformdiensten): Alphabet (Google Maps, Play en Shopping, Google Search, Google Android, Youtube en Chrome), Amazon (Amazon en Marketplace), Apple (iOS, Safari, App store), ByteDance (TikTok), Meta (Facebook, Instagram, Whatsapp, Messenger, Meta en Meta Marketplace) en Microsoft (LinkedIn, Windows PC OS).

⁶ Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de DMA. Poortwachters dienen onder andere zakelijke gebruikers kosteloos toe te laten om aanbiedingen kenbaar te maken en aan te bieden aan eindgebruikers die via zijn kernplatformdienst of via andere kanalen zijn verworven, en om met die eindgebruikers contracten te sluiten, ongeacht of zij daarvoor al dan niet gebruikmaken van de kernplatformdiensten van de poortwachter.

onder meer de P2B-verordening,⁷ en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG).⁸ De DMA heeft ook raakvlakken met de digitaaldienstenverordening (DSA), die met de DMA onderdeel is van de Digital Services Package van de Europese Unie.⁹

In het toezicht op en de handhaving van de DMA speelt de Commissie een centrale rol. Niet alleen is het aan de Commissie te beoordelen of online platforms de status van 'poortwachter' krijgen, ook heeft zij als enige instantie de bevoegdheid om op grond van de DMA handhavend op te treden en in dat verband geldboetes of dwangsommen op te leggen.¹⁰

De DMA geeft, daarnaast, lidstaten de optie hun autoriteiten de bevoegdheid te geven op eigen initiatief onderzoek te doen naar mogelijke niet-naleving van de op poortwachters rustende verplichtingen op het grondgebied van de lidstaat.¹¹ Met het wetsvoorstel wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en wordt de ACM de benodigde bevoegdheden gegeven om op eigen initiatief onderzoek te doen.¹² Deze bevoegdheid eindigt nadat zij verslag hebben uitgebracht aan de Commissie over de bevindingen van het onderzoek en de Commissie een handavingsprocedure start.¹³

2. Overlap bevoegdheden ACM en Commissie

Omdat zowel de ACM, als de Commissie de bevoegdheid heeft onderzoek te starten naar de naleving van de DMA, kan overlap in hun werkzaamheden bestaan.¹⁴ Ingevolge artikel 38, zevende lid, tweede alinea van de DMA geldt in dat geval dat de onderzoeksbevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten eindigt als de Commissie een onderzoek start naar dezelfde inbreuk van een poortwachter.

Zoals in de toelichting wordt onderkend, is echter op voorhand niet altijd duidelijk of een handeling van een poortwachter onder de DMA valt, dan wel mogelijk (ook) een overtreding van andere regels aan de orde is, zoals het reguliere mededingingsrecht of de P2B-verordening.¹⁵ In het laatste geval heeft de ACM niet alleen een ondersteunende rol, maar ook een zelfstandige toezichthoudende rol en kan zij handavingsmaatregelen opleggen. De DMA laat daartoe de ruimte, maar verlangt wel dat de ACM de Commissie op de hoogte stelt van onderzoeken en eventuele opgelegde maatregelen.¹⁶

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag wat een eventuele beëindiging van een ACM-onderzoek naar mogelijke overtredingen van de DMA betekent voor het onderzoek dat de ACM verricht naar mogelijke overtredingen van andere normen. Deze vraag dringt zich op, omdat het niet ondenkbaar is dat een handeling of gedraging van een poortwachter zowel een overtreding van de DMA als, bijvoorbeeld, van de reguliere mededingingsregels oplevert. Onduidelijk is of de ACM in een dergelijk geval haar onderzoek zal voortzetten of dat zij toch het onderzoek van de Commissie zal afwachten en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn.

De Afdeling merkt op dat het van belang is dat in de toelichting op dit punt helderheid wordt gegeven, in het bijzonder gelet op de positie van de aanbieders en gebruikers van online platforms. Voor hen moet namelijk duidelijk zijn hoe wordt omgegaan met klachten of signalen van gebruikers en of deze eventueel ook op grond van een ander instrument – zoals het generieke mededingings- of consumentenrecht of de P2B-verordening – zullen worden onderzocht.

Daarnaast rijst de vraag hoe – in het geval de ACM op grond van het reguliere mededingingsrecht en de Commissie op grond van de DMA tot handhaving overgaan – concreet wordt gewaarborgd dat het opleggen van de verschillende handavingsmaatregelen met een punitief karakter voor dezelfde materiële feiten niet in strijd komt met het beginsel van *ne bis in idem*.¹⁷

⁷ Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (PbEU 2019, L 186).

⁸ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119). Zie ook overweging 12 bij de DMA.

⁹ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaaldienstenverordening) (PbEU 2022, L 277). De DSA bevat regels voor aanbieders van online tussenhandelsdiensten (zoals hostingbedrijven, online platforms en zoekmachines), die beogen illegale online inhoud tegen te gaan en gebruikers daarover te informeren.

¹⁰ Artikelen 30 en 31 van de DMA.

¹¹ Artikel 38, zevende lid, van de DMA.

¹² Artikel 2, eerste lid, van de Uitvoeringswet DMA.

¹³ Paragraaf 3.6.2 van de toelichting.

¹⁴ Paragraaf 4.2.7 van de toelichting.

¹⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.1.

¹⁶ Artikel 38, tweede en derde lid, van de DMA.

¹⁷ Niet uitgesloten is dat op grond van andere normen, zoals de P2B-verordening, het consumentenrecht of AVG, ook handavingsmaatregelen worden genomen met een punitief karakter, waarbij het beginsel van *ne bis in idem* relevant kan zijn.



In de toelichting wordt alleen opgemerkt dat met de uitwisseling van informatie tussen toezichthouders via het Europese mededingingsnetwerk (ECN) het waarborgen van dit beginsel wordt nagestreefd.¹⁸ Niet wordt ingegaan op de vereisten die in de (recente) Europese rechtspraak hieromtrent zijn ontwikkeld.¹⁹ Een beschouwing hierover in de toelichting ligt in de rede, omdat dat de nodige duidelijkheid kan geven voor de rechtspraktijk.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

3. Verhouding tussen toezicht op de DMA en de AVG

Zoals hiervóór opgemerkt, heeft de DMA raakvlakken met de regels van de AVG. Zo voorziet de DMA onder andere in een verbod op het combineren van data van de kernplatformdienst met data van andere diensten van de poortwachter en mag de poortwachter eindgebruikers niet automatisch bij andere diensten van de poortwachter laten inloggen, zodat data kunnen worden gecombineerd.²⁰ Dit mag wel als de eindgebruiker de specifieke keuze heeft gekregen en toestemming heeft verleend.

Op grond van de AVG is de verwerking van persoonsgegevens, waar mede het combineren van persoonsgegevens onder wordt begrepen, alleen rechtmatig indien dit is gebaseerd op een van de rechtsgrondslagen in artikel 6 van de AVG. De DMA gaat op enkele punten verder dan de AVG. Zo kan ingevolge de DMA het verwerken van persoonsgegevens, genoemd in artikel 5, tweede lid, van de DMA niet worden gebaseerd op de grondslagen genoemd in artikel 6, eerste lid, onderdelen b en f van de AVG.²¹

Er bestaan dus sterke inhoudelijke raakvlakken tussen de normen van de DMA en de AVG, waarbij de uitleg van de AVG ook van betekenis kan zijn voor de uitleg van de DMA en vice versa. Het toezicht en de handhaving is echter bij verschillende autoriteiten belegd. Waar de Autoriteit Persoonsgegevens op grond van de AVG handhavend kan optreden jegens poortwachters, kan de Commissie dat doen op grond van de DMA. Dit doet de vraag rijzen hoe wordt gewaarborgd dat de uitleg van de verschillende toezichthouders van deze deels gelijklopende normen (en de handhaving daarvan) met elkaar stroken.

In de toelichting wordt wel ingegaan op de samenwerking tussen de ACM en andere nationale toezichthouders, zoals de AP. Ook wordt erop gewezen dat de Commissie, vanuit haar coördinerende rol en via het ECN, kan helpen voorkomen dat onnodig overlappende onderzoeken in het kader van de DMA plaatsvinden.²² Uit de toelichting wordt echter niet duidelijk hoe de afstemming tussen de Commissie en nationale gegevensbeschermingsautoriteiten, zoals de AP, plaatsvindt en of, en zo ja hoe een consistente uitleg van de AVG en DMA wordt gewaarborgd. Daarbij merkt de Afdeling op dat uit de toelichting niet blijkt dat in het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel de AP hierover is geconsulteerd. Dat had naar het oordeel van de Afdeling wel in de rede gelegen.

Evenmin wordt duidelijk in hoeverre de zogenoemde 'groep op hoog niveau'²³ in deze een rol kan spelen. Deze groep bestaat uit Europese organen en netwerken,²⁴ en geeft de Commissie advies over algemene kwesties in het kader van de uitvoering of handhaving van de DMA en beoogt een consistente reguleringsaanpak te bevorderen.²⁵ Onduidelijk is of in dat gremium ook in specifieke dossiers de nodige afstemming over de uitleg en toepassing van de AVG en DMA zal en kan plaatsvinden.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en

¹⁸ Memorie van toelichting, paragraaf 7.3.3.

¹⁹ Vgl. onder meer HvJEU 22 maart 2022, *bpost*, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 en HvJEU 22 maart 2022, *Nordzucker*, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203 (zie ook de annotatie van Veenbrink in SEW (2022), 123). Zie voorts HvJEU 14 september 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A.*, C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663 (in het bijzonder punten 86–96).

²⁰ Artikel 5, tweede lid, van de DMA.

²¹ Dit betreft verwerkingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst, respectievelijk voor de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde.

²² Memorie van toelichting, paragrafen 4.2.6 en 4.2.7.

²³ Artikel 40 van de DMA.

²⁴ Het betreft specifiek de volgende Europese organen en netwerken die zullen samenwerken in de groep op hoog niveau: het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en het Europees Comité voor gegevensbescherming, het Europees Mededingingsnetwerk, het samenwerkingsnetwerk voor consumentenbescherming, en de Europese Groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten.

²⁵ Artikel 40, vijfde lid, van de DMA.



adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf.*



Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Wetsvoorstel zoals aangeboden aan de Raad van State: Wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening)

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is om regels te stellen ter uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265);

Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

Artikel 1 (begripsbepalingen)

In deze wet wordt verstaan onder:

Autoriteit Consument en Markt: Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;

digitalemarktenverordening: verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265).

Artikel 2 (aanwijzing Autoriteit Consument en Markt)

1. De Autoriteit Consument en Markt is de bevoegde autoriteit, bedoeld in artikel 38, zevende lid, van de digitalemarktenverordening en belast met het toezicht op de naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de digitalemarktenverordening in Nederland.
2. De artikelen 12h, 12j en 12m, eerste lid, aanhef en onderdeel b, en tweede lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt zijn niet van toepassing op de uitvoering van het eerste lid.
3. De Autoriteit Consument en Markt is bevoegd om de taken uit te voeren en de bevoegdheden uit te oefenen die bij of krachtens de digitalemarktenverordening zijn toegekend aan de nationale bevoegde autoriteit van de lidstaat die de regels, bedoeld in artikel 1, zesde lid, van de digitalemarktenverordening handhaaft.

Artikel 3 (bijstand aan Europese Commissie bij inspectie)

1. Met het verlenen van bijstand bij een inspectie op grond van de digitalemarktenverordening door de Europese Commissie zijn belast de ambtenaren, aangewezen krachtens artikel 12a, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt.
2. Artikel 5:12 van de Algemene wet bestuursrecht is van overeenkomstige toepassing.
3. Bij verzet tegen een inspectie op grond van de digitalemarktenverordening door de Europese Commissie, verlenen de ambtenaren, bedoeld in het eerste lid, de nodige bijstand om de Europese Commissie in staat te stellen de inspectie te verrichten, zo nodig met behulp van de sterke arm.

Artikel 4 (wijziging Algemene wet bestuursrecht)

In de artikelen 7 en 11 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht worden in de alfabetische volgorde ingevoegd:

Uitvoeringswet digitalemarktenverordening Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265)



Artikel 5 (wijziging Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering)

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt als volgt gewijzigd:

1. Aan artikel 29 wordt een lid toegevoegd, luidende:

9. Ingevolge artikel 39, tweede lid, van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitaalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265) verstrekt de griffier onverwijld een afschrift van vonnissen, arresten en beschikkingen met betrekking tot de toepassing van die verordening aan de Europese Commissie. Het achtste lid, tweede en derde volzin, is van toepassing.

2. In artikel 44a, eerste lid, vervalt 'De rechter kan daartoe een roldatum bepalen'.

3. Na artikel 44a wordt een artikel ingevoegd, luidende:

Artikel 44b

1. De Europese Commissie kan, niet optredende als partij, schriftelijke opmerkingen maken ingevolge artikel 39, derde lid, van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitaalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265), indien deze de wens daartoe te kennen heeft gegeven. Met toestemming van de rechter kan de Europese Commissie ook mondelinge opmerkingen maken.
2. Op een verzoek ingevolge artikel 39, vierde lid, van de verordening, genoemd in het eerste lid, verstrekt de rechter aan de Europese Commissie de in die bepaling bedoelde stukken. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn hun mening over de te verstrekken stukken geven.
3. Partijen kunnen binnen een door de rechter te bepalen termijn op de opmerkingen van de Europese Commissie reageren.
4. In artikel 67, eerste lid, wordt na '(PbEG 2003, L 1)' ingevoegd 'of informatie of advies wil vragen ingevolge artikel 39, eerste lid, van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitaalemarktenverordening) (PbEU 2022, L 265)'.

Artikel 6 (inwerkingtreding)

Deze wet treedt in werking op een bij koninklijk besluit te bepalen tijdstip.

Artikel 7 (citeertitel)

Deze wet wordt aangehaald als: Uitvoeringswet digitaalemarktenverordening.

Lasten en bevelen dat deze in het Staatsblad zal worden geplaatst en dat alle ministeries, autoriteiten, colleges en ambtenaren die zulks aangaat, aan de nauwkeurige uitvoering de hand zullen houden.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,



MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoud

I. ALGEMEEN DEEL	14
1. Inleiding	14
2. Achtergrond bij de verordening en het wetsvoorstel	14
2.1 Inleiding	14
2.2 Aanleiding	15
2.3 Probleembeschrijving	15
2.4 Kern van het Nederlandse beleid	16
2.5 Kort overzicht van de totstandkoming van de verordening	16
3. De verordening op hoofdlijnen	17
3.1 Inleiding	17
3.2 Doel van de verordening	17
3.3 Werkingssfeer: kernplatformdiensten van poortwachters	18
3.4 Verplichtingen voor poortwachters	19
3.5 Toezicht en handhaving	23
3.6 Rol voor de lidstaten	24
3.7 Verhouding tot andere EU-wetgeving	25
4. Inhoud wetsvoorstel	29
4.1 Inleiding	29
4.2 Toezicht door de Autoriteit Consument en Markt (ACM)	30
4.3 Andere taken, bevoegdheden en verplichtingen voor autoriteiten en instanties van lidstaten	33
5. Gevolgen	34
5.1 Gevolgen voor zakelijke gebruikers en eindgebruikers	34
5.2 Gevolgen voor poortwachters	35
6. Uitvoering	36
7. Advies en consultatie	37
II. ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING	44

I. Algemeen deel

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan Verordening (EU) 2022/1925 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (de digitale marktenverordening, hierna: de verordening)¹. De verordening bevat regels voor de grootste online platforms die door hun aanzienlijke marktpositie binnen de sector als zogenaamde poortwachters kwalificeren. De handhaving van de verordening ligt bij de Europese Commissie (hierna: Commissie). Nationale autoriteiten hebben geen rol bij de handhaving, maar vervullen een ondersteunende functie bij het toezicht door de Commissie op de naleving van de verordening.

Met dit wetsvoorstel wordt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: de ACM) aangewezen als de bevoegde nationale autoriteit in Nederland. Verder regelt het wetsvoorstel de bevoegdheid van de ACM om zelfstandig toezicht uit te oefenen op de naleving van de verordening in Nederland, onder andere door uit eigen beweging onderzoeken te starten en informatie uit te wisselen met de Commissie. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in de overige bepalingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de verordening, waaronder een wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering inzake de samenwerking tussen de Commissie en de nationale civiele rechter in zaken waarin de toepassing van de verordening aan de orde is. In de bijlage bij deze memorie van toelichting is een transponeringstabel opgenomen.

2. Achtergrond bij de verordening en het wetsvoorstel

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt de achtergrond bij de verordening en dit wetsvoorstel geschetst. Achtereenvolgens wordt hieronder ingegaan op de aanleiding (paragraaf 2.2), de probleembeschrijving (paragraaf 2.3), kern van het Nederlandse beleid (paragraaf 2.4) en de totstandkoming van de verordening (paragraaf 2.5).

¹ Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitaalemarktenverordening), (PbEU 2022, L 265).

2.2 Aanleiding

Grote online platforms hebben zich de afgelopen jaren in een hoog tempo ontwikkeld en zijn uitgegroeid tot onvermijdelijke spelers in de huidige digitale economie. Digitale markten kenmerken zich door een klein aantal grote platforms en een marktdynamiek die vaak wordt omschreven als *winner-takes-all* of *winner-takes-most*. In deze situatie bedienen één of enkele platforms vrijwel alle gebruikers. Netwerkeffecten, hoge opstartkosten voor nieuwe toetreders, het belang van (het bezit van) data en toenemende schaalvoordelen versterken deze marktdynamiek met als gevolg dat de positie van bepaalde platforms op een zeker moment onaantastbaar wordt. Dit betekent dat een platform zo dominant is in een bepaalde markt dat concurrentie op die markt bijna niet meer mogelijk is. De markt beweegt dan toe naar een situatie van dominantie of (quasi-)monopolie (ook wel *tipping* genoemd).²

De grootste online platforms hebben een significante impact op digitale markten. Vaak hebben zij een belangrijke en dominante marktpositie verworven. Daarmee kunnen zij de toegang controleren tot bepaalde digitale markten, waarmee zij als het ware als poortwachter fungeren. Naast het verhogen van toetredingsdrempels voor potentiële concurrenten, kunnen platforms zich oneerlijk gedragen ten opzichte van hun gebruikers. Het risico hierop is door de specifieke kenmerken van platformmarkten groter dan op veel andere markten. Zo wordt een platform aantrekkelijker voor nieuwe gebruikers wanneer het meer bestaande gebruikers heeft (ook wel netwerkeffecten genoemd). Van directe netwerkeffecten is sprake als extra gebruikers een direct voordeel opleveren voor bestaande gebruikers, bijvoorbeeld bij sociale media of berichtenapps op de telefoon. Hoe meer personen mee doen, hoe groter het bereik van een gebruiker is. Bij indirecte netwerkeffecten neemt de waarde van het platform toe voor andere type gebruikers naarmate er meer gebruikers bij komen. De effecten werken dan door op andere markten. Voorbeelden zijn adverteerders bij zoekmachines en recruiters bij zakelijke netwerksites. Door dataverzameling kunnen deze netwerkeffecten bovendien worden versterkt. Een platform met meer gebruikers kan immers meer data verzamelen en daarmee de kwaliteit van het platform verhogen. Door schaal- en synergievoordelen kan het ook moeilijker worden met een groot platform te concurreren. Doordat de grootste platforms vaak een heel ecosysteem aan diensten aanbieden, kunnen gebruikers ingesloten raken in het ecosysteem van een platform. Denk bijvoorbeeld aan een platform dat zowel een socialenetwerkdienst als een onlinetussenhandelsdienst verleent. Of bijvoorbeeld een platform dat een onlinezoekmachine aanbiedt en tegelijkertijd een webbrowser. Bovendien zijn veel bedrijven en consumenten afhankelijk van de online diensten van deze platforms, bijvoorbeeld om klanten te bereiken in binnen- en buitenland of om bepaalde producten en diensten te vinden.

De relatie tussen de grote online platforms en hun (zakelijke) gebruikers wordt gekenmerkt door een sterke mate van afhankelijkheid en onevenwichtige onderhandelingsmacht. Dit maakt digitale markten bijzonder kwetsbaar voor zogenoemd marktfalen. De zwakke concurrentie op platformmarkten en oneerlijke handelspraktijken ten aanzien van zakelijke gebruikers en eindgebruikers leiden in de praktijk tot inefficiënte marktresultaten in de vorm van hogere prijzen, lagere kwaliteit, minder keuze en minder innovatie. Om oneerlijke gedragingen door de grote online platforms tegen te gaan hebben diverse lidstaten zelf maatregelen getroffen. Dergelijke maatregelen leveren een risico op tot fragmentatie van nationale regelgeving en het toezicht binnen de Europese Unie (hierna: EU). Dit is onwenselijk omdat veel platforms in meerdere Europese lidstaten actief zijn en het de nalevingskosten voor zowel platforms als zakelijke gebruikers verhoogt. De verordening belegt de handhaving op een centraal punt, bij de Commissie. Daardoor is er minder sprake van fragmentatie van regelgeving en handhaving. Er is bewust gekozen voor een verordening in plaats van een richtlijn, zodat verschillen in de uitvoering van het toezicht tussen de lidstaten worden voorkomen.³

2.3 Probleembeschrijving

Het reguliere mededingingsrecht⁴ en consumentenrecht⁵ zijn in het recente verleden met wisselend succes ingezet om machtsmisbruik en onwenselijke gedragingen van online platforms op digitale markten te bestrijden. Zowel de Commissie als de ACM hebben recentelijk opgetreden tegen oneerlijke gedragingen van de grote online platforms via het mededingings- en consumentenrecht en ondernemingen sancties opgelegd.⁶ Het is echter gebleken dat dit instrumentarium in sommige gevallen onvoldoende toereikend is om de concurrentie op digitale markten te waarborgen, omdat met de huidige instrumenten alleen achteraf kan worden ingegrepen. De markt kan dan al dusdanig

² Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, SWD(2020)363 def., p. 7–9.

³ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, SWD(2020)363 def., p. 18–26.

⁴ Artikelen 101 en 102 VWEU en daarop gebaseerde EU-wetgeving en de Mededingingswet.

⁵ Zoals o.a. omschreven in Richtlijn (EU) 2019/2161 betreffende modernisering consumentenbescherming (PbEU 2019, L 328).

⁶ J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, 'Competition policy for the digital era, Europese Commissie 2019.

verstoord zijn, dat de schade aan de marktstructuur niet meer kan worden teruggedraaid. Bij onwenselijke gedragingen van de grote online platforms kan vooraf (ex ante) ingrijpen daarom noodzakelijk zijn. Met de komst van de digitale marktenverordening wordt dit mogelijk gemaakt. De verordening vormt hiermee een aanvulling op het bestaande mededingingstoezicht. Hoe de verordening zich verhoudt tot het concentratietoezicht⁷, waarbij de concentratie vooraf wordt beoordeeld, wordt nader toegelicht in paragraaf 3.4.4.

2.4 Kern van het Nederlandse beleid

Nederland maakte zich al in een vroeg stadium sterk voor nieuwe Europese *ex-ante* regulering om proactief op te kunnen treden tegen onwenselijk gedrag van grote online platforms. Onder meer vanuit de Tweede Kamer is herhaaldelijk opgeroepen tot modernisering van de Europese en nationale mededingingsregels om deze beter te laten aansluiten bij de ontwikkelingen in het digitale domein.⁸ In een Kamerbrief in 2019 gaf de Staatssecretaris van Economische Zaken aan in Europa te zullen pleiten voor nieuwe regels om structurele mededingingsproblemen op digitale markten, die onder het bestaande instrumentarium van mededingingsregels niet doeltreffend kunnen worden aangepakt, te kunnen adresseren.⁹ Samen met Frankrijk en België publiceerde Nederland in 2020 een discussiepaper waarin de noodzaak en behoefte tot aanvullende *ex ante* interventiemogelijkheden in digitale markten uiteen is gezet.¹⁰

De kern van de Nederlandse inzet gedurende de onderhandelingen was het vinden van een juiste balans tussen rechtszekerheid en snelheid enerzijds en toekomstbestendigheid en flexibiliteit anderzijds. De verordening moest duidelijke regels bevatten en snel toepasbaar zijn op de grootste platforms. Tegelijkertijd moest de verordening ook in de toekomst goed toepasbaar blijven in een snel veranderende markt. Met het oog hierop had Nederland een aantal aandachtspunten voor de onderhandelingen. Deze zijn toegelicht in het fiche van de werkgroep Beoordeling Nieuwe Commissievoorstellen (BNC).¹¹

Na publicatie van het voorstel voor de verordening heeft Nederland samen met Frankrijk en Duitsland, de zogenoemde 'Vrienden van een Effectieve DMA', in verschillende non-papers aangedrongen op een sterkere rol voor nationale autoriteiten bij de handhaving van de verordening.¹² Ook het Nederlandse bedrijfsleven liet in consultaties over de DMA blijken het belangrijk te vinden dat de nationale toezichthouder een formele rol zou krijgen en goed zou worden betrokken bij de handhaving en marktonderzoeken van de Commissie.

Speerpunt in het huidige kabinetsbeleid is de aanpak van marktmacht en datamacht van grote tech- en platformbedrijven en de inzet op een slagvaardig toezicht.¹³ Uit het rapport Strategie Digitale Economie¹⁴ van de Minister van Economische Zaken en Klimaat volgt dat het creëren van de juiste randvoorwaarden voor goedwerkende digitale markten en diensten één van de beleidsprioriteiten van het kabinet-Rutte IV is. De zorg voor effectieve handhaving van nieuwe regelgeving in digitale markten is cruciaal voor het bereiken van die doelstelling. Dit betekent voldoende toezichtcapaciteit, een duidelijke rolverdeling tussen toezichthouders en een consequente en gecoördineerde aanpak gericht op het voorkomen van fragmentatie en ogenschijnlijke willekeur binnen de EU. Zo moeten bedrijven en consumenten meer duidelijkheid krijgen over waar zij aan toe zijn.

2.5 Kort overzicht van de totstandkoming van de verordening

De Commissie publiceerde op 19 februari 2020 haar strategie *Shaping Europe's digital future* (strategie voor de digitale toekomst van Europa)¹⁵. In deze strategie kondigde de Commissie nader onderzoek

⁷ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening') (PbEU 2004, L 24).

⁸ Zie hiertoe o.m. de initiatiefnota van het lid Verhoeven over mededinging in de digitale economie van 5 februari 2019 (Kamerstukken II, 2018/19, 35 134, nr. 2).

⁹ Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 17 mei 2019, 'Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms' (Kamerstukken II, 2018/19, 27 879, nr. 71).

¹⁰ Non-paper: 'Considerations of France, Belgium and the Netherlands regarding intervention on platforms with a gatekeeper position', 15 oktober 2010, te raadplegen via: <https://www.government.nl/documents/publications/2020/10/15/considerations-of-france-and-the-netherlands-regarding-intervention-on-platforms-with-a-gatekeeper-position>.

¹¹ Kamerstukken II, 2020/21, 22 112, nr. 3049.

¹² Non-papers: Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, 27 mei 2021 en 8 september 2021, geraadpleegd via: <https://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement>.

¹³ Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (XIII) voor het jaar 2022; Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat over hoofdlijnen beleid (Kamerstukken II, 2021/22, 35 925 XIII, nr. F).

¹⁴ Brief regering: Strategie Digitale Economie, 18 november 2022 (Kamerstukken II, 2022/23, 26 643, nr. 941).

¹⁵ Commissie, *Shaping Europe's Digital Future*, februari 2020, beschikbaar via: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

aan naar aanvullende regelgeving om vooraf (ex ante) optreden tegen dominante platforms mogelijk te maken.¹⁰ Na een openbare consultatie publiceerde de Commissie in december 2020 het voorstel voor deze verordening. Het voorstel kon op brede steun rekenen van lidstaten. In november 2021 werd er een algemene oriëntatie bereikt in de Europese Raad en in december 2021 stelde het Europees Parlement haar positie vast. Over het verloop van de onderhandelingen is geregeld verslag gedaan aan de Tweede Kamer en dit was ook regelmatig onderwerp van gesprek in de Tweede Kamer.¹⁶ In maart 2022 werd er een voorlopig politiek akkoord bereikt in de Trilogen tussen het Europees Parlement, de Commissie en de Raad. Vervolgens is er in de zomer formeel gestemd over de verordening in het Europees Parlement en de Raad. Na ondertekening van de verordening op 14 september 2022 werd de verordening een maand later op 12 oktober 2022 gepubliceerd in het Publicatieblad van de EU.

De verordening is op 1 november 2022 in werking getreden en de meeste onderdelen zullen per 2 mei 2023 van toepassing zijn. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat dit nog niet het moment is dat poortwachters aan de verplichtingen uit de verordening moeten voldoen. Dat is pas het geval nadat de Commissie een besluit tot aanwijzing van een poortwachter heeft genomen en vervolgens dient een aangewezen poortwachter binnen zes maanden na zijn aanwijzing te voldoen aan de verplichtingen van de verordening.

3. De verordening op hoofdlijnen

3.1 Inleiding

De digitale marktenverordening is van toepassing op de grootste online platforms, waar consumenten en ondernemers niet of nauwelijks omheen kunnen. In de terminologie van de verordening worden deze platforms 'poortwachters' genoemd. Het betreft veelal platforms die zo machtig zijn dat zij zelfstandig de voorwaarden kunnen bepalen waaronder zij bedrijven en consumenten toegang verlenen tot een bepaalde digitale markt. De verordening legt verplichtingen op aan deze platforms en voorziet in de handhaving van die verplichtingen.

In dit hoofdstuk wordt de verordening op hoofdlijnen inhoudelijk behandeld. In paragraaf 3.2 wordt het doel van de verordening toegelicht. In paragraaf 3.3 wordt de werkingssfeer van de verordening besproken, waarbij wordt verduidelijkt onder welke voorwaarden platforms als poortwachter kunnen worden aangewezen. In paragraaf 3.4 komen de verplichtingen voor poortwachters aan de orde. In paragraaf 3.5 wordt ingegaan op het toezicht en de handhaving van de verordening en paragraaf 3.6 behandelt de rol die de lidstaten hebben op grond van de verordening. In paragraaf 3.7 wordt tot slot de verhouding tussen de verordening en andere EU-wetgeving toegelicht. In hoofdstuk 4 van deze memorie van toelichting wordt vervolgens ingegaan op de wijze van uitvoering van de verordening in Nederland, zoals geregeld wordt in dit wetsvoorstel, en de rol van de ACM bij het toezicht op de naleving van de verordening.

3.2 Doel van de verordening

De verordening heeft als doel te zorgen voor goedwerkende digitale markten en eraan bij te dragen dat poortwachters zich eerlijk gedragen tegenover ondernemers die hun producten of diensten via die poortwachter aanbieden.¹⁷ Volgens overweging 7 van de preambule van de verordening beogen de regels van de verordening waarborgen te bieden tegen oneerlijke praktijken van poortwachters om daarmee de digitale interne markt beter te laten functioneren. De verordening dient daarmee een tweeledig doel: het aanpakken van oneerlijke gedragingen van poortwachters en het vergroten van de betwistbaarheid van de marktpositie van poortwachters.

Van oneerlijke praktijken is sprake als de poortwachter misbruik maakt van de afhankelijke positie van zakelijke gebruikers en eindgebruikers (overweging 33 bij de verordening). De verordening richt zich op ongelijkheden in onderhandelingsmacht als gevolg van de afhankelijkheid van zakelijke gebruikers van de diensten van grote platforms. Met de verordening kan misbruik worden tegengegaan en kunnen mogelijke oneerlijke gedragingen worden beteugeld.

De betwistbaarheid van digitale markten ziet op de mate waarin toegangs- en expansiedrempels

¹⁶ Zie bijvoorbeeld: geannoteerde agenda Raad voor Concurrentievermogen 25 en 26 november 2021 (Kamerstukken II, 2021/22, 21 501-30, nr. 542), geannoteerde agenda Raad voor Concurrentievermogen 9 en 10 juni 2022 (Kamerstukken II, 2021/22, 21 501-30, nr. 558), en eindverslag van de leden Rajkowski (VVD) en Van Ginneken (D66) inzake rapporteurschap DSA en DMA (kenmerk 2021D40404).

¹⁷ De verordening heeft als doel om ten behoeve van alle ondernemingen in de gehele Unie te zorgen voor betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector waarop poortwachtersplatforms aanwezig zijn, ten behoeve van zowel zakelijke als eindgebruikers (artikel 1, eerste lid, van de verordening).

aanwezig zijn. De verordening beoogt deze drempels tegen te gaan door het verbieden van praktijken van poortwachters die deze drempels kunnen verhogen. Daarnaast worden verplichtingen opgelegd aan poortwachters die deze drempels kunnen verlagen (overweging 32 bij de verordening). De verordening moet er aldus voor zorgen dat bepaalde belangrijke diensten openlijk toegankelijk blijven voor hun gebruikers en dat nieuwe spelers eenvoudiger een plaats op de markt kunnen verwerven.

3.3 Werkingssfeer: kernplatformdiensten van poortwachters

3.3.1 Kernplatformdiensten

De verordening is van toepassing op kernplatformdiensten die door poortwachters worden verleend of aangeboden aan zakelijke gebruikers of aan eindgebruikers (artikel 1, tweede lid, van de verordening). Poortwachters kunnen verschillende typen kernplatformdiensten aanbieden. Onder de verordening wordt niet iedere dienst die een poortwachter aanbiedt, aangemerkt als kernplatformdienst. De kernplatformdiensten bepalen dan ook de reikwijdte van de verordening. Specifiek de volgende diensten worden onder de verordening als kernplatformdienst aangemerkt (artikel 2, onderdeel 2, van de verordening):

- a) onlinetussenhandelsdiensten;
- b) onlinezoekmachines;
- c) online socialenetwerkdiensten;
- d) videoplatformdiensten;
- e) nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten;
- f) besturingssystemen;
- g) webbrowsers;
- h) virtuele assistenten;
- i) cloudcomputingdiensten;
- j) onlineadvertentiediensten.

De kernplatformdienst moet worden verleend of aangeboden aan zakelijke gebruikers die in de Unie zijn gevestigd of aan eindgebruikers die in de Unie zijn gevestigd of zich daar bevinden, anders is de verordening niet van toepassing. Op grond van de verordening wordt een zakelijke gebruiker gedefinieerd als een natuurlijke of rechtspersoon die in commerciële of professionele hoedanigheid gebruikmaakt van kernplatformdiensten ten behoeve van of in het kader van het aanbieden van goederen of diensten aan eindgebruikers (artikel 2, onderdeel 21, van de verordening). Elke natuurlijke of rechtspersoon die gebruikmaakt van kernplatformdiensten, anders dan als zakelijke gebruiker, wordt op grond van de verordening aangemerkt als eindgebruiker (artikel 2, onderdeel 20, van de verordening).

De plaats van vestiging of de verblijfplaats van het platform dat de dienst aanbiedt is niet relevant (artikel 1, tweede lid, van de verordening). Dat kan ook buiten het grondgebied van de EU zijn. Het is ook niet van belang of er ander recht van een derde land op de dienstverlening van toepassing is.

3.3.2 Poortwachters

De verordening is enkel van toepassing op de grootste platforms die kernplatformdiensten aanbieden. Deze platforms worden in de DMA aangeduid als 'poortwachters', omdat zij zelfstandig kunnen bepalen wie toegang krijgt tot een bepaalde digitale markt (de poort openen of sluiten) en tegen welke voorwaarden (zie paragraaf 2.2). Een onderneming die kernplatformdiensten aanbiedt (hierna: platform) wordt op grond van de verordening als poortwachter aangewezen indien wordt voldaan aan drie cumulatieve vereisten (artikel 3, eerste lid, van de verordening).

Deze vereisten zijn dat een platform:

- (i) een aanzienlijke impact heeft op de Europese interne markt,
- (ii) een kernplatformdienst aanbiedt die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt, en
- (iii) met betrekking tot haar activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen.

Of een platform voldoet aan deze vereisten, wordt in beginsel bepaald door te bezien of het platform per criterium een bepaalde drempel overschrijdt (artikel 3, tweede lid, van de verordening). Aan het vereiste 'aanzienlijke impact op de interne markt' is voldaan als het platform in minstens drie lidstaten dezelfde kernplatformdienst aanbiedt en in de laatste drie boekjaren in de Unie een jaaromzet van ten minste € 7,5 miljard heeft behaald, of in het laatste boekjaar een gemiddelde marktkapitalisatie of equivalente marktprijswaarde van minstens € 75 miljard heeft behaald. Met het begrip 'laatste boekjaar' wordt in de verordening het afgelopen boekjaar bedoeld.

Aan het tweede vereiste ‘belangrijke toegangspoort voor zakelijke gebruikers tot eindgebruikers’ is voldaan als de door het platform aangeboden kernplatformdienst in het laatste boekjaar ten minste 45 miljoen maandelijkse actieve eindgebruikers heeft die in de Unie zijn gevestigd of zich daar bevinden en minstens 10.000 jaarlijkse actieve in de Unie gevestigde zakelijke gebruikers. Indien in elk van de laatste drie boekjaren is voldaan aan het tweede criterium, is ook voldaan aan het derde vereiste: ‘een stevig verankerde en duurzame positie’.

Een platform dat alle drempels overschrijdt, moet zich binnen twee maanden nadat de drempels zijn overschreden melden bij de Commissie (artikel 3, derde lid, van de verordening). Een platform kan in de melding argumenten aanvoeren waarom het, ondanks dat het de drempels van het tweede lid van artikel 3 overschrijdt, toch niet aan de vereisten van het eerste lid voldoet (artikel 3, vijfde lid, van de verordening). Als het platform die argumenten voldoende heeft onderbouwd, beoordeelt de Commissie op basis van een marktonderzoek of deze argumenten gegrond zijn. Artikel 17 van de verordening bevat voorschriften voor dat marktonderzoek. Zijn de argumenten die het platform aanvoert onvoldoende onderbouwd, dan kan de Commissie die argumenten verwerpen en het platform als poortwachter aanwijzen. De Commissie wijst het platform binnen 45 werkdagen na de melding aan als poortwachter (artikel 3, vierde lid, van de verordening) en het platform moet binnen zes maanden na de aanwijzing voldoen aan de verplichtingen uit de verordening (artikel 3, tiende lid, van de verordening).

Ook een platform dat niet elk van de drempels overschrijdt, kan alsnog worden aangewezen als poortwachter (artikel 3, achtste lid, van de verordening). De Commissie moet dan beargumenteren dat het platform alsnog voldoet aan de criteria van het eerste lid van artikel 3 van de verordening. Daarbij kan de Commissie de volgende aspecten meewegen: de omvang, activiteiten en positie van het platform, het aantal zakelijke gebruikers en eindgebruikers, netwerkeffecten, de schaal- en breedtevoordelen waarvan het platform profiteert, de hoeveelheid gegevens die het bezit, de mate waarin zakelijke gebruikers of eindgebruikers ingesloten zijn (*lock-in*), de bedrijfsstructuur in de vorm van een conglomeraat of verticale integratie van het platform en andere structurele bedrijfs- of dienstkenmerken.

De Commissie beoordeelt ten minste elke drie jaar of een als poortwachter aangewezen platform nog steeds een poortwachter is. Daarnaast heeft de Commissie altijd de bevoegdheid om het besluit tot aanwijzing van een platform als poortwachter te heroverwegen, wijzigen of in te trekken bij een wezenlijke verandering in de feiten uit het aanwijzingsbesluit, of als het aanwijzingsbesluit berust op onvolledige, onjuiste of misleidende informatie. Een poortwachter mag tot slot niet zijn kernplatformdiensten opsplitsen om de kwantitatieve drempels van artikel 3, tweede lid, van de verordening te ontduiken (artikel 13, eerste lid, van de verordening).

Het berekenen van de aantallen zakelijke gebruikers en eindgebruikers van een platformdienst is een belangrijk aspect bij het bepalen of de DMA van toepassing is. Deze berekeningen worden gemaakt op basis van de methode en de indicatoren in de bijlage bij de verordening (artikel 3, tweede lid, onderdeel b, van de verordening). Bij het vaststellen van het aantal zakelijke gebruikers wordt ieder zakelijk account dat gebruikmaakt van een kernplatformdienst die wordt verleend door een poortwachter aangemerkt als één unieke (eind-)gebruiker van de desbetreffende kernplatformdienst. Daarnaast bevat de bijlage op de verschillende kernplatformdiensten toegespitste definities van de begrippen ‘actieve eindgebruikers’ en ‘actieve zakelijke gebruikers’.

3.4 Verplichtingen voor poortwachters

3.4.1 Algemeen

De artikelen 5, 6, 7, 14 en 15 van de verordening bevatten verschillende verplichtingen waar een aangewezen poortwachter aan moet voldoen. Deze verplichtingen hebben twee doelen: het aanpakken van oneerlijke gedragingen van poortwachters en het vergroten van de betwistbaarheid van de marktpositie van poortwachters. Deze doelen zijn met elkaar verweven, dus een verplichting kan één van de doelen of beide doelen dienen.¹⁸ De artikelen 5 en 6 van de verordening bevatten de belangrijkste inhoudelijke verplichtingen die poortwachters ten aanzien van al hun kernplatformdiensten dienen na te leven (artikelen 5, eerste lid, en 6, eerste lid, van de verordening); artikel 7 van de verordening bevat verplichtingen inzake de interoperabiliteit van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten.

Bij de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening is voorts sprake van twee typen verplichtingen: verplichtingen die volledig zijn uitgewerkt in de verordening (artikel 5 van de verordening) en verplichtingen

¹⁸ Overweging 34 bij de verordening.

die nader kunnen worden ingevuld in overleg tussen de Commissie en de poortwachter in kwestie (artikelen 6 en 7 van de verordening). In dat laatste geval kan er sprake zijn van een zogenoemde 'regulatoire dialoog' tussen de aangewezen poortwachter en de Commissie.¹⁹ Een poortwachter kan de Commissie verzoeken in gesprek te gaan om te bepalen hoe het deze verplichtingen in het concrete geval dient na te komen. De Commissie kan beslissen al dan niet op dat verzoek in te gaan. Of de maatregel van toepassing is op de poortwachter staat niet ter discussie in de dialoog. De dialoog behelst een toetsing of de acties die de poortwachter neemt doeltreffend zijn om het doel van de betreffende maatregel te behalen. De Commissie kan ook uit eigen beweging (*ex officio*) in dialoog gaan of maatregelen voorschrijven ter nadere invulling van de verplichtingen uit artikel 6 van de verordening, bijvoorbeeld als de Commissie meent dat maatregelen van de poortwachter ter naleving van de verplichtingen onvoldoende doeltreffend zijn. De procedurele bepalingen daaromtrent zijn opgenomen in artikel 8 en 20 van de verordening. De verplichtingen uit artikelen 5, 6 en 7 worden hierna inhoudelijk toegelicht in de paragrafen 3.4.2 en 3.4.3.

De Commissie kan de toepassing van een specifieke verplichting geheel of gedeeltelijk schorsen voor een poortwachter op diens verzoek, indien de toepassing ervan als gevolg van uitzonderlijke omstandigheden buiten de wil van de poortwachter de economische levensvatbaarheid van zijn activiteiten in de Unie in gevaar zou brengen (artikel 9 van de verordening). Bij het besluit tot schorsing houdt de Commissie ook rekening met de gevolgen voor derden, in het bijzonder kleine en middelgrote ondernemingen en consumenten. Ook kunnen poortwachters geheel of gedeeltelijk worden vrijgesteld van een specifieke verplichting om redenen van volksgezondheid of de openbare veiligheid (artikel 10 van de verordening).

In artikel 12 van de verordening is voorzien in een mechanisme voor het actualiseren van de lijst van verplichtingen in de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening door middel van gedelegeerde handelingen van de Commissie. Dit mechanisme is bedoeld om de verordening toekomstbestendig te maken, zodat adequaat op snel wijzigende ontwikkelingen in digitale markten kan worden ingespeeld. De Commissie kan gebruik maken van deze bevoegdheid als uit een marktonderzoek, uitgevoerd op grond van artikel 19 van de verordening, blijkt dat de actualisering nodig is om praktijken aan te pakken die de betwistbaarheid van kernplatformdiensten beperken of die oneerlijk zijn. In het tweede lid van artikel 12 van de verordening zijn de gevallen opgesomd waarin de Commissie van deze bevoegdheid gebruik kan maken. Deze mogelijkheid voor de actualisatie van verplichtingen, die resulteert in een *uitbreiding* van de in de verordening opgenomen verplichtingen, moet worden onderscheiden van de hiervoor genoemde nadere specificatie van verplichtingen, die resulteert in een *nadere invulling* van de verplichtingen.

De artikelen 14 en 15 van de verordening bevatten een plicht tot het melden van voorgenomen concentraties en tot het laten uitvoeren van onafhankelijke audits naar de methoden van profilering van consumenten (het geautomatiseerd verwerken van persoonsgegevens). Deze verplichtingen worden nader toegelicht in de paragrafen 3.4.4 en 3.4.5.

3.4.2 Uitgewerkte verplichtingen (artikel 5 van de verordening)

Op grond van het tweede lid van dit artikel geldt er onder andere een verbod op het combineren van data van de kernplatformdienst met data van andere diensten van de poortwachter en mag de poortwachter eindgebruikers niet automatisch bij andere diensten van de poortwachter laten inloggen, zodat data kunnen worden gecombineerd. Dit is wel toegestaan na expliciete keuze en toestemming van de gebruiker. In de verordening wordt op dit punt een relatie gelegd met de regels van de Algemene verordening gegevensbescherming (hierna: AVG; zie nader paragraaf 3.7.4 van deze memorie van toelichting).²⁰

Daarnaast bevat dit artikel een aantal verplichtingen voor poortwachters die zien op het borgen van de mogelijkheden voor zakelijke gebruikers om ook buiten de kernplatformdienst van de poortwachter hun activiteiten te ontplooiën. Zo moeten poortwachters ondernemers de mogelijkheid bieden buiten het platform om contracten met klanten te sluiten, waarbij een ondernemer niet mag worden verboden zijn product of dienst op andere platforms of eigen verkoopkanalen tegen een lagere prijs of gunstigere voorwaarden aan te bieden (derde lid). Ondernemers moeten ook rechtstreeks kunnen communiceren met eindgebruikers die ze via de poortwachter als klant hebben gekregen. Bijvoorbeeld bij het aanbieden van acties aan eindgebruikers en het afsluiten van contracten buiten het platform

¹⁹ Artikel 8, derde lid, van de verordening.

²⁰ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PB L 119 van 4.5.2016, blz. 1). Zie ook overweging 12 bij de verordening.

om tegen andere voorwaarden dan op het verkoopkanaal van de poortwachter (vierde lid). Verder geldt dat een abonnement of softwareapplicatie die buiten de poortwachter om is gekocht, maar ook op het platform van de poortwachter wordt aangeboden, alsnog via het platform van een poortwachter moet kunnen worden gebruikt (vijfde lid).

Ook is het poortwachters verboden om de toegang tot de kernplatformdienst voor gebruikers afhankelijk te maken van het gebruik van een andere dienst die de poortwachter aanbiedt. Poortwachters mogen gebruikers in dat kader niet verplichten om gebruik te maken van identificatie- of betaaldiensten, *browser-engines* (software die webinformatie met opmaak weergeeft) of betalingssystemen voor in-app-aankopen van de poortwachter (zevende lid) of van andere kernplatformdiensten van de poortwachter (achtste lid).

Artikel 5 van de verordening bevat verder informatieverplichtingen voor poortwachters met betrekking tot online-advertentiediensten. Op dagelijkse basis moet de poortwachter aan adverteerders kosteloos informatie sturen over de betaalde prijs, kosten, ontvangen vergoedingen en de maatstaven waarop die drie posten worden berekend (negende lid). Ook moeten adverteerders en uitgevers die gebruik maken van adverteerdiensten (gratis en binnen een maand na hun verzoek) informatie krijgen over de prijs die is betaald door de adverteerder/uitgever en het bedrag dat is betaald aan de uitgever voor het plaatsen van een bepaalde advertentie (tiende lid). Het gaat daarbij dus om informatie over de transactie tussen de poortwachter en een derde partij waar wordt geadverteerd, zoals een nieuwssite.

Tot slot mogen poortwachters zakelijke gebruikers niet beletten om niet-naleving van EU- of nationaal recht bij bevoegde instanties te melden (zesde lid)

3.4.3 Verplichtingen die nader kunnen worden gespecificeerd (artikelen 6 en 7 van de verordening)

Artikel 6 bevat in de eerste plaats verplichtingen voor poortwachters met betrekking tot de situatie waarin zij concurreren met zakelijke gebruikers van hun kernplatformdiensten, bijvoorbeeld als de poortwachter zelf ook goederen of diensten aanbiedt. In die situatie is het verboden om gebruik te maken van door zakelijke gebruikers verstrekte gegevens of gegenereerde gegevens (tweede lid, eerste alinea). Door zakelijke gebruikers gegenereerde gegevens zijn gegevens die kunnen worden afgeleid uit of verzameld aan de hand van de commerciële activiteiten van zakelijke gebruikers of hun klanten, tenzij die gegevens openbaar zijn (tweede lid, tweede alinea). Verder geldt er een verbod op bevoordeling van eigen producten of diensten in rangschikkingen en bijbehorende website-indexatie en *webcrawling* (vijfde lid). *Webcrawling* betreft het proces waarbij een zoekmachine het internet afspeurt op zoek naar nieuwe informatie. Poortwachters mogen hun eigen producten of diensten niet hoger rangschikken dan die van anderen (*self-preferencing*). Dit verbod heeft als doel om ervoor te zorgen dat de concurrentie tussen de poortwachter en zijn zakelijke gebruikers wordt gewaarborgd.

In de tweede plaats bevat artikel 6 van de verordening verplichtingen voor poortwachters over het gebruik van softwareapplicaties (apps) in relatie tot de kernplatformdienst. Poortwachters zijn verplicht om eindgebruikers de mogelijkheid te bieden vooraf geïnstalleerde apps te verwijderen (derde lid) en om apps van derden en andere appstores te installeren, te gebruiken en interoperabel te maken met het besturingssysteem van de poortwachter (vierde lid). Met interoperabiliteit wordt bedoeld dat apps zonder problemen moeten kunnen samenwerken, communiceren en informatie moeten kunnen uitwisselen met dat besturingssysteem.

In de derde plaats bevat artikel 6 van de verordening verplichtingen en beperkingen voor poortwachters betreffende de mogelijkheden van gebruikers om toegang te krijgen tot de kernplatformdienst, over te stappen naar andere diensten of zich uit te schrijven van de dienst. Zo mogen poortwachters de mogelijkheid voor eindgebruikers om over te stappen of zich in te schrijven bij apps en diensten van derden niet beperken (zesde lid). Ook moeten poortwachters bij de toegang tot hun appstores, onlinezoekmachines en online socialenetwerkdiensten eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden hanteren aan zakelijke gebruikers (twaalfde lid). Ten slotte geldt dat poortwachters geen onevenredige algemene voorwaarden mogen opleggen aan zakelijke en eindgebruikers om zich uit te kunnen schrijven van een kernplatformdienst (dertienste lid).

In de vierde plaats bepaalt het zevende lid van artikel 6 van de verordening dat poortwachters kosteloos moeten zorgen voor effectieve interoperabiliteit met het besturingssysteem, de virtuele assistent, de hardware en software, ten behoeve van aanbieders van digitale diensten en aanbieders van hardware. Daartoe moet de poortwachter toestaan dat aanvullende diensten van derden interoperabel zijn met het besturingssysteem, en toegang hebben tot dezelfde hardware of software-functies als de diensten van de poortwachter. Voor deze toegang en interoperabiliteit moeten poortwachters gebruik maken van voorwaarden die eerlijk, redelijk en niet-discriminerend zijn.

In de vijfde plaats bevat dit artikel verplichtingen met betrekking tot de toegang tot gegevens die de poortwachter heeft verzameld. Zo zijn poortwachters voor hun kernplatformdiensten verplicht adverteerders en uitgevers kosteloos toegang te geven tot gegevens over de prestatie (zoals het bereik) van een advertentie, inclusief geaggregeerde data (achtste lid). Eindgebruikers moeten op verzoek hun gegevens mee kunnen nemen naar andere diensten en daar kosteloos hulp bij krijgen van de poortwachter, ook wel dataportabiliteit genoemd (negende lid). Ook moeten poortwachters zakelijke gebruikers op verzoek gratis toegang geven tot de data (inclusief klantgegevens) die zijn gegenereerd bij het gebruik van de kernplatformdienst van de poortwachter en het gebruik daarvan mogelijk maken (tiende lid). Tot slot moeten poortwachters gegevens over rangschikkingen, zoekopdrachten, kliks en weergaven op hun onlinezoekmachines (geanonimiseerd) delen met derden onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden (elfde lid).

In artikel 7 van de verordening zijn bijzondere verplichtingen opgenomen voor poortwachters die nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten²¹ aanbieden. Er geldt een verplichting tot het interoperabel maken van de basisfuncties van dergelijke diensten van de poortwachter met die van een andere aanbieder die zulke diensten verleent (eerste lid). Een andere aanbieder moet de poortwachter om die interoperabiliteit verzoeken (vijfde lid). Het gaat daarbij in eerste instantie om individuele berichten tussen twee afzonderlijke eindgebruikers en de uitwisseling van media en bestanden tussen die gebruikers. Voor interoperabiliteit tussen groepen eindgebruikers en voor spraak- en videogesprekken geldt een langer tijdspad van twee jaar respectievelijk vier jaar na aanwijzing als poortwachter (tweede lid). Hiervoor geldt echter wel dat het veiligheidsniveau en eind-tot-eindversleuteling niet in gevaar mag komen (derde lid). Poortwachters mogen de noodzakelijke maatregelen treffen die dat veiligheidsniveau moeten borgen (negende lid).

3.4.4 Plicht tot melden voorgenomen concentraties (artikel 14 van de verordening)

Op basis van artikel 14 van de verordening geldt de verplichting voor aangewezen poortwachters om een voorgenomen concentratie in de zin van artikel 3 van de EU-concentratieverordening aan te melden bij de Commissie. Deze verplichting geldt wanneer de fuserende ondernemingen of de beoogde concentratie betrekking heeft op kernplatformdiensten, andere diensten in de digitale sector of gegevensverzameling mogelijk maken. De Commissie deelt de verkregen informatie met de lidstaten. Deze verplichting geldt ongeacht of de concentratie de ter zake geldende drempels overschrijdt en uit dien hoofde moet worden aangemeld bij de Commissie op grond van de concentratieverordening of bij de nationale mededingingsautoriteit op grond van het nationale recht.

De verordening schrijft geen inhoudelijke beoordeling van de concentratie voor. De functie van de melding op grond van de verordening is in de eerste plaats dat de Commissie de concentratie kan betrekken bij de beoordeling van de poortwachtersstatus van een platform. In de tweede plaats kunnen nationale mededingingsautoriteiten de meldingen gebruiken bij de beoordeling van concentraties op grond van het nationale recht.

Tot slot kan de informatie worden gebruikt in het kader van de toepassing van artikel 22 van de concentratieverordening²², op grond waarvan lidstaten de Commissie kunnen verzoeken om een concentratie te onderzoeken die de geldende Europese of nationale drempels niet overschrijdt, maar die de handel tussen lidstaten beïnvloedt en in significante mate gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het grondgebied van de lidstaat. De Commissie kan de verordening vervolgens beoordelen op de verenigbaarheid met de interne markt.

De mogelijkheid om concentraties, die de geldende Europese of nationale drempels niet overschrijden, toch te kunnen onderzoeken op de mededingingseffecten, is een belangrijk instrument in het kader van de regulering van poortwachters. Een bedrijf dat wordt overgenomen omdat het in de toekomst een uitdager voor een gevestigde onderneming kan vormen, maakt namelijk niet altijd een hoge omzet. De meldingsplicht in artikel 14 van de verordening kan bijdragen aan een goede werking van dit instrument, omdat de ter zake bevoegde autoriteiten op deze wijze over de informatie beschikken die nodig is om een verzoek op grond van artikel 22 van de concentratieverordening te overwegen.

3.4.5 Audit van profileringstechnieken (artikel 15 van de verordening)

Het is van belang dat poortwachters transparant zijn over de wijze waarop zij grote hoeveelheden

²¹ Artikel 2, punt 9,, van de verordening: een nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiedienst als gedefinieerd in artikel 2, punt 7), van Richtlijn (EU) 2018/1972.

²² Brief van de Minister van Economische Zaken en Klimaat van 23 december 2022, 'Mededinging en digitalisering: voortgang ten aanzien van online platforms' (Kamerstukken II 2022/23, 26 643, nr. 959, p. 3).

gegevens van eindgebruikers verzamelen en gebruiken voor profilering. Met profilering wordt bedoeld op het proces van het geautomatiseerd verwerken van persoonsgegevens om profielen op te bouwen waardoor mensen in bepaalde categorieën kunnen worden ingedeeld.²³ Aan de hand van zulke profielen kunnen voorspellingen worden gedaan over gedrag en interesses. Meer transparantie zorgt ervoor dat andere ondernemingen die kernplatformdiensten aanbieden, zich beter kunnen differentiëren door een betere bescherming van de persoonlijke levenssfeer te garanderen. Een poortwachter wordt daarom op grond van artikel 15, eerste lid, van de verordening verplicht om door hem op of tussen zijn kernplatformdiensten toepaste technieken voor het profileren van consumenten aan een onafhankelijke audit te onderwerpen. De poortwachter maakt een overzicht van de audit openbaar (derde lid).

3.5 Toezicht en handhaving

3.5.1 Algemeen

De Commissie is de enige handhaver van de verordening.²⁴ Dit betekent dat de Commissie de enige autoriteit is die kan besluiten dat een poortwachter een verplichting heeft overtreden die op grond van de verordening op hem rust. Deze centrale rol van de Commissie sluit aan bij het gegeven dat poortwachters vaak in de gehele Unie opereren. Bij de uitvoering van de verordening werkt de Commissie op sommige onderdelen samen met nationale instanties.

3.5.2 Toezicht op de naleving

De verordening bevat verschillende toezichtsinstrumenten. In de eerste plaats moeten poortwachters zelf zorgen voor volledige en doeltreffende naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening en daar bewijs voor leveren (de artikelen 8, eerste lid, en 13, derde lid, van de verordening). Poortwachters moeten ook zorgen voor een onafhankelijke nalevingsfunctie. Deze houdt intern toezicht op de naleving van de verordening en dient als contactpunt voor de Commissie (artikel 28 van de verordening). Daarnaast dienen poortwachters op basis van artikel 11 van de verordening een verslag in bij de Commissie met een gedetailleerde en transparante beschrijving van de maatregelen die zijn getroffen om de naleving van de verplichtingen uit artikel 5, 6 en 7 van de verordening te waarborgen.

Een andere bron van informatie over de naleving van de verordening is informatie van derden, zoals zakelijke gebruikers, eindgebruikers en concurrenten van de poortwachter. Op grond van artikel 27 van de verordening kunnen deze derden informatie over praktijken of gedragingen van poortwachters in het kader van de verordening melden aan de Commissie of bij de nationale bevoegde autoriteit. In Nederland is dit de ACM.

Ook geeft de verordening de Commissie verschillende onderzoeksbevoegdheden om te controleren of poortwachters voldoen aan de verplichtingen uit de verordening. Daarbij gaat het om het verzoeken om inlichtingen (artikel 21 van de verordening), het horen en afnemen van verklaringen (artikel 22 van de verordening) en het verrichten van inspecties in een onderneming of een ondernemersvereniging (artikel 23 van de verordening). De Commissie heeft de bevoegdheid om de nodige toezichtsmaatregelen te nemen, waaronder een plicht tot het bewaren van documenten (artikel 26 van de verordening). Ook kan de Commissie voorlopige maatregelen opleggen in gevallen waarin de belangen van zakelijke gebruikers of eindgebruikers ernstig en onherstelbaar dreigen te worden geschaad (artikel 24 van de verordening).

3.5.3 Sanctionering

Indien de Commissie reden heeft om aan te nemen dat een poortwachter een verplichting uit de verordening heeft overtreden, dan neemt zij het besluit tot inleiding van een handhavingprocedure (artikel 20 van de verordening). Deze procedure kan leiden tot een besluit van niet-naleving (artikel 29, eerste lid, van de verordening). In dit besluit geeft de Commissie de poortwachter de opdracht om de niet-naleving te beëindigen en daarover te rapporteren (artikel 29, vijfde lid, van de verordening).

In het besluit van niet-naleving kan de Commissie ingeval van opzet of nalatigheid ook een boete opleggen, ter hoogte van maximaal tien procent van de totale wereldwijde omzet van de poortwachter uit het vorige boekjaar (artikel 30, eerste lid, van de verordening). Bij een herhaalde overtreding kan de

²³ Artikel 4 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679, PbEU L 119/33) hanteert de volgende definitie van profilering: 'elke vorm van geautomatiseerde verwerking van persoonsgegevens waarbij aan de hand van persoonsgegevens bepaalde persoonlijke aspecten van een natuurlijke persoon worden geëvalueerd, met name met de bedoeling zijn beroepsprestaties, economische situatie, gezondheid, persoonlijke voorkeuren, interesses, betrouwbaarheid, gedrag, locatie of verplaatsingen te analyseren of te voorspellen.'

²⁴ Zie artikel 38, zevende lid, van de verordening en overweging 91 bij de verordening.

boete worden verhoogd tot twintig procent van de omzet (artikel 30, tweede lid, van de verordening). Bij lichtere overtredingen, zoals het niet voldoen aan een kennisgevingsplicht uit de verordening, kan de Commissie een boete van maximaal één procent van de omzet opleggen (artikel 30, derde lid, van de verordening). Deze laatste boete kan ook worden opgelegd aan andere ondernemingen dan poortwachters, bijvoorbeeld in het geval dat een onderneming wel voldoet aan de kwantitatieve drempels voor aanwijzing als poortwachter, maar niet aan de criteria van artikel 3, eerste lid, van de verordening. Als de onderneming in dat geval verzuimt een kennisgeving te doen, kan hij alsnog een boete krijgen opgelegd.

Naast een boete kan de Commissie ook een dwangsom opleggen aan ondernemingen, ter hoogte van maximaal vijf procent van de omzet (artikel 31 van de verordening). Hiermee heeft de Commissie de mogelijkheid om een onderneming te dwingen om bepaalde verplichtingen, die zijn opgesomd in artikel 31, eerste lid, van de verordening na te komen.

3.5.4 Systematische niet-naleving

De Commissie kan tot slot een marktonderzoek uitvoeren om na te gaan of een poortwachter de verplichtingen van artikel 5 tot en met 7 van de verordening op systematische wijze overtreedt (artikel 18). Hiervan is sprake als de Commissie in een periode van acht jaar minstens drie besluiten van niet-naleving heeft genomen. Als de Commissie vaststelt dat er sprake is geweest van systematische niet-naleving, dan kan zij een uitvoeringshandeling vaststellen. Het gevolg hiervan is dat aan de poortwachter gedragscorrigerende of structurele maatregelen kunnen worden opgelegd, zodat naleving van de verordening wordt gewaarborgd. De verordening noemt een specifiek voorbeeld van een corrigerende maatregel. Zo kan aan een poortwachter het verbod worden opgelegd om gedurende een beperkte periode een concentratie²⁵ in de digitale sector²⁶ aan te gaan. Indien de poortwachter in het kader van deze procedure toezeggingen doet, dan kunnen die op grond van artikel 25 van de verordening bindend worden gemaakt.

3.6 Rol voor de lidstaten

3.6.1 Algemeen

In het algemeen verplicht de verordening de Commissie en lidstaten om nauw samen te werken en handavingsmaatregelen te coördineren (artikel 37, eerste lid, van de verordening). De Commissie is bovendien bevoegd om nationale autoriteiten te raadplegen over de toepassing van de verordening (artikel 37, tweede lid, van de verordening). Ook kunnen lidstaten de Commissie verzoeken een marktonderzoek te openen (artikel 41 van de verordening).

Naast deze algemene bepalingen bevat de verordening nog een aantal meer specifieke bepalingen met betrekking tot nationale bevoegde autoriteiten en nationale rechterlijke instanties en hun samenwerking met de Commissie. Deze bepalingen worden hierna toegelicht.

3.6.2 Nationale bevoegde autoriteiten

De verordening bevat verschillende taken voor de 'nationale bevoegde autoriteiten die de concurrentieregels handhaven'. Het gaat daarbij om de regels die staan opgesomd in artikel 1, zesde lid, van de verordening: de artikelen 101 VWEU (kartelverbod) en 102 VWEU (verbod op misbruik van een economische machtspositie), de Europese concentratieverordening en de nationale mededingingsregels. In Nederland gaat het om de ACM, die uit hoofde van de Mededingingswet belast is met het toezicht op en de handhaving van het Europese en nationale mededingingsrecht.

Deze nationale bevoegde autoriteiten hebben verschillende taken ter ondersteuning van de Commissie bij de uitvoering van de verordening. Zo kunnen zij de Commissie helpen bij marktonderzoeken (artikel 16, vijfde lid, van de verordening) en dienen zij op verzoek informatie te verstrekken aan de Commissie (artikel 21, vijfde lid, van de verordening). Zoals genoemd in paragraaf 3.5.2 van deze memorie van toelichting, kunnen derden meldingen over de niet-naleving van de verordening door poortwachters ook bij deze autoriteiten indienen (artikel 27 van de verordening). Tot slot dienen deze autoriteiten de Commissie op de hoogte te stellen van eventuele onderzoeken naar overtreding van het Europese en nationale mededingingsrecht door poortwachters en eventuele opgelegde maatregelen (artikel 38, tweede en derde lid, van de verordening).

²⁵ Een concentratie in de zin van artikel 3 van Verordening (EG) nr. 139/2004.

²⁶ Het betreft hierbij een concentratie met betrekking tot de kernplatformdiensten, de andere diensten die in de digitale sector worden aangeboden of de diensten die het mogelijk maken gegevens te verzamelen waarop de systematische niet-naleving betrekking heeft.

De nationale bevoegde autoriteiten moeten ook (op verzoek) de Commissie op basis van artikel 23, zevende lid, van de verordening actief bijstand verlenen bij inspecties. Indien een onderneming medewerking aan een inspectie weigert, moet daarbij ook de politie of een gelijkwaardige handhavingsautoriteit kunnen worden ingeschakeld (artikel 23, achtste lid, van de verordening). In het nationale recht kan aan deze laatste vorm van actieve bijstand de eis worden gesteld van een voorafgaande machtiging van een rechterlijke instantie (artikel 23, negende en tiende lid, van de verordening).

De nationale bevoegde autoriteiten zijn ook bevoegd om op eigen initiatief onderzoek te doen naar mogelijke niet-naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening op het grondgebied van de lidstaat (artikel 38, zevende lid, van de verordening). Deze mogelijkheid is er enkel als het nationale recht die autoriteit daartoe competentie en onderzoeksbevoegdheden verleent. In dit wetsvoorstel wordt deze ruimte gebruikt om de ACM de benodigde bevoegdheden te geven om op eigen initiatief onderzoek te doen (zie daarvoor paragraaf 4.2.1 van deze toelichting). Het gaat enkel om het instellen van een onderzoek. De rol van de nationale mededingingsautoriteiten eindigt nadat zij verslag hebben uitgebracht aan de Commissie over de bevindingen van het onderzoek en de Commissie een handavingsprocedure start. Hiermee wordt fragmentatie voorkomen.

De nationale bevoegde autoriteiten en de Commissie werken samen via het Europees Mededingingsnetwerk (ECN; artikel 38, eerste lid, van de verordening). Via dit netwerk informeren zij elkaar over alle feitelijke of juridische aangelegenheden, ook als het vertrouwelijke informatie betreft.

3.6.3 Nationale rechterlijke instanties

Aangewezen poortwachters dienen uiterlijk zes maanden na hun aanwijzing te voldoen aan de verplichtingen van de verordening (zie de paragrafen 3.3 en 3.4 van deze memorie van toelichting). Overtreding van deze verplichtingen kan niet alleen leiden tot een handavingsbesluit van de Commissie (zie paragraaf 3.5 van deze memorie van toelichting), maar ook tot de onrechtmatigheid van de gedraging. Deze bepalingen hebben daarmee een directe horizontale werking in de verhouding tussen poortwachters en zakelijke gebruikers of eindgebruikers. Laatstgenoemden kunnen in het geval van een onrechtmatige gedraging van een poortwachter een civiele rechtsvordering instellen bij de nationale rechter. Ook wordt deze verordening opgenomen in de bijlage van de richtlijn representatieve vorderingen voor consumenten²⁷ (artikel 52 van de verordening), waardoor het ook mogelijk is voor eindgebruikers om een collectieve rechtsvordering in te stellen bij de nationale civiele rechter in het geval van niet-naleving van de verordening door een poortwachter.

Artikel 39 van de verordening voorziet voor dit soort gevallen in samenwerking tussen nationale rechterlijke instanties en de Commissie. Zo kunnen de nationale rechterlijke instanties de Commissie verzoeken om informatie of om advies (artikel 39, eerste lid, van de verordening). Ook kan de Commissie uit eigen beweging schriftelijke opmerkingen maken en, met toestemming van de rechter, eveneens mondelinge opmerkingen (artikel 39, derde lid, van de verordening). Ten behoeve van een dergelijke interventie kan de Commissie schriftelijke stukken opvragen (artikel 39, vierde lid, van de verordening). De nationale rechterlijke instanties mogen geen uitspraken doen die in strijd zijn met besluiten van de Commissie en moeten strijdigheid met mogelijke besluiten van de Commissie in lopende procedures vermijden (artikel 39, vijfde lid, van de verordening). Tot slot moeten de lidstaten afschriften zenden van uitspraken die betrekking hebben op de verordening (artikel 39, tweede lid, van de verordening). Dit wetsvoorstel regelt door wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat dergelijke afschriften door de griffier in kwestie, in de meeste gevallen door tussenkomst van de Raad voor de Rechtspraak (RvdR), aan de Commissie worden verzonden (artikel 5 van het wetsvoorstel). Zie daartoe verder de artikelsgewijze toelichting.

3.7 Verhouding tot andere EU-wetgeving

3.7.1 Verbod op misbruik van een economische machtspositie (artikel 102 VWEU)

Artikel 102 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) verbiedt één of meer ondernemingen misbruik te maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Artikel 24 van de Mededingingswet bevat eenzelfde verbod. Het toezicht op deze verbodsbepalingen vindt achteraf plaats (ex post).

Aangewezen poortwachters moeten ten aanzien van hun kernplatformdiensten voldoen aan de

²⁷ Richtlijn (EU) 2020/1828 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2020 betreffende representatieve vorderingen ter bescherming van de collectieve belangen van consumenten en tot intrekking van Richtlijn 2009/22/EG (PbEU L 2020, 409).

verplichtingen van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening. Voor de toepassing van deze verplichtingen is dus niet vereist dat wordt vastgesteld dat deze ondernemingen een machtspositie hebben en daar misbruik van maken. Dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van overlap tussen de verordening en het verbod op misbruik van een economische machtspositie: een overtreding van een verplichting uit de verordening kan een overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie inhouden en andersom.

Deze overlap betekent dat bij het uitvoeren van toezicht ten aanzien van poortwachters niet altijd vooraf duidelijk zal zijn op welk wettelijk kader het toezicht ziet. Om die reden voorziet de verordening in regels over de coördinatie van onderzoeks- en handhavingsmaatregelen tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten (artikel 38, tweede tot en met vijfde lid, van de verordening).

3.7.2 Concentratietoezicht

Hoe de verordening zich verhoudt tot de concentratieverordening is uiteengezet in paragraaf 3.4.4 van deze memorie van toelichting.

3.7.3 Consumentenrecht

In het geval dat poortwachters diensten aanbieden aan consumenten, en daarmee aangemerkt kunnen worden als handelaar, zijn zij verplicht om de consumentenbeschermingsregels na te leven. Voor deze aanbieders zijn de regels verduidelijkt in de Richtlijn modernisering consumentenbescherming.²⁸

Daarnaast worden poortwachters op grond van de verordening verplicht om de consumentenbeschermingsregels in acht te nemen wanneer zij maatregelen treffen om aan artikelen 5, 6 en 7 van de verordening te voldoen. In overweging 12 bij de verordening worden daarbij een aantal regels specifiek genoemd, waaronder de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken²⁹ en de Richtlijn oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten³⁰.

3.7.4 Algemene verordening gegevensbescherming

Artikel 5, tweede lid, van de verordening heeft betrekking op de omgang van poortwachters met persoonsgegevens van eindgebruikers van hun eigen diensten of van eindgebruikers van diensten van derden. Op grond van deze bepaling is het voor poortwachters in bepaalde gevallen verboden deze persoonsgegevens van eindgebruikers te verwerken, waaronder een verbod om ze te combineren met persoonsgegevens uit andere bron, tenzij de eindgebruiker de specifieke keuze heeft gekregen en toestemming heeft verleend, of als de verwerking noodzakelijk is om te voldoen aan een wettelijke verplichting, om vitale belangen van personen te beschermen of om een taak van algemeen belang of openbaar gezag uit te oefenen.

Voor de definitie en toepassing van de kernbegrippen 'persoonsgegevens' en 'toestemming' wordt in de verordening verwezen naar de eerder aangehaalde AVG³¹, het algemene kader voor de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens. Op grond van die verordening is de verwerking van persoonsgegevens, waar mede het combineren van persoonsgegevens onder wordt begrepen, alleen rechtmatig indien dit gebaseerd is op een van de rechtsgrondslagen in artikel 6 van de AVG.

Artikel 5, tweede lid, van de digitale marktenverordening gaat op enkele punten verder dan wat de AVG vereist. Ten eerste staat de verordening het niet toe om de verwerkingen van persoonsgegevens, genoemd in artikel 5, tweede lid, van de verordening, te baseren op de grondslagen genoemd in artikel 6, eerste lid, onderdelen b en f van de AVG (verwerkingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst, respectievelijk voor de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde).

In de tweede plaats bepaalt de verordening dat als een eindgebruiker een toestemming weigert of

²⁸ Richtlijn (EU) 2019/2161 van het Europees Parlement en de Raad van 27 november 2019 tot wijziging van Richtlijn 93/13/EEG van de Raad en Richtlijnen 98/6/EG, 2005/29/EG en 2011/83/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft betere handhaving en modernisering van de regels voor consumentenbescherming in de Unie (PbEU 2019, L 328).

²⁹ Richtlijn 2005/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt en tot wijziging van Richtlijn 84/450/EEG van de Raad, Richtlijnen 97/7/EG, 98/27/EG en 2002/65/EG van het Europees Parlement en de Raad en van Verordening (EG) nr. 2006/2004 van het Europees Parlement en de Raad ('Richtlijn oneerlijke handelspraktijken') (PbEU 2005, L 149).

³⁰ Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PbEG 1993, L 95).

³¹ De uitvoering van de AVG geschiedt in Nederland middels de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming, die onder meer voorziet in de instelling van de Autoriteit Persoonsgegevens.

intrekt, de poortwachter binnen één jaar niet meer dan eenmaal opnieuw toestemming mag vragen voor hetzelfde doel. De AVG kent deze – of een vergelijkbare bepaling – niet.

Tot slot bepaalt artikel 5, tweede lid, van de verordening dat indien de verwerking berust op de toestemming van de eindgebruiker, deze daartoe ‘de specifieke keuze’ moet hebben gekregen. In de eisen die aan de toestemming worden gesteld in artikel 7 van de AVG wordt het begrip ‘specifieke keuze’ niet genoemd. Wel moet op grond van de AVG de toestemming zelf een specifiek karakter hebben. Uit de tekst van beide verordeningen wordt niet duidelijk welke betekenis aan deze verschillende formuleringen gegeven moet worden.

Artikel 6, negende lid, van de verordening bepaalt dat eindgebruikers op verzoek hun gegevens mee moeten kunnen nemen naar andere diensten en daar kosteloos hulp bij krijgen van de poortwachter (dataportabiliteit). Dit recht op dataportabiliteit gaat op een aantal onderdelen verder dan het recht op dataportabiliteit dat is verankerd in artikel 20, eerste lid, van de AVG. In de eerste plaats heeft het recht op dataportabiliteit uit de verordening betrekking op alle gegevens en niet enkel op persoonsgegevens zoals in de AVG het geval is.

In de tweede plaats is het recht op dataportabiliteit in de AVG beperkt tot verwerkingen van persoonsgegevens die berusten op de toestemming van een betrokkene of een overeenkomst tussen betrokkenen en de verwerkingsverantwoordelijke, terwijl het recht op grond van de verordening zich uitstrekt tot alle verwerkingen van gegevens.

In de derde plaats heeft de AVG op dit punt enkel betrekking op door de betrokkenen verstrekte gegevens, terwijl het recht op dataportabiliteit op grond van de verordening ook betrekking heeft op ‘gegevens die gegenereerd worden middels de activiteiten van de eindgebruiker’. Tot slot verplicht de verordening om ‘continue realtimetoeegang’ tot de gegevens te verlenen. De AVG geeft enkel het recht om de betreffende persoonsgegevens ‘in een gestructureerde, gangbare en machineleesbare vorm’ te verkrijgen.

3.7.5 Platform-to-business verordening

Verordening 2019/1150 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten³² (*platform-to-business*-verordening; hierna: P2B-verordening) legt transparantievereisten op aan platforms in hun relatie met zakelijke gebruikers die goederen of diensten via een platform aanbieden aan consumenten en bevat bepalingen over geschillenbeslechting tussen deze partijen. De P2B-verordening heeft tot doel te zorgen voor een eerlijke en voorspelbare bedrijfsomgeving voor zakelijke gebruikers die platforms gebruiken om hun goederen of diensten aan te bieden op de Europese interne markt.

Het doel en de reikwijdte van beide verordeningen komen deels overeen. Zo hebben beide verordeningen (mede) tot doel om de positie te versterken van de zakelijke gebruiker ten opzichte van het platform waarop hij actief is. De definitie van het begrip ‘zakelijke gebruikers’ in beide verordeningen komt in grote mate overeen. Verder heeft de P2B-verordening betrekking op ‘onlinetussenhandelsdiensten’ en ‘onlinezoekmachines’. Deze diensten worden in de digitalemarktenverordening aangemerkt als kernplatformdienst en voor de definitie ervan wordt verwezen naar de P2B-verordening.

Het verschil tussen de P2B-verordening en de digitalemarktenverordening is dat de P2B-verordening betrekking heeft op alle aanbieders van onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines, ongeacht hun omvang, terwijl de digitalemarktenverordening enkel betrekking heeft op poortwachters. Een ander verschil is dat de P2B-verordening de positie van zakelijke gebruikers versterkt door platforms te verplichten om transparant te zijn, met name in hun algemene voorwaarden, over de positie en rechten van die gebruikers in hun contractuele relatie met het platform. De digitalemarktenverordening bevat materiële verplichtingen voor poortwachters die de positie van zakelijke gebruikers versterken.

In sommige gevallen vullen de verplichtingen uit beide verordeningen elkaar aan. Beide verordeningen stellen bijvoorbeeld algemene eisen aan de algemene voorwaarden³³ en aan de opzegging van de dienstverlening aan de zakelijke gebruiker.³⁴ De P2B-verordening verplicht platforms voorts om in hun algemene voorwaarden of anderszins transparant te zijn over de positie en rechten van zakelijke

³² Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (PBEU 2019, L 186). Het voorstel voor de Uitvoeringswet P2B-verordening belast de ACM met het toezicht op naleving en de handhaving van de P2B-verordening. Dit wetsvoorstel is thans aanhangig bij de Tweede Kamer (Kamerstuk 36 285, nr. 2).

³³ Artikel 3 van de P2B-verordening en artikel 6, twaalfde lid, van de digitalemarktenverordening.

³⁴ Artikel 4 van de P2B-verordening en artikel 6, dertiende lid, van de digitalemarktenverordening.

gebruikers. De digitalemarktenverordening bevat inhoudelijke verplichtingen over die onderwerpen. Zo bevat de P2B-verordening bepalingen die zien op transparantie over het gebruik van data van zakelijke gebruikers door de aanbieder van de tussenhandeldienst en het toestaan van het gebruik van andere verkoopkanalen door de zakelijke gebruiker.³⁵ De digitalemarktenverordening bevat inhoudelijke verplichtingen over deze onderwerpen.³⁶

Verder bevatten beide verordeningen bepalingen over de situatie waarin de poortwachter zelf ook producten of diensten aanbiedt via zijn platform en daarmee dus concurreert met de zakelijke gebruikers van zijn platform. De P2B-verordening verplicht platforms om transparant te zijn over de voorwaarden waaronder die concurrentie plaatsvindt. De digitalemarktenverordening bevat inhoudelijke verplichtingen over dit onderwerp, bijvoorbeeld dat poortwachters hun eigen producten of diensten geen gunstigere behandeling mogen geven de rangschikking. De verordeningen vullen elkaar dus aan ten aanzien van deze onderwerpen.

3.7.6 Digitaledienstenverordening

De digitaledienstenverordening³⁷ is een gedeeltelijke herziening van de richtlijn elektronische handel.³⁸ De digitaledienstenverordening bevat regels voor aanbieders van zogenaamde tussenhandeldiensten met betrekking tot het tegengaan van online illegale inhoud. Aanbieders van tussenhandeldiensten zijn, kort gezegd, online dienstverleners die informatie van hun afnemers doorgeven, opslaan of verspreiden. Het betreft onder meer internetaanbieders, aanbieders van online zoekmachines en online platforms. De digitaledienstenverordening beoogt bij te dragen aan een goede werking van de interne markt voor tussenhandeldiensten door te voorzien in geharmoniseerde regels voor een veilige, voorspelbare en betrouwbare online omgeving die innovatie bevordert en waarin de in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerde grondrechten, waaronder de doeltreffende bescherming van consumentenrechten, gewaarborgd worden (artikel 1 van de digitaledienstenverordening).

De doelstellingen van de digitaledienstenverordening liggen dus in het verlengde van de digitalemarktenverordening. Beide verordeningen zijn onderdeel van samenhangende inspanningen van de Commissie om belangrijke online diensten, en de aanbieders daarvan, te reguleren op basis van Europese waarden. Waar de digitalemarktenverordening voornamelijk ziet op marktordening gaat de digitaledienstenverordening over het reguleren van de verspreiding van illegale inhoud via tussenhandeldiensten.

Binnen de categorie online platforms en online zoekmachines onderscheidt de digitaledienstenverordening zogenaamde zeer grote online platforms en zeer grote online zoekmachines, die gemiddeld 45 miljoen of meer maandelijks actieve gebruikers hebben in de Europese Unie. De digitalemarktenverordening richt zich op poortwachters, waarvoor andere criteria en definities gebruikt worden (zie artikel 3 en de bijlage, onderdeel A, van de verordening) dan voor de zeer grote online platforms en zeer grote online zoekmachines onder de digitaledienstenverordening. Poortwachters onder de digitalemarktenverordening zijn dus niet per definitie ook aanbieders van zeer grote online platforms of onlinezoekmachines in de zin van de digitaledienstenverordening, en andersom. Het is echter wel waarschijnlijk dat er in de praktijk overlap zal zijn, waardoor sommige ondernemingen onder de reikwijdte van beide verordeningen vallen.

3.7.7 Telecomcode

De Telecomcode³⁹ vormt het Europese wettelijke kader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, waaronder nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten. De Telecomcode biedt de mogelijkheid voor nationale regelgevende instanties om ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht die nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten aanbieden een interoperabiliteitsverplichting op te leggen (artikel 61, tweede lid, onderdeel c, van de Telecomcode). Een dergelijke verplichting kan worden opgelegd als een aantal procedurele stappen is gezet. Eerst dient de Commissie vast te stellen dat er een noemenswaardig gevaar bestaat voor eind-tot-eindverbindingen tussen eindgebruikers in de gehele Unie of in ten minste drie lidstaten. Dit doet zij

³⁵ Respectievelijk de artikelen 7, 9 en 10 van de P2B-verordening.

³⁶ De artikelen 5, tweede en derde lid, en 6, vijfde, negende en tiende lid, van de digitalemarktenverordening.

³⁷ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (PbEU 2022, L 277/1).

³⁸ Richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt ('Richtlijn inzake elektronische handel') (PbEG 2000, L 178).

³⁹ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek van elektronische communicatie (PbEU 2018, L 321).

na advies van BEREC (het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie). Nadat deze vaststelling voor één of meer diensten heeft plaatsgevonden stelt de Commissie uitvoeringshandelingen vast waarin de aard en het toepassingsgebied van de op te leggen verplichtingen worden gespecificeerd. Vervolgens kan de bevoegde instantie de verplichtingen opleggen. In Nederland is de ACM daartoe bevoegd op grond van artikel 6.2, derde lid, van de Telecommunicatiewet. Op dit moment zijn er geen van dergelijke uitvoeringshandelingen van kracht en heeft de ACM dus ook geen verplichtingen opgelegd.

In artikel 7 van de digitale marktenverordening zijn inhoudelijke verplichtingen opgenomen op het gebied van interoperabiliteit van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten aangeboden door poortwachters. Deze diensten vallen ook binnen het bereik van artikel 61, tweede lid, onderdeel c, van de Telecomcode. Het ligt dus in de rede dat de Commissie, alvorens zij een uitvoeringshandeling vaststelt op grond van laatstgenoemde bepaling, beziet of daar noodzaak toe bestaat in het licht van de verplichtingen inzake interoperabiliteit in artikel 7 van de verordening.

3.7.8 Richtlijn audiovisuele mediadiensten

De gewijzigde richtlijn audiovisuele mediadiensten⁴⁰, zoals geïmplementeerd in de Mediawet 2008, bevat verplichtingen voor aanbieders van videoplatformdiensten die in een EU-lidstaat zijn gevestigd. Het is aannemelijk dat een of meer aangewezen poortwachters ook aanbieders van videoplatformdiensten zullen zijn in de zin van die richtlijn. De richtlijn legt onder meer een indirecte verplichting op aan aanbieders van videoplatformdiensten om transparant te zijn jegens hun gebruikers over audiovisuele commerciële communicatie die via hun videoplatformdienst wordt verspreid (artikel 28ter, tweede lid, van de verordening). De verordening bevat verplichtingen over onlineadvertentiediensten, maar die zijn gericht op transparantie en informatieverstrekking aan de adverteerder en uitgever (artikel 5, negende en tiende lid, van de verordening). De richtlijn en de verordening kennen dus een raakvlak als het gaat om welke dienstaanbieders onder de reikwijdte vallen, maar geen inhoudelijke raakvlakken.

4. Inhoud wetsvoorstel

4.1 Inleiding

Een EU-verordening werkt rechtstreeks en lidstaten van de Europese Unie zijn verplicht om alle maatregelen te nemen die nodig zijn voor de volledige verwezenlijking van een verordening. Gelet op het rechtstreekse karakter, maakt een verordening automatisch deel uit van de nationale rechtsorde en is het verboden om bepalingen ervan in het nationale recht over te nemen. Wel kan het voor de goede werking van een verordening nodig zijn om bepalingen met betrekking tot toezicht en handhaving, rechtsbescherming en aanwijzing van uitvoeringsorganen op te nemen in nationale regelgeving.

De uitvoering van de digitale marktenverordening vergt maar beperkt nationale regelgeving, omdat de Commissie grotendeels is belast met de uitvoering van de verordening. Zo is de Commissie als enige bevoegd tot handhaving van de verordening en het opleggen van sancties. De grote rol van de Commissie neemt niet weg dat enkele onderdelen van de verordening nationale regelgeving vereisen. Daarin voorziet dit wetsvoorstel.

De belangrijkste beleidskeuze die de verordening aan de lidstaten geeft, is om de nationale bevoegde instantie te belasten met de bevoegdheid om onderzoek te doen naar mogelijke overtredingen van de verordening. In dit wetsvoorstel wordt van die ruimte gebruik gemaakt en wordt de ACM belast met het toezicht op de naleving van de verordening op Nederlands grondgebied. Deze beleidskeuze wordt in paragraaf 4.2 nader toegelicht.

Ook voor de actieve bijstand bij inspecties door de Commissie op Nederlands grondgebied en de rol van de Commissie in procedures bij de nationale civiele rechter zijn bepalingen in nationale wetgeving vereist. Dit wetsvoorstel bevat de nodige bepalingen daartoe. Deze onderdelen van het wetsvoorstel worden nader toegelicht in paragraaf 4.3.

⁴⁰ Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) (PbEU L 2010, 095), zoals gewijzigd door Richtlijn (EU) 2018/1808 van het Europees Parlement en de Raad van 14 november 2018 tot wijziging van Richtlijn 2010/13/EU betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) in het licht van een veranderende marktsituatie (PbEU L 2018, 303).

4.2 Toezicht door de Autoriteit Consument en Markt (ACM)

4.2.1 Noodzaak additionele toezichtsbevoegdheden voor de ACM

Nederland kiest ervoor om gebruik te maken van de discretionaire ruimte die wordt geboden in artikel 38, zevende lid, van de verordening om een nationale autoriteit te belasten met toezicht op de verordening. Het is om verschillende redenen belangrijk dat de ACM op eigen initiatief onderzoek kan doen naar de naleving van de verordening.

Allereerst is het voor ondernemers laagdrempeliger om mogelijke overtredingen van de verordening door poortwachters aan te kaarten bij de ACM dan bij de Commissie. Op grond van artikel 27 van de verordening hebben derden, met inbegrip van zakelijke en eindgebruikers, hoe dan ook het recht om informatie over de naleving van de verordening door poortwachters aan de ACM te melden. De verwachting is dat deze partijen vaker van dit recht gebruik zullen maken als de ACM ook zelf bevoegd is om onderzoek te doen naar deze meldingen.

Een laagdrempelige en effectieve nationale autoriteit die de kennis en bevoegdheden heeft om zelf onderzoek te doen, draagt bij aan het doel van de verordening om zakelijke en eindgebruikers te beschermen tegen oneerlijke praktijken van poortwachters.

Daarnaast bezit de ACM specifieke kennis over de werking van digitale markten in Nederland. Deze kennis kan goed worden ingezet bij het onderzoeken van meldingen door ondernemers. Een grotere betrokkenheid van de ACM bij het toezicht op de naleving van de verordening helpt ook om samenwerkingsvoordelen in het toezicht op digitale markten te behouden en te creëren. De verordening vormt namelijk een aanvulling op het Europese en nationale mededingingsrecht, dat naast de verordening van toepassing blijft. Ook is synergie te verwachten met het toezicht op de eerder aangehaalde P2B-verordening en de digitaaldienstenverordening. Hierover wordt meer toegelicht in paragraaf 4.2.5 van deze memorie van toelichting.

Tot slot is het voor een effectief toezicht van de verordening nodig dat er voldoende capaciteit beschikbaar is. Gelet op de middelen die poortwachters veelal tot hun beschikking hebben, is het wenselijk en van belang dat nationale mededingingsautoriteiten de Commissie ondersteunen en met hun middelen bijdragen aan een doeltreffend toezicht. Het inzetten van de expertise en toezichtscapaciteit van de nationale toezichthouder zorgt voor effectiever toezicht.

4.2.2 Reikwijdte van het onderzoek

Voor de afbakening van de gevallen waarin de ACM onderzoek kan doen naar niet-naleving van de verordening, is allereerst de werkingssfeer van de verordening zelf bepalend. Zoals toegelicht in paragraaf 3.3 van deze memorie van toelichting, is de werkingssfeer van de verordening beperkt tot aangewezen kernplatformdiensten van poortwachters (artikel 1, tweede lid, van de verordening). Voor de toepassing van de verordening is niet relevant of de poortwachter is gevestigd binnen de Europese Unie of daarbuiten. Bepalend is of de poortwachter de kernplatformdiensten verleent of aanbiedt aan zakelijke gebruikers die in de Unie zijn gevestigd en aan eindgebruikers die in de Unie zijn gevestigd of zich daar bevinden.

Artikel 38, zevende lid, van de verordening beperkt de reikwijdte van de onderzoeken door de nationale bevoegde autoriteiten tot 'niet-naleving van de verordening op het grondgebied van de lidstaat'. In samenhang gezien met de afbakening van de werkingssfeer in artikel 1, tweede lid, van de verordening, kan daaruit worden afgeleid dat de onderzoeken van de ACM zich dienen te beperken tot het verlenen en aanbieden van aangewezen kernplatformdiensten aan zakelijke gebruikers die in Nederland zijn gevestigd en eindgebruikers die in de Nederland zijn gevestigd of zich daar bevinden. De betekenis van de begrippen 'aanbieden' en 'verlenen' van kernplatformdiensten wordt niet nader gedefinieerd in de verordening. Aangenomen kan worden dat die begrippen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie moeten worden begrepen als de activiteiten die zich klaarblijkelijk richten op zakelijke of eindgebruikers die zich in Nederland bevinden.⁴¹

4.2.3 Bevoegdheid tot nalevingstoezicht

Op grond van artikel 38, zevende lid, van de verordening moet het nationale recht aan de nationale bevoegde autoriteit 'competentie' verlenen om 'op eigen initiatief onderzoek in te stellen naar mogelijke niet-naleving'. Deze onderzoeksbevoegdheid moet worden onderscheiden van het verlenen

⁴¹ Zie voetnoot 9 bij de P2B-verordening en de daar aangehaalde jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU.

van bijstand door de nationale autoriteit bij onderzoeken van de Commissie. Zie over dat laatste paragraaf 4.3.3 van deze memorie van toelichting.

Het verlenen van de competentie aan de ACM gebeurt in artikel 2, eerste lid, van dit wetsvoorstel, waarin de ACM wordt belast met het toezicht op de naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening. Het begrip ‘onderzoek instellen naar mogelijke niet-naleving’ is niet gedefinieerd in de verordening. Het omvat in elk geval niet handhaving, want die taak is voorbehouden aan de Commissie. Het begrip komt inhoudelijk daarmee overeen met wat in het nationale bestuursrecht ‘toezicht op de naleving’ wordt genoemd, de werkzaamheden die door of namens een bestuursorgaan worden verricht om na te gaan of voorschriften worden nageleefd.⁴²

4.2.4 Onderzoeksbevoegdheden

Op grond van artikel 38, zevende lid, van de verordening moet het nationale recht aan de nationale bevoegde autoriteit ‘onderzoeksbevoegdheden’ verlenen. In de verordening wordt niet bepaald welke bevoegdheden dit zijn, al dienen ze in elk geval niet verder te gaan dan het verrichten van onderzoek. De Commissie heeft immers de rol van ‘enige handhaver’ en kan dus als enige vaststellen dat een overtreding van de verordening heeft plaatsgevonden en om die reden maatregelen en sancties opleggen. Verder is het dus aan de nationale wetgever om te bepalen over welke onderzoeksbevoegdheden de nationale bevoegde autoriteit beschikt.

Bij de verlening van onderzoeksbevoegdheden aan de toezichthoudende ambtenaren van de ACM⁴³ zijn twee overwegingen bepalend: welke bevoegdheden zijn noodzakelijk om effectief toezicht te kunnen houden en welke bevoegdheden heeft de ACM in het kader van andere wetgeving waarvan zij belast is met het toezicht op de naleving. De toezichthoudende ambtenaren van de ACM beschikken van rechtswege over de toezichtsbevoegdheden in titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Meest relevant in dit kader zijn de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen anders dan woningen (artikel 5:15 van de Awb), het vorderen van inlichtingen (artikel 5:16 van de Awb), het inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 van de Awb) en het onderzoeken van zaken (artikel 5:18 van de Awb). Hoofdstukken 2 en 3 van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (hierna: Instellingswet) bevatten ook relevante bepalingen die van rechtswege gelden. Op grond van artikel 6b van de Instellingswet verstrekt een ieder de ACM desgevraagd gegevens en inlichtingen of geeft inzage in gegevens en bescheiden. Op grond van artikel 12b van de Instellingswet zijn de ambtenaren voorts bevoegd om ter ondersteuning van de bevoegdheid tot het inzage vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden (artikel 5:17 van de Awb) ruimten te verzegelen en zo nodig de sterke arm in te schakelen. Al deze bevoegdheden zijn noodzakelijk om effectief onderzoek te kunnen doen naar naleving van de verordening.

Op grond van de artikelen 12c tot en met 12f van de Instellingswet heeft de ACM voorts de bevoegdheid om ter uitvoering van haar toezichtstaken woningen te betreden (Let op: de bevoegdheid tot betreden van woningen houdt niet in de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen. Zie paragraaf 6.1 van deze memorie van toelichting). Vanwege de relatief grote inbreuk op de rechten van burgers die met het betreden van woningen gepaard gaat, voorziet de Instellingswet in een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris en specifieke verslagleggingsverplichtingen. De ACM kan de bevoegdheid tot het betreden van woningen daarom enkel inzetten wanneer ze aantoonbaar is noodzakelijk en proportioneel. Deze bevoegdheid wordt door de ACM in haar reguliere toezicht dan ook terughoudend ingezet. Het belang van deze bevoegdheid bij het toezicht op de naleving van de verordening is gelegen in de toenemende mate waarin werknemers, waaronder die van poortwachters, thuis werken. Het is dus niet uit te sluiten dat de voor de naleving van de verordening relevante zakelijke gegevens en bescheiden zich in een woning bevinden.

Artikel 5:20 van de Awb bevat de verplichting om medewerking te verlenen aan een toezichthouder bij de uitoefening van zijn toezichthoudende bevoegdheden. Overtreding van die verplichting kan strafrechtelijk worden gesanctioneerd (artikel 184 van het Wetboek van strafrecht). Ook is de ACM krachtens artikel 12m, eerste lid, aanhef en onderdeel c, van de Instellingswet bevoegd om een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom op te leggen in die gevallen. Hoewel de verordening bepaalt dat de Commissie de rol heeft van ‘enige handhaver’ van de verordening, voorziet de verordening niet in de bevoegdheid voor de Commissie om het niet-meewerken aan onderzoeken door nationale bevoegde autoriteiten door poortwachters te sanctioneren. Om de effectiviteit van de onderzoeksbevoegdheden van de ACM – en daarmee een effectieve uitvoering van de verordening – te borgen, wordt voorgesteld om de mogelijkheden tot strafrechtelijke en bestuursrechtelijke

⁴² Zie aanwijzing 5.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

⁴³ Artikel 12a van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt jo. artikel 5:11 van de Algemene wet bestuursrecht.

sanctionering van niet-medewerking niet uit te zonderen bij het nalevingstoezicht op de verordening door de ACM op grond van dit wetsvoorstel.

4.2.5 Relatie met andere toezichtstaken ACM

Zoals is toegelicht in paragraaf 3.7 van deze memorie van toelichting, heeft de verordening raakvlakken met andere wetgeving ten aanzien waarvan de ACM belast is met het toezicht op de naleving, zoals de Mededingingswet, de Wet handhaving consumentenbescherming, het voorstel voor de Uitvoeringswet P2B-verordening⁴⁴ en – zo is het voornemen van het kabinet – de digitaledienstenverordening. Dit betekent dat bij onderzoeken door de ACM de naleving van meerdere wetten aan de orde kan zijn.

Artikel 7, eerste lid, van de Instellingswet maakt het mogelijk dat door de ACM verkregen gegevens en inlichtingen binnen de gehele organisatie voor alle taken van de ACM kunnen worden gebruikt, dus niet alleen voor de taak waarvoor de gegevens en inlichtingen zijn verkregen. Dit betekent dat de ACM de gegevens en inlichtingen die zij verkrijgt bij de uitvoering van dit wetsvoorstel, eenmaal tot wet verheven, ook kan gebruiken bij haar andere wettelijke taken. Hetzelfde geldt andersom. Deze interne informatie-uitwisseling draagt bij aan een effectieve en efficiënte uitoefening van de toezichttaken van de ACM. Waar het gegevens betreft die worden ontvangen in het kader van de uitwisseling van gegevens met de Commissie en de andere nationale autoriteiten, bevatten de artikelen 36, vierde lid, en 38, vijfde lid, van de verordening een specifieke regeling voor met welk doel de gegevens mogen worden gebruikt. In die gevallen is artikel 7, eerste lid, van de Instellingswet niet van toepassing, zo is bepaald in het tweede lid van dat artikel.

4.2.6 Relatie met andere toezichthouders

Zoals is toegelicht in paragraaf 3.7 van deze memorie van toelichting, heeft de verordening raakvlakken met andere wetgeving ten aanzien waarvan andere toezichthouders dan de ACM belast zijn met het toezicht op de naleving, zoals de Uitvoeringswet AVG, de Telecommunicatiewet en de Mediawet 2008. Het is derhalve denkbaar dat de onderzoeken die de ACM doet gegevens en inlichtingen oplevert die relevant zijn voor de toezichthouders op die wetten, respectievelijk de Autoriteit persoonsgegevens, de Rijksinspectie digitale infrastructuur en het Commissariaat voor de Media. Op grond van artikel 7 van de Instellingswet is de ACM bevoegd om gegevens te verstrekken aan andere bestuursorganen. De Autoriteit persoonsgegevens en het Commissariaat voor de Media zijn daartoe specifiek aangewezen in de Regeling gegevensverstrekking ACM 2019. De beperkingen die de verordening oplegt met betrekking tot het gebruik van uitgewisselde gegevens, zoals beschreven in paragraaf 4.2.5, zijn hier ook van toepassing. De ACM heeft voorts met deze toezichthouders bilaterale samenwerkingsovereenkomsten en werkt met een deel van deze toezichthouders samen in het Samenwerkingsplatform Digitale Toezichthouders.⁴⁵

4.2.7 Internationale afstemming en uniforme toepassing

De verordening bevat in het kader van internationale afstemming relevante bepalingen. Zo is opgenomen dat de nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie samenwerken via het Europees Mededingingsnetwerk (ECN). Via dit netwerk informeren zij elkaar over alle feitelijke of juridische aangelegenheden, ook als het vertrouwelijke informatie betreft. Naast het al bestaande ECN, bepaalt de verordening ook dat de Commissie een raadgevend comité digitale markten en een groep op hoog niveau opricht. Deze groep bestaat uit Europese organen en netwerken⁴⁶ en kan de Commissie advies en expertise verlenen. Dit advies is tweeledig. Enerzijds bestaat het uit advies en aanbevelingen die relevant zijn voor algemene kwesties in het kader van de uitvoering of handhaving van de verordening. Anderzijds bestaat het uit advies en expertise om een consistente reguleringsaanpak te bevorderen. Het raadgevend comité digitale markten adviseert onder meer over voorgenomen uitvoeringshandelingen.

De Commissie faciliteert een uniforme toepassing van de bepalingen uit de verordening. Zo kan de

⁴⁴ Wetsvoorstel houdende invoering publiek toezicht en handhaving van de verordening 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (Wet publiek toezicht en handhaving verordening bevordering billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten) (Kamerstukken II, 2022/23, 36 285, nr. 2).

⁴⁵ In dit platform werken de volgende onafhankelijke toezichthouders samen bij het toezicht op digitale diensten: de ACM, de Autoriteit Financiële Markten, de Autoriteit persoonsgegevens en het Commissariaat voor de Media.

⁴⁶ Het betreft specifiek de volgende Europese organen en netwerken welke zullen samenwerken in de groep op hoog niveau: het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en het Europees Comité voor gegevensbescherming, het Europees Mededingingsnetwerk, het samenwerkingsnetwerk voor consumentenbescherming, en de Europese Groep van regulerende instanties voor audiovisuele mediadiensten.

Commissie bij het uitvoeren van marktonderzoeken om ondersteuning vragen aan nationale mededingingsautoriteiten. Als centrale toezichthouder op de verordening neemt de Commissie dan ook een coördinerende rol op zich ten opzichte van de nationale mededingingsautoriteiten die haar ondersteunen in het toezicht. In de verordening is al rekening gehouden met het feit dat overlap kan bestaan in de werkzaamheden van nationale mededingingsautoriteiten en de Commissie. Zie in dit verband bijvoorbeeld artikel 38, zevende lid, tweede alinea, van de verordening. Hierin is bepaald dat de onderzoeksbevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten in een concreet geval eindigt als de Commissie een onderzoek start naar dezelfde inbreuk van een poortwachter.

Vanwege het grensoverschrijdend opereren van poortwachters zou het voor kunnen komen dat verschillende nationale toezichthouders onderzoek doen naar dezelfde mogelijke inbreuk. Vanuit de eerder beschreven coördinerende rol kan de Commissie helpen voorkomen dat onnodig overlappende onderzoeken plaatsvinden.

Het beeld is dat meerdere lidstaten van plan zijn om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid die wordt geboden in de verordening om een nationale autoriteit bevoegd te maken om zelfstandig onderzoek te doen naar naleving van de verordening. In samenhang met het toezicht door de Commissie ontstaat hiermee een goed fundament van aanvullende toezichtscapaciteit op nationaal niveau.

4.3 Andere taken, bevoegdheden en verplichtingen voor autoriteiten en instanties van lidstaten

4.3.1 Inleiding

Naast de mogelijkheid dat nationale bevoegde autoriteiten zelfstandig onderzoeken doen naar niet-naleving van de verordening, zie paragraaf 4.2 van deze memorie van toelichting, hebben lidstaten op grond van de verordening verschillende andere taken en bevoegdheden. Een deel van deze taken en bevoegdheden is belegd bij de nationale bevoegde autoriteiten die de mededingingsregels handhaven (in Nederland de ACM), maar de verordening bevat ook taken, bevoegdheden en verplichtingen voor 'lidstaten' en 'bevoegde autoriteiten' en 'nationale rechterlijke instanties' in het algemeen. Hierna wordt toegelicht hoe deze taken, bevoegdheden en verplichtingen in het nationale recht en in onderhavig wetsvoorstel doorwerken.

4.3.2 Taken, bevoegdheden en verplichtingen voor lidstaten en autoriteiten in het algemeen

De verordening verplicht de Commissie en lidstaten om nauw samen te werken en handhavingsmaatregelen te coördineren (de artikelen 1, zevende lid, tweede volzin, en 37, eerste lid, van de verordening). Nationale autoriteiten mogen voorts geen besluiten nemen die in strijd zijn met een Commissiebesluit op grond van deze verordening (artikel 1, zevende lid, eerste volzin). Deze verplichtingen hebben rechtstreekse werking en behoeven geen nationale regelgeving. Ook de mogelijkheid dat de Commissie nationale autoriteiten kan raadplegen en dat die autoriteiten de Commissie alle nodige inlichtingen dienen te verstrekken (respectievelijk de artikelen 37, tweede lid, en 21, vijfde lid, van de verordening) vereist geen regeling in nationale wetgeving.

Artikel 41 van de verordening bepaalt dat lidstaten de Commissie kunnen verzoeken om marktonderzoeken te doen. Een dergelijk verzoek is een feitelijke handeling en behoeft dus geen regeling in het nationale recht. De bevoegdheid om een dergelijk verzoek te doen ligt op grond van de verordening bij de lidstaat zelf, en niet specifiek bij de bevoegde nationale autoriteit. Het is dus in beginsel aan de Minister van Economische Zaken en Klimaat, als het ter zake bevoegde orgaan van de lidstaat Nederland, om een dergelijk verzoek te doen. Het voornemen is om de ACM te machtigen deze verzoeken namens de Minister van Economische Zaken en Klimaat te doen, vanwege de inhoudelijke expertise van de ACM over de toepassing van de verordening.⁴⁷

4.3.3 Bijstand bij inspecties van de Commissie door de ACM

Naast de mogelijkheid dat nationale bevoegde autoriteiten zelfstandig onderzoek naar niet-naleving van de verordening kunnen doen, waarbij deze gebruik maken van hun nationale bevoegdheden, eist artikel 23, zevende lid, van de verordening voorzieningen voor het verlenen van bijstand door ambtenaren van de nationale bevoegde autoriteit bij inspecties door de Commissie naar mogelijke overtreding van de verordening. De ambtenaren van de autoriteit handelen in het laatste geval onder

⁴⁷ Dit is te vergelijken met de wijze waarop de ACM krachtens artikel 3 van het Besluit mandaat, volmacht en machtiging Autoriteit Consument en Markt gemachtigd is door de Minister van Economische Zaken en Klimaat om besluiten te nemen en overige handelingen te verrichten in het kader van de eerder aangehaalde EU- concentratieverordening.

de verantwoordelijkheid en het gezag van de Commissie en beschikken over dezelfde bevoegdheden als ambtenaren van de Commissie. Artikel 3, eerste lid, van het wetsvoorstel bepaalt dat de toezichthoudende ambtenaren van de ACM belast zijn met het verlenen van deze bijstand.

Artikel 23, achtste lid, van de verordening schrijft voor dat deze ambtenaren de nodige bijstand moeten verlenen om de Commissie in staat te stellen haar inspectie te verrichten, in het geval dat een onderneming of ondernemingsvereniging zich tegen een inspectie door de Commissie verzet. Daarbij moet zo nodig een beroep gedaan kunnen worden op de politie of een andere handhavingsautoriteit. Dit is vastgelegd in artikel 3, derde lid, van het wetsvoorstel.

4.3.4 Andere taken van de ACM

Op grond van artikel 2, derde lid, van het wetsvoorstel is de ACM bevoegd om de taken en bevoegdheden uit te oefenen die de verordening opdraagt aan de nationale bevoegde autoriteiten die de mededingingsregels handhaven. In het algemeen is de ACM gehouden om samen te werken en informatie uit te wisselen over onderzoeks- en handhavingsmaatregelen met andere nationale bevoegde autoriteiten en de Commissie (artikel 38, eerste, tweede en derde lid, van de verordening). De verordening geeft ook de bevoegdheid om informatie uit te wisselen (artikel 38, eerste lid) en bepaalt met welk doel die uitwisseling kan geschieden (artikel 38, vijfde lid). De informatie-uitwisseling wordt daarmee beheerst door de verordening en vereist geen nadere nationale regelgeving. Tot slot kan de Commissie de ACM verzoeken om steun te verlenen bij de uitvoering van marktonderzoeken op grond van de verordening. Dit betreft een feitelijke handeling en behoeft dus ook geen nadere regeling in het nationale recht.

De ACM is ook de nationale autoriteit die derden in kennis kunnen stellen van praktijken en gedragingen van poortwachters die onder de reikwijdte van de verordening vallen (artikel 27, eerste lid, van de verordening). Als de ACM op basis van de ontvangen informatie vaststelt dat er mogelijk sprake is van een overtreding, moet zij de informatie doorgeven aan de Commissie (artikel 27, tweede lid, van de verordening). De ACM kan naar aanleiding van de informatie uiteraard ook een onderzoek starten naar de naleving van de verordening en dan aan de Commissie verslag uitbrengen over de bevindingen van het onderzoek ingevolge artikel 38, zevende lid, van de verordening.

4.3.5 Samenwerking tussen de Commissie en de burgerlijke rechter

Zoals toegelicht in paragraaf 3.6.3 van deze memorie van toelichting, bevat artikel 39 van de verordening een aantal voorschriften inzake de samenwerking tussen de Commissie en de nationale rechter. Voor Nederland zal alleen de burgerlijke rechter zich kunnen uitspreken over de toepassing van de verordening. Om die reden geschiedt de implementatie van artikel 39, eerste tot en met vierde lid, van de verordening door aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (artikel 5 van het wetsvoorstel). Bij de vormgeving van deze bepalingen is aangesloten bij de bepalingen die ter zake gelden ter uitvoering van de gelijkkluidende bepalingen in het mededingingsrecht⁴⁸ over de samenwerking tussen de Commissie en de burgerlijke rechter.

5. Gevolgen

Naar verwachting heeft het wetsvoorstel zeer beperkte regeldrukeffecten voor poortwachters, ondernemers en consumenten. De verordening werkt immers rechtstreeks. Wel zijn er als gevolg van dit wetsvoorstel regeldrukeffecten voor poortwachters in verband met de mogelijkheid van de ACM om op eigen initiatief onderzoek te doen naar de naleving van de verordening.

5.1 Gevolgen voor zakelijke gebruikers en eindgebruikers

Het voorliggende wetsvoorstel heeft naar verwachting enkel positieve effecten voor zakelijke gebruikers en eindgebruikers van kernplatformdiensten van poortwachters. Op basis van het wetsvoorstel wordt het voor deze gebruikers mogelijk om een melding te doen bij de ACM over de naleving van de verordening door een poortwachter. De ACM kan naar aanleiding van die melding een onderzoek starten naar de vermeende niet-naleving van de verordening door een poortwachter en kan daarna besluiten dit onderzoek door te verwijzen naar de Commissie. Deze mogelijkheid vormt een ondersteunende en laagdrempelige manier voor deze gebruikers om op te komen tegen oneerlijke handelspraktijken van poortwachters. De verordening zorgt ervoor dat zakelijke gebruikers onder gunstigere voorwaarden hun producten of diensten via platforms aan kunnen bieden, met als gevolg meer concurrentie en meer kansen en groeimogelijkheden voor kleine ondernemers. Het wetsvoorstel

⁴⁸ Verordening (EG) 1/2003 van de Raad van de Europese Unie van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PbEG 2003, L 1).

draagt eraan bij dat Nederlandse zakelijke gebruikers en eindgebruikers de vruchten van de verordening ten volle kunnen plukken doordat niet alleen de Commissie maar ook de ACM naleving van de verordening monitort. Het doen van een melding kan eenvoudig via de website van de ACM. De tijdsbesteding hiervan is te verwaarlozen.

5.2 Gevolgen voor poortwachters

Aangewezen poortwachters moeten zich al aan de verplichtingen houden die vanuit de verordening op hen rusten. Regeldrukeffecten van de verordening staan dus los van de regeldrukeffecten van dit wetsvoorstel. De Commissie houdt toezicht op de verplichtingen in de verordening. De verwachting is dat er in ieder geval tussen de tien en vijftien poortwachters door de Commissie zullen worden aangewezen. Door de Commissie zijn de totale nalevingskosten van de verordening voor alle poortwachters samen geschat op € 21,15 miljoen tot € 28,2 miljoen per jaar. Dit komt gemiddeld ongeveer neer op € 1,4 miljoen per poortwachter per jaar. De nalevingskosten zijn naar verwachting laag in verhouding tot de omzet die de poortwachters maken. De indirecte kosten voor poortwachters zouden hoger kunnen zijn, omdat de voorgestelde maatregelen naar verwachting een effect hebben op hun bedrijfsmodellen en mogelijk invloed hebben op hun winst. Deze kosten zijn moeilijk te kwantificeren.⁴⁹

Met dit wetsvoorstel kunnen poortwachters wel aanvullend worden onderworpen aan toezicht door de ACM op de naleving van de verordening wanneer er sprake is van niet-naleving van de verordening op Nederlands grondgebied (zie paragraaf 4.2.2). Dit zou kunnen leiden tot extra toezichtlasten bij poortwachters, in verband met contactmomenten met de toezichthouder en het reageren op de informatie-uitvragen. Poortwachters zullen als gevolg van dit wetsvoorstel immers informatie moeten verstrekken over de eigen organisatie indien de ACM daar op basis van haar onderzoeksbevoegdheden om verzoekt. De betrokken totale lasten worden echter als zeer beperkt ingeschat.

Er is geen sprake van extra inhoudelijke nalevingskosten als gevolg van dit wetsvoorstel. Het wetsvoorstel introduceert namelijk geen nieuwe, additionele maatregelen waar poortwachters zich aan moeten houden. Wel leidt het wetsvoorstel mogelijk tot administratieve meerkosten waar het gaat om het aanvullende toezicht door de ACM. Het gaat daarbij om incidentele kosten. Poortwachters zullen vooral aan dergelijke lasten worden onderworpen wanneer er een vermoeden van een overtreding bestaat. Verwacht wordt dat dit een zeer beperkt aantal zaken betreft. De hoogte van de betrokken kosten laat zich door diverse onzekere factoren moeilijk voorspellen. Zo is nog onduidelijk hoeveel poortwachters er precies zullen worden aangewezen en is onzeker hoe vaak er door gebruikers melding zal worden gedaan van overtreding van de DMA. Bovendien hangt de omvang van de toezichtlasten af van de wijze waarop het toezicht in een specifieke zaak wordt vormgegeven. Dit verschilt per geval. Zo zal er soms sprake zijn van een langdurige handhavingenzaak, terwijl in andere gevallen na een eerste analyse de zaak wordt afgesloten. De handelingen die van poortwachters worden verwacht kunnen ook per zaak verschillen. Zo kan de ACM per zaak besluiten tot een bedrijfsinval of het afnemen van verhoren, dan wel het opvragen van bepaalde informatie. De exacte administratieve toezichtlasten voor poortwachters zijn daarom vooraf lastig te kwantificeren. Uitspraken over de betrokken lasten zijn slechts gebaseerd op zeer ruwe inschattingen.

De voorlopige verwachting is dat de ACM tussen de één tot drie keer per jaar uit eigen beweging een onderzoek zal starten naar de naleving van de verordening onder de door de Commissie aangewezen poortwachters. Zoals hiervoor is toegelicht, zal de omvang van een dergelijk onderzoek per geval verschillen. De ACM kan in het kader van een onderzoek besluiten tot een bedrijfsbezoek. Volgens het Handboek Meting Regeldrukkosten 2023⁵⁰ moet voor de kostenberekening van zo'n complexe inspectie gerekend worden met een gemiddelde tijdsbesteding van 540 minuten (per medewerker). Gezien de complexiteit zullen waarschijnlijk voornamelijk managers (uurtarief: EUR 77) en hoogopgeleide medewerkers (uurtarief: EUR 54) bij een bedrijfsbezoek betrokken zijn. De betrokken kosten van een bedrijfsbezoek liggen dan per medewerker ongeveer tussen EUR 486–693,–. Voor verhoren en externe vergaderingen liggen die kosten per medewerker mogelijk iets lager, namelijk ongeveer tussen EUR 432–616 per medewerker, uitgaande van een gemiddelde tijdsbesteding van 480 minuten. Ook zal de ACM waar nodig om inlichtingen van poortwachters verzoeken. Hierbij wordt uitgegaan van een gemiddelde tijdsbesteding van 120 minuten (per medewerker), waarbij de kosten per medewerker vermoedelijk ongeveer EUR 108–154 zullen bedragen.

Hieronder in de tabel volgt een zeer ruwe inschatting van de betrokken lasten voor poortwachters naar gelang de aard van de handelingen en de omvang van het onderzoek door de ACM:

⁴⁹ Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, SWD(2020)363 def.

⁵⁰ Handboek Meting Regeldruk 2023, Economische Zaken en Klimaat.

	Eenmalig	Incidenteel	
Aard van de handeling:	Kennisneming van wetsvoorstel/DMA	Kleinschalig onderzoek ACM	Grootschalig onderzoek ACM
(Interne) kosten tijdsbesteding:	Kennisneming complexe materie: € 54–77 per medewerker	Inlichtingen ACM: € 108–154 /medewerker Externe vergadering: € 432–616 / medewerker	Inlichtingen ACM: € 108–154 /medewerker Inspecties/controle ACM: € 486–693 / medewerker Verhoren ACM: € 432–616 / medewerker
Aantal betrokken medewerkers:	3 medewerkers	2 tot 5 medewerkers	10 tot 15 medewerkers
Verwachte kans/frequentie:	Grote kans op eenmalige lasten	Gemiddelde kans per poortwachter: 1/3 jaar	Kleine kans per poortwachter: 1/10 jaar
Betrokken lasten:	€ 162–231 per poortwachter	€ 1.080–3.850 per poortwachter per 3 jaar	€ 10.260–21.945 per poortwachter per 10 jaar

6. Uitvoering

Het wetsvoorstel is op uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid getoetst door de ACM, die in dit wetsvoorstel wordt belast met de nationale ondersteuning van de Commissie bij het toezicht op de verordening. Hieronder wordt ingegaan op de uitkomsten van deze toets en op de verwerking daarvan in het wetsvoorstel en memorie van toelichting.

6.1 Uitvoerings- en handhavingstoets ACM

Bij brief van 29 maart 2023 heeft de ACM aangegeven het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar te achten. De ACM steunt het wetsvoorstel en heeft slechts een enkele inhoudelijke opmerking gemaakt bij het wetsvoorstel en de toelichting daarop. Bij de totstandkoming van de verordening en de voorbereiding van het wetsvoorstel is intensief samengewerkt met de ACM. ACM benoemt ook dat hierdoor hun input goed is meegenomen in het gepubliceerde concept.

De ACM beoordeelt het als positief dat met het wetsvoorstel gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in de verordening om de ACM de bevoegdheid te verlenen om op eigen initiatief een onderzoek in te stellen naar de naleving van de verordening in Nederland. De ACM deelt het belang van een ondersteunende rol voor de nationale toezichthouder bij het toezicht op de verordening. Nationale toezichthouders staan dicht bij de zakelijke gebruikers en eindgebruikers die moeten gaan profiteren van de verordening en zijn daardoor beter benaderbaar indien gebruikers meldingen hebben over het handelen van poortwachters. Volgens de ACM beschikken nationale toezichthouders zoals de ACM over diepgaande kennis van een aantal van de kernplatformdiensten waarop de verordening ziet. Deze kennis is waardevol voor het toezicht op de naleving van de verordening.

In haar toets benadrukt de ACM eveneens tevreden te zijn dat in het wetsvoorstel in grote mate is aangesloten bij reeds bestaande bevoegdheden van haar toezichthouders op grond van de Awb en de Instellingswet. Tegelijkertijd constateert ACM dat in het ter toetsing aangeboden concept niet volledig is aangesloten bij alle bestaande bevoegdheden van de ACM. Het wetsvoorstel kent namelijk niet de bevoegdheid toe aan de ACM om woningen te doorzoeken in het kader van het (ondersteunende) toezicht op de naleving van de verordening. De ACM heeft die bevoegdheid wel op grond van artikel 50 van de Mededingingswet voor het toezicht op de naleving van die wet.

Volgens de ACM is het van belang dat haar onderzoeksbevoegdheden in het kader van de verordening zoveel als mogelijk worden gestroomlijnd met bevoegdheden op grond van andere regelingen. De verordening vormt een aanvulling op het Europese en nationale mededingingsrecht en op de P2B-verordening en de ACM is ook (beoogd) toezichthouder op deze wetten. De ACM constateert dat bij onderzoeken niet altijd vooraf duidelijk zal zijn op basis van welke van deze wettelijke regelingen uiteindelijk een overtreding wordt vastgesteld in het geval daar na onderzoek aanleiding toe is. Omwille van de effectiviteit van haar toezicht op de naleving van de verordening acht de ACM het daarom van belang om bij deze wettelijke regelingen over eensluidende onderzoeksbevoegdheden te beschikken. Volgens de ACM gaat er ook een preventieve werking uit van die bevoegdheden en is het betreden van woningen in de praktijk eerder uitzondering dan regel. Bovendien benadrukt de ACM dat de inzet van haar bevoegdheden altijd een zaakspecifieke afweging vergt en dat zij daarbij ook onderworpen is aan een aantal waarborgen, waaronder een toetsing op proportionaliteit en evenredigheid.

Zoals de ACM terecht opmerkt in haar toets is het binnentreden en doorzoeken van een woning een inmenging in het recht op eerbiediging van privéleven zoals vastgelegd in artikel 8 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en artikel 7 van het Handvest

van de grondrechten van de Europese Unie. De bevoegdheid tot het binnentreden van woningen moet worden onderscheiden van de bevoegdheid tot het doorzoeken van woningen. De bevoegdheid tot het binnentreden van woningen maakt het mogelijk om zonder toestemming van de bewoner woningen te betreden om zakelijke gegevens te kunnen inzien. Daarbij mag niet in gesloten kasten en achter gesloten deuren worden gezocht en moet het onderzoek zich beperken tot zaken die met het blote oog te zien zijn na binnentreden. Deze bevoegdheid komt in het bestuursrecht redelijk veel voor. Bij het doorzoeken van woningen mag de gehele woning doorzocht worden om relevante informatie te verkrijgen. Het recht om een doorzoeking te doen is dus een relatief grotere inbreuk op de rechten van betrokkenen. Deze bevoegdheid komt in het bestuursrecht daarom zelden voor. De ACM heeft deze bevoegdheid tot doorzoeking van woningen dan ook niet op grond van de Instellingswet bij al haar wettelijke toezichtstaken, maar bij uitzondering wel op grond van artikel 50 van de Mededingingswet. De ratio daarbij is dat de ACM ook de bevoegdheid heeft de Europese Commissie te assisteren bij het verrichten van doorzoeken in woningen ter handhaving van de Europese mededingingsregels. Dat is niet het geval bij het toezicht op de verordening door de Commissie. Het betreft een inspectiebevoegdheid waarvoor in het Nederlandse recht voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig is.

Het kabinet acht het van belang dat de bevoegdheden van de ACM in verhouding blijven staan tot de doelstellingen en de geest van de verordening. Het kabinet kiest er in het wetsvoorstel voor om in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening waar mogelijk en passend aan te sluiten bij de bestaande bestuursrechtelijke inspectiebevoegdheden van de ACM in de Awb en Instellingswet. De inspectiebevoegdheid tot het doorzoeken van de woning van betrokkenen is in de bestaande bestuursrechtelijke inspectiebevoegdheden niet opgenomen. In dat kader is relevant dat de verordening als *ex ante* instrument anders van aard is dan het mededingingstoezicht dat voornamelijk *ex post* wordt toegepast. Hoewel in beide gevallen sprake is van handhaving en strenge sanctiëring bij overtredingen, zorgt dit verschil wel voor een andere dynamiek en relatie tussen de toezichthoudende autoriteit en de gereuleerde entiteiten. Hoewel de verordening in zekere zin een aanvulling vormt op het mededingingstoezicht, kan het daar dus niet aan worden gelijkgesteld. Zo kent de verordening ook een andere rechtsgrondslag. Het kabinet acht een uitbreiding van de in het wetsvoorstel opgenomen bevoegdheden naar de mededingingsrechtelijke onderzoeksbevoegdheid tot doorzoeking van woningen als opgenomen in artikel 50 van de Mededingingswet daarom niet passend. Het verzoek van de ACM om volledige aansluiting bij reeds bestaande bevoegdheden wordt dan ook niet opgevolgd, omdat het kabinet de zwaarte van de onderzoeksbevoegdheid tot doorzoeking van woningen niet in verhouding vindt staan tot de bedoeling en aard van de verordening als vorm van regulering in de digitale sector.

6.2 Financiële gevolgen ACM

De ACM heeft in haar uitvoeringstoets opgemerkt dat zij als gevolg van de extra werkzaamheden op jaarbasis structureel extra middelen nodig heeft. Zij verwacht, meer concreet, structureel 7 fte nodig te hebben voor het toezicht, waarmee structureel € 929.000, inclusief extern onderzoek en juridische ondersteuning, zou zijn gemoeid. Het inregelen van voldoende capaciteit is van groot belang om effectief toezicht mogelijk te maken. De ACM krijgt daarom structureel de beschikking over 7 fte (€ 929.000) voor haar ondersteunende onderzoeksbevoegdheden in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening. Dit geld kan worden ingezet voor het behandelen van signalen, het doen van onderzoek en de ondersteuning van de Commissie bij haar onderzoeken naar overtredingen van de verordening.

7. Advies en consultatie

Het wetsvoorstel is in de periode van 13 maart 2023 tot en met 10 april 2023 via internet geconsulteerd. Deze consultatie heeft 9 reacties opgeleverd, waarvan 4 openbaar. Daarnaast is het wetsvoorstel voorgelegd aan het Adviescollege Toetsing Regeldruk (hierna: ATR) en de Raad voor de Rechtspraak (hierna: RvdR).

7.1 Adviescollege toetsing regeldruk

Het ATR heeft, op grond van een toetsingskader, de gevolgen voor de regeldruk beoordeeld. Het dossier is niet geselecteerd voor een formeel advies, omdat het geen omvangrijke gevolgen voor de regeldruk heeft. Het ATR heeft aangegeven dat de beleidskeuzes op nationaal niveau gedegen zijn uitgewerkt voor de gevolgen die er wel zijn.

7.2 Raad voor de rechtspraak

De RvdR heeft geadviseerd het wetsvoorstel op enkele onderdelen te verduidelijken en aan te passen. Hieronder wordt op deze onderdelen ingegaan.

Ten eerste merkt de RvdR op dat in artikel 2, eerste lid, van het wetsvoorstel onvoldoende tot uitdrukking wordt gebracht dat de ACM slechts een ondersteunende rol heeft bij het toezicht op de naleving. Naar aanleiding hiervan is in artikel 2, eerste lid, van het wetsvoorstel een verwijzing opgenomen naar artikel 38, zevende lid, van de digitalemarktenverordening. Tevens is de RvdR van opvatting dat in het wetsvoorstel een voorziening ontbreekt ter uitvoering van de verplichting uit artikel 38, zevende lid, van de verordening dat de ACM de Commissie schriftelijk in kennis stelt voordat zij een eerste formele onderzoeksmaatregel neemt. Een dergelijke voorziening is echter niet nodig, omdat de verordening rechtstreekse werking heeft.

Ten tweede stelt de RvdR de beroepsmogelijkheden aan de orde. De RvdR adviseert om de rechtbank Rotterdam als rechter in eerste aanleg aan te wijzen en het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: het CBB) als hogere beroepsinstantie. Een dergelijke voorziening is enkel relevant wanneer de ACM een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb neemt, waartegen bezwaar en beroep openstaat. Deze situatie zal zich niet snel voordoen, nu de handhaving en sanctionering van overtredingen van de digitalemarktenverordening zijn voorbehouden aan de Commissie. Het advies van de RvdR is echter wel opgevolgd. Bij de toezichtsuitoefening door de ACM kan immers ook sprake zijn van een besluit in de zin van artikel 1:3 van de Awb. Op deze wijze is een goede bevoegdheidsverdeling bij beroepen geborgd.

Ten derde merkt de RvdR terecht op dat artikel 4, tweede lid, van het wetsvoorstel niet nodig is en kan worden geschrapt. In artikel 4, eerste lid, is vastgelegd dat de toezichthoudende ambtenaren van de ACM de nodige bijstand moeten verlenen bij inspecties van de Commissie. Het tweede lid bepaalt dat voor het verlenen van deze bijstand, voor zover de inspectie een doorzoeking omvat, een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris is vereist. Hierin is de systematiek van artikel 89c van de Mededingingswet gevolgd. Zoals de RvdR terecht opmerkt, voorziet dat onderdeel van de Mededingingswet in een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris, omdat daar ook de doorzoeking van woningen aan de orde kan zijn. Op grond van de digitalemarktenverordening is de Commissie echter niet bevoegd om woningen te betreden of te doorzoeken. Nu de bijstand van de ACM geen betrekking heeft op doorzoeken van woningen, is het dus niet nodig om in voorafgaande machtiging door de rechter-commissaris te voorzien. Artikel 4, tweede, derde en vierde lid, van de ter consultatie voorgelegde versie van het wetsvoorstel zijn derhalve geschrapt. Artikel 4, eerste lid, is verplaatst naar artikel 3.

De RvdR verzoekt voorts om in het wetsvoorstel een voorziening te treffen voor de doorzoeking en inbeslagname van stukken die bestemd zijn voor of afkomstig zijn van personen die de bevoegdheid hebben zich te verschonen, zoals opgenomen in artikel 218 van het Wetboek van Strafvordering. Echter, hiervoor geldt dat wanneer bijstand wordt verleend aan de Commissie, de verordening bepaalt onder welke voorwaarden bevoegdheden mogen worden ingezet (zie artikel 23, zevende lid, van de verordening). Dat is anders wanneer zelfstandig toezicht wordt gehouden op de naleving van de verordening. In dat geval worden de bevoegdheden gereguleerd door het nationale recht dat in een dergelijke voorziening wel voorziet (artikel 12g van de Instellingswet).

Tot slot wordt door de RvdR gewezen op de wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In het nieuw voorgestelde artikel 44b, eerste lid, van de ter consultatie voorgelegde versie van het wetsvoorstel is de volgende zin opgenomen: 'De rechter kan daartoe een roldatum bepalen'. De RvdR merkt op dat deze zin onjuist is. Het bepalen van een roldatum dient alleen om gelegenheid te geven schriftelijke stukken in te dienen. De zin is derhalve geschrapt. Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om ook in artikel 44a, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de zin 'De rechter kan daartoe een roldatum bepalen' te laten vervallen.

7.3 Internetconsultatie

7.3.1 Algemene opmerkingen over de verordening en het wetsvoorstel

De algemene inzet van het wetsvoorstel en de aansluiting op bestaande bevoegdheden van de ACM in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening wordt door veel partijen in de markt gesteund, zo volgt uit de reacties op de internetconsultatie. Nationale partijen waaronder Koninklijke Horeca Nederland (hierna: KHN) en Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen (hierna: SOMO) delen het belang van een nationale toezichthouder als laagdrempelig aanspreekpunt voor de verordening en zien ook meerwaarde in zelfstandige onderzoeksbevoegdheden voor die toezichthouder. Verschillende partijen benadrukken daarbij dat het belangrijk is dat de ACM voldoende middelen krijgt om die extra taken op zich te nemen. Zo wijst SOMO erop dat het gegeven de middelen van poortwachters van belang is dat via nationale toezichthouders wordt bijgedragen aan de onderbezette Commissie. Daartegenover staat dat een andere partij het risico heeft benoemd van een versnipperd Europees toezichtslandschap als nationale toezichthouders een te sterke rol krijgen bij het toezicht op de verordening. Zoals verder wordt toegelicht in paragraaf 7.3.3, wordt dit risico echter juist ondervan-

gen door de rol van de Commissie als enige handhaver van de verordening.

Enkele partijen gaan in hun reactie in op de verhouding tussen het mededingingsrecht en de maatregelen die de verordening oplegt. De Computer & Communications Industry Association (hierna: CCIA) benoemt terecht dat de verordening een nieuw *ex ante* reguleringsinstrument betreft dat veeleer een aanvulling op het mededingingsrecht vormt gebaseerd op een afzonderlijke rechtsgrondslag. Volgens CCIA moeten de verplichtingen in de verordening en eventuele toekomstige overtredingen dan ook niet worden gezien als bewijs van een machtspositie, concurrentieverstorend gedrag of enig ander onderdeel van een mededingingsvordering. Feit dat bepaalde praktijken in de verordening als problematisch en onwenselijk worden gezien vanwege de positie van een poortwachter, wil inderdaad niet zeggen dat ook sprake is van misbruik van een economische machtspositie. Tegelijkertijd staan het verbod op misbruik van een economische machtspositie en de verordening niet los van elkaar en beïnvloeden elkaar wel.

CCIA wijst in haar reactie ook op het risico van parallelle handhaving en het belang van rechtszekerheid voor ondernemingen. Voorkomen moet worden, aldus CCIA, dat het monitoren van de naleving van maatregelen in de verordening door nationale toezichthouders zijn doorwerking heeft in nationale handhaving van de mededingingsregels. Deze risico's worden in de verordening grotendeels ondervangen door de uitgebreide regelingen rond informatie-uitwisseling en het primaat van de Commissie bij handhaving en lopende onderzoeken. De vraag of een bepaalde gedraging moet worden beoordeeld naar het mededingingsrecht of aan de verordening wordt getoetst is bovendien afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval en betreft een zaakspecifieke afweging door de toezichthouder.

Een andere partij benadrukt dat het van belang is dat de onderzoeksbevoegdheden van de ACM evenredig zijn aan de doelstellingen en de geest van de verordening. De verordening legt vooraf regels op en is daarom van een andere aard dan het mededingingsrecht, waarbij achteraf wordt gekeken naar gedragingen uit het verleden en eventueel een straf wordt opgelegd. Volgens deze partij zorgt dit voor een andere dynamiek en relatie tussen de toezichthouder en gereguleerde entiteiten, die meer is gericht op samenwerking en dialoog. Volgens de betreffende partij passen sommige onderzoeksbevoegdheden die de ACM op grond van dit wetsvoorstel krijgt niet bij die andere dynamiek en relatie. Verzoek is om die andere dynamiek en relatie in het wetsvoorstel en de toelichting nader te duiden.

Hoewel het juist is dat de verordening een andere wijze van samenwerking vergt van toezichthouder en gereguleerde entiteiten, vindt het kabinet dit niet strijdig met ruimere onderzoeksbevoegdheden voor de ACM. De ACM moet bij het onderzoeken van naleving van regels uit de verordening kunnen beschikken over de benodigde controlebevoegdheden. Van deze bevoegdheden gaat ook een preventieve werking uit. De ACM dient per zaak te bekijken welke bevoegdheden zij inzet en moet deze naar evenredigheid toepassen. Bovendien is bij de voorbereiding van het wetsvoorstel voldoende rekening gehouden met de andere aard van de verordening in vergelijking met het mededingingstoezicht. Zo is ervoor gekozen om de ACM niet de bevoegdheid te geven tot het doorzoeken van woningen die zij wel heeft in het kader van het mededingingstoezicht. Zie hiertoe eveneens de toelichting op de reactie van de ACM onder paragraaf 6.1.

Ten slotte merkt deze partij ook op dat niet uit het oog moet worden verloren dat poortwachters zelf ook afhankelijk kunnen zijn van de kernplatformdiensten van andere potentiële poortwachters. Dat is volgens deze partij bijvoorbeeld het geval in het mobiele ecosysteem, waarbij partijen die applicaties ontwikkelen afhankelijk zijn van partijen die deze applicaties aanbieden voor gebruik op mobiele apparaten. Het kabinet wil in reactie hierop benadrukken dat de verordening geen onderscheid maakt tussen zakelijke gebruikers, waardoor de verplichtingen in de verordening ook van toepassing kunnen zijn op de verhouding tussen poortwachters onderling. Het kabinet acht het aan de Commissie als toezichthouder om te bepalen hoe zij haar toezicht op de verordening inricht en daarmee ook op welke manier de Commissie zicht houdt op bovenstaande situatie.

7.3.2 Reikwijdte onderzoek ACM

In een aantal reacties wordt ingegaan op de inkadering van het onderzoek van de ACM naar kernplatformdiensten van poortwachters. Partijen geven aan dat onduidelijk is wanneer de ACM een onderzoek mag instellen naar vermeende gedragingen van poortwachters die in strijd zouden zijn met de verordening.

Zo vraagt KHN zich af welke mogelijkheden de ACM heeft om onderzoek te doen wanneer een poortwachter zich in een andere lidstaat niet aan de regels houdt. De ACM kan zelf bepalen wanneer zij voldoende aanleiding ziet om tot het instellen van een onderzoek over te gaan. Daarvoor is niet vereist dat eerst nationale signalen zijn ontvangen over soortgelijke gedragingen in Nederland.

Uiteraard kan de ACM dergelijke signalen of meldingen wel gebruiken in haar prioritering. Goede informatie-uitwisseling tussen verschillende bevoegde autoriteiten speelt hierbij een belangrijke rol. Informatie over onderzoeken van de Commissie en bevoegde autoriteiten in andere lidstaten wordt met de ACM gedeeld via het Europees Mededingingsnetwerk (ECN). Ook voorziet de verordening in de oprichting van een raadgevend comité digitale markten en een groep op hoog niveau, waarin informatie over toezicht en handhaving zal worden gedeeld.

Een partij meent dat uit paragraaf 4.2.2 van de toelichting volgt dat het onderzoek van de ACM zich moet beperken tot kernplatformdiensten die door poortwachters worden verleend aan gebruikers met een vestigingsplaats in Nederland. Volgens deze partij vallen daarmee zakelijke gebruikers die niet in Nederland zijn gevestigd, maar wel aan Nederlandse eindgebruikers diensten verlenen buiten de reikwijdte van de onderzoeksbevoegdheden van de ACM. Het kabinet is het hier niet mee eens. Bepalend is immers of een poortwachter kernplatformdiensten verleent of aanbiedt aan zakelijke gebruikers die in Nederland zijn gevestigd, dan wel aan eindgebruikers die in Nederland zijn gevestigd of zich daar bevinden. Als één van beide het geval is, kan de ACM onderzoek instellen naar de naleving van de verordening. Het gaat er dus om of een partij actief is in Nederland en om de inzet van bevoegdheden door de ACM op Nederlands grondgebied. Bij de verlening of aanbidding van kernplatformdiensten aan eindgebruikers die in Nederland zijn gevestigd of zich daar bevinden, is derhalve niet relevant of dat via een zakelijke gebruiker gebeurt en waar deze laatste is gevestigd.

Ten slotte benadrukt CCIA terecht dat artikel 38, zevende lid, van de verordening nationale toezicht-houders zoals de ACM niet de bevoegdheid geeft om besluiten te nemen over de naleving van de verordening door poortwachters. De Commissie is immers de enige handhaver van de verordening. Om die reden verzoekt CCIA om erop toe te zien en ervoor te zorgen dat deze bepaling in acht wordt genomen om zo versnippering van de Europese interne markt te voorkomen en de doelstellingen van de verordening te borgen. Het kabinet onderschrijft deze opmerking van CCIA over de reikwijdte van de bevoegdheden van de ACM.

De bevoegdheden op grond van dit wetsvoorstel zien uitsluitend op het ondersteunen van de Europese Commissie als enige handhaver van de verordening. De ACM krijgt in het wetsvoorstel daarom ook niet de bevoegdheid om te besluiten over handhaving of/ en bijbehorende sancties te nemen. De ACM kan alleen besluiten om een zaak al dan niet door te zetten naar de Commissie.

7.3.3 Samenwerking met de Commissie

Verschillende partijen zijn in hun reactie ingegaan op de wijze van samenwerking tussen de ACM en de Commissie.

Bits of Freedom geeft in haar reactie aan dat de ACM haar ondersteunende taak niet moet onderschatten. De ACM zou de Commissie proactief moeten informeren en aansporen tot het actief plegen van interventies. Dit punt is terecht. Het is van belang dat de ACM haar ondersteunende taak in het toezicht op de verordening op een goede manier kan uitvoeren. Daarbij is voldoende capaciteit (fte) vrijgemaakt om de ACM deze rol toe te kunnen delen. Daarnaast gaat handhaving plaatsvinden in joint teams waarbij de ACM samenwerkt met de Commissie. Hierbij heeft de ACM voldoende ruimte om haar visie op interventies door de Commissie en de prioritering hierin te delen.

Een andere partij geeft aan dat nationale toezichthouders zoveel mogelijk naar de Commissie zouden moeten verwijzen, zodat een geharmoniseerde en consistente aanpak bereikt kan worden in de gehele EU. De verordening voorziet hierin door de Commissie als centrale toezichthouder en handhaver aan te wijzen. Deze systematiek voorkomt fragmentatie in het toezicht. Ook kan de Commissie op grond van artikel 37, tweede lid, van de verordening de nationale toezichthouders raadplegen over alle aangelegenheden die betrekking hebben op de toepassing van de verordening.

SOMO is van mening dat de ACM voorgenomen fusies van poortwachters die haar bekend zijn via de Commissie, grondig moet doornemen en moet verwijzen naar de Commissie op grond van artikel 22 van de Concentratieverordening⁵¹. SOMO stelt dat hierbij ook andere overwegingen meegenomen moeten worden, zoals de impact op arbeid en privacy. Het proces dient open en transparant te zijn. Deze lijn kan het kabinet niet volgen. Immers, de ACM maakt een afweging voordat wordt besloten om een fusie te verwijzen voor verder onderzoek door de Commissie. In deze afweging neemt de ACM verschillende factoren mee om de mededingingsrechtelijke gevolgen te bepalen. In hoeverre daarin ruimte is voor andere factoren dan de reguliere parameters (zoals prijs, productdifferentiatie, innovatie e.d.), hangt af van de wijze waarop de ACM de ruimte invult die hiervoor wordt geboden door de

⁵¹ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de 'EG-concentratieverordening'), Pb. L 024.

Europese regelgeving bij artikel 22 van de Concentratieverordening. Deze invulling ligt buiten de reikwijdte van de Verordening (EU) 2022/1925.

CCIA kaart een drietal punten aan die betrekking hebben op de samenwerking tussen Commissie en nationale toezichthouders. Allereerst roept CCIA de Nederlandse overheid op om de Commissie te verzoeken gebruik te maken van de mogelijkheid in artikel 47 van de verordening om thematische richtsnoeren vast te stellen. Deze partij geeft aan dat uit deze richtsnoeren duidelijk moet worden welke factoren worden meegenomen bij het toewijzen van zaken. CCIA kaart dit terecht aan. Het is inderdaad belangrijk dat het voor poortwachters duidelijk wordt hoe per kernplatformdienst voldaan moet worden aan de verplichtingen uit de verordening. Dit kan bijvoorbeeld middels genoemde richtsnoeren uit artikel 47 van de verordening. Aangezien in de verordening sprake is van *ex ante* nalegingsvereisten wordt in een vroeg stadium gesproken tussen de Commissie en poortwachters over de invulling van die verplichtingen. Via verschillende wegen (raadgevend comité digitale markten, European Competition Network en de groep op hoog niveau) kan voorts worden gesproken over de concrete invulling van de verplichtingen uit de verordening.

Volgens CCIA moet worden voorkomen dat een nationale toezichthouder een mededingingsrechtelijke zaak simultaan start als de Commissie op grond van de verordening al optreedt tegen dezelfde gedraging van de poortwachter. Dit is een terecht punt. Artikel 38, eerste, tweede en derde lid, van de verordening zien op informatie-uitwisselingen tussen de Commissie en lidstaten in dergelijke gevallen. De Commissie en nationale toezichthouders informeren elkaar via het Europees mededingingsnetwerk (ECN) over hun handhavingsmaatregelen. Met deze coördinatie wordt het waarborgen van het *ne bis in idem* beginsel nagestreefd.

CCIA geeft eveneens aan dat nationale toezichthouders ontwikkelingen binnen de nationale rechtspraak moeten monitoren en de Commissie hierover dienen te informeren. Het kabinet vindt dit niet opportuun. Immers, op grond van artikel 39, tweede lid, van de verordening hebben nationale rechterlijke instanties al de verplichting om schriftelijke uitspraken die zien op de toepassing van de verordening te verzenden aan de Commissie. Uiteraard neemt de ACM wel kennis van ontwikkelingen van civiele rechtsvorderingen bij de nationale rechter bij potentiële onrechtmatige gedragingen van poortwachters. Deze kennis kan meegenomen worden in het assisteren van de Commissie op grond van de verordening.

Tot slot geldt dat één van de reagerende partijen adviseert om op korte termijn door de Commissie en nationale toezichthouders een mededeling op te laten stellen over geheimhouding bij informatieverstrekking en -uitwisseling. Het kabinet zal dit punt meenemen in toekomstige besprekingen binnen het raadgevend comité digitale markten.

7.3.4 Procedurele opmerkingen over werkwijze ACM

In de reacties op de consultatie zijn partijen ingegaan op aspecten die zien op de bedrijfsvoering en werkwijze van de ACM bij de opvolging van signalen en het vervolgproces hierbij. Partijen noemen verder ook het belang van heldere, duidelijke en voorspelbare procedures voor het melden van overtredingen of het indienen van een klacht over vermeende overtredingen van de verordening.

Zo kaarten SOMO en enkele andere partijen aan dat in paragraaf 4.2.1. van de memorie van toelichting wordt benoemd dat zakelijke en eindgebruikers de mogelijkheid hebben om klachten (over gedragingen van poortwachters onder de verordening) in te dienen bij en informatie te delen met de ACM. Dit zou nauwer zijn dan de reikwijdte van artikel 27 van de verordening, dat spreekt van 'derden'. Daarnaast vinden zij dat de ACM deze derden op de hoogte moet houden van ontwikkelingen met betrekking tot hun klacht.

Voor wat betreft dit eerste punt van SOMO geldt dat het begrip 'derden' breed is en naast zakelijke en eindgebruikers, onder meer consumentenorganisaties, niet-gouvernementele organisaties en onderzoeksinstellingen kan omvatten. In de onderdelen van deze toelichting waar wordt gesproken over de mogelijkheid tot het melden van signalen bij de ACM zou volgens SOMO ook vermeld moeten worden dat derde partijen de mogelijkheid hebben om bepaalde zaken te signaleren bij de ACM. De toelichting is naar aanleiding van de reactie aangepast. Tegelijkertijd is de ACM niet gebonden om op iedere signaal te acteren en te vermelden wat daarmee is gedaan. Als onafhankelijk toezichthouder bepaalt zij zelf haar prioritering en welke signalen kansrijk genoeg zijn om op te pakken. Dit geldt ook met betrekking tot de manier waarop zij een meldende partij hiervan op de hoogte houdt.

In haar reactie gaat SOMO eveneens in op de relatie tussen artikel 27 van de verordening en het wetsvoorstel. Het geconsulteerde wetsvoorstel en de toelichting bevatten naar haar mening geen methode waarmee derde partijen (zoals non-profit instellingen, onderzoeksinstellingen, academici en media) toegang hebben tot informatie. De verordening zou volgens SOMO moeten aansluiten bij

Verordening (EG) 1049/2001⁵² waarin de openbaarheid van (Europese) stukken wordt geregeld. Artikel 27 van de verordening biedt de ruimte voor derde partijen om nationale toezichthouders en de Commissie te informeren over praktijken of gedragingen van poortwachters onder de verordening. Uit ervaring is gebleken dat informatie van derden waardevol kan zijn voor toezichthouders. Echter, er is geen rol weggelegd voor deze partijen in het toezicht op de verordening (anders dan het afgeven van signalen). Het is dan ook niet logisch om alle informatie en/of documenten waarover de toezichthouders beschikken te openbaren voor deze derde partijen. Vanuit het belang van een onderzoek of de gevoeligheid van een specifiek document voor een onderneming kan het eveneens onwenselijk zijn als deze gegevens wel gedeeld zouden worden. Hoewel Verordening (EG) 1049/2001 van toepassing is op onderzoeken door de Commissie onder de verordening, wordt het handelen van de ACM specifiek ingekaderd door regels over geheimhouding en openbaarmaking in artikel 7 en 12w van de Instellingswet ACM en de Nederlandse Wet open overheid⁵³.

Een andere partij gaat eveneens in op de praktische uitvoering van de in artikel 27 van de verordening genoemde procedure voor het melden van signalen door derde partijen. Deze partij benoemt bijvoorbeeld het belang van de bescherming van de identiteit van meldende partijen, het prioriteringsbeleid van de ACM, de toepassing hiervan op het toezicht op de naleving van de verordening en de afdeling binnen de ACM die bevoegdheden uit het wetsvoorstel krijgt. Als reactie hierop geldt dat artikel 27 van de verordening duidelijk aangeeft dat de Commissie en nationale toezichthouders een volledige discretionaire bevoegdheid hebben voor de keuze van passende maatregelen naar aanleiding van informatie van derden. Daarnaast zijn zij niet verplicht deze informatie in hun overwegingen mee te nemen. De ACM vult deze ruimte in met interne protocollen die reeds vaststaan en die eveneens onverkort van toepassing zijn op het toezicht op de verordening. Daarnaast geldt dat klachten en signalen die binnenkomen bij de ACM intern worden doorgeleid naar de juiste afdeling.

In haar reactie gaat SOMO in op paragraaf 4.2.4. uit de memorie van toelichting waarin staat dat de ACM op grond van art. 5:17 van de Awb bevoegd is om inzage te vorderen in zakelijke gegevens en bescheiden. Het is volgens deze partij belangrijk om dit in lijn te brengen met de bevoegdheden uit de verordening waarin wordt gesproken over 'toegang tot data, IT-systemen, algoritmen, testinformatie en toelichtingen met betrekking tot de werkwijze hiervan'. Als reactie hierop geldt dat in artikel 5:17 van de Awb bewust is gekozen voor een algemene formulering. Aanpassing aan de verordening is derhalve niet wenselijk en daarbij ook niet nodig. Op grond van artikel 5:17 van de Awb kan de ACM hetzelfde als de Commissie op grond van de verordening.

Voorts geeft SOMO aan dat de ACM openbare workshops kan organiseren om de implementatie van de verordening op een nationaal niveau te bespreken. Het kabinet is eveneens van mening dat het organiseren van dergelijke workshops een goede manier kan zijn om aan het 'veld' te laten zien wat op hoofdlijnen de laatste ontwikkelingen zijn op het gebied van implementatie van de verordening. De ACM dient als onafhankelijk toezichthouder te bepalen of zij de toegevoegde waarde hiervan ziet bij de uitvoering van de verordening en het wetsvoorstel.

De ACM zou volgens SOMO bovendien een gedetailleerde samenvatting van haar onderzoeken toegankelijk dienen te maken. Een algemeen uitgangspunt van de ACM in de Werkwijze Openbaarmaking ACM is streven naar zoveel mogelijk openheid bij de uitvoering van haar wettelijke taken. Tegelijkertijd kan het zijn dat bepaalde informatie niet passend is om te openbaren gegeven de gevoeligheid hiervan voor de aan toezicht onderworpen onderneming. Dit sluit aan bij de reactie van CCIA waarin zij aangeeft dat de informatie die wordt verkregen door de ACM in een nationaal onderzoek naar gedragingen door een poortwachter vertrouwelijk moet blijven en de onderzoeksresultaten niet gepubliceerd moeten worden. De ACM dient op grond van de Instellingswet ACM de gevoeligheid van openbaarmaking te bepalen en op basis hiervan te besluiten of zij een gedetailleerde samenvatting van het onderzoek publiceert.

CCIA maakt in haar reactie ook andere procedurele opmerkingen over de werkwijze van de ACM. Artikel 38, zevende lid, van de verordening geeft de nationale mededingingsautoriteiten van lidstaten de bevoegdheid om onderzoek uit te voeren naar gedragingen van een poortwachter en de resultaten te delen met de Commissie. CCIA kaart aan dat de verordening nationale mededingingsautoriteiten niet de bevoegdheid geeft om beslissingen te nemen in dergelijke gevallen. Dit is een terecht punt. In het wetsvoorstel wordt de ACM geen bevoegdheid gegeven om zelfstandig beslissingen te nemen en hier eventueel sancties aan te koppelen. De nieuwe bevoegdheden zien uitsluitend op het assisteren van de Commissie als enige handhaver van de verordening.

⁵² Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie (PbEU 2001, L 145).

⁵³ Wet open overheid (Stb. 2022, 14).

Bovendien benoemt CCIA dat alle handhavingsmaatregelen, met inbegrip van onderzoeken naar niet-naleving op nationaal niveau, in overeenstemming moeten zijn met het evenredigheidsbeginsel. Dit zou volgens CCIA onder meer moeten gebeuren door rekening te houden met de nalevingsinspanningen van ondernemingen die als poortwachters zijn aangewezen, en met de kenmerken van hun producten en diensten. Deze opmerking is terecht. Het kabinet deelt dat handhavingsmaatregelen, en ook onderzoeken naar niet-naleving op nationaal niveau, in lijn dienen te zijn met het principe van proportionaliteit. De ACM is gebonden aan de verplichting dat onderzoeksbevoegdheden en handhavingsmaatregelen evenredig moeten worden ingezet.

7.3.5 Specifieke opmerkingen over de verordening

In de reacties op de consultatie zijn partijen eveneens ingegaan op specifieke praktijken van bepaalde marktpartijen die onder de verordening aangemerkt zouden moeten worden als overtreding. Het is goed dat deze partijen al in een vroeg stadium mogelijke overtredingen signaleren. Echter, deze casusspecifieke signalen dienen gericht te worden tot toezichthouders. Op basis van zulke signalen kunnen zij vervolgstappen in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening bepalen.

Volgens Bits of Freedom zijn de artikelen 5 tot en met 7 van de verordening vatbaar voor doeltreffende omzeiling door poortwachters. Zo schetst Bits of Freedom een situatie waarbij poortwachters de interoperabiliteitseis voor hun berichtenapplicaties met concurrerende diensten ineffectief zouden kunnen inzetten. Bijvoorbeeld door alleen trage, onwerkbare of slecht gedocumenteerde API's aan te bieden, en door hun ontwerpen zo vaak te wijzigen dat kleinere concurrenten moeite hebben om bij te blijven. Ook benadrukt zij dat de Commissie moet zorgen voor een zeer nauwe definitie van de integriteitsvrijstelling in artikel 6, vierde lid, van de verordening dat ziet op appstores. Dit om te voorkomen dat deze bepaling in de praktijk irrelevant wordt. Het kabinet vindt het belangrijk dat de verplichtingen uit de verordening door poortwachters ook daadwerkelijk effectief worden uitgevoerd. De Commissie kan uit eigen beweging in dialoog gaan en/of maatregelen voorschrijven om de verplichtingen in de verordening nader in te vullen. Daarnaast gaat artikel 13 van de verordening ontduijing van bepalingen uit de verordening tegen. Zo geeft het vierde lid van dit artikel aan dat poortwachters geen gedrag moeten vertonen dat de naleving van de verplichtingen uit de verordening ondermijnt. Eerder in de memorie van toelichting (paragraaf 3.5.3) is aangekaart dat boeten opgelegd kunnen worden aan poortwachters bij niet-naleving van de verplichtingen. Daarbij geldt dat artikel 23, derde lid, van de verordening de Commissie de mogelijkheid biedt om onafhankelijke auditoren aan te stellen om de Commissie bij te staan bij het toezicht op de verplichtingen en maatregelen. Hiermee kan de Commissie specifieke kennis meekrijgen op dit technisch vlak.

7.3.6 Overige opmerkingen

Verschillende partijen benoemen in hun reactie nog een aantal overige punten in het kader van het wetsvoorstel en de verordening, die niet bij een van bovengenoemde categorieën passen. Zo wijst een partij op het belang van een eerlijk speelveld bij de gelijke toepassing van appstore regels voor grotere en kleinere bedrijven. Volgens deze partij zouden grotere bedrijven speciale voorwaarden voor het gebruik van de appstore willen bedingen. Voor dergelijke opmerkingen geldt dat de regels in de verordening zich specifiek richten op de kernplatformdiensten van poortwachters en dat de effectieve uitwerking daarvan niet gebonden is aan de omvang van de gebruiker van die betreffende dienst.

Volgens een reactie zou artikel 12i van de Instellingswet in het wetsvoorstel moeten worden uitgesloten bij de uitvoering van het toezicht op de naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening. Dit om onduidelijkheid over de reikwijdte van de medewerkingsplicht bij de inzet van toezichtsbevoegdheden te voorkomen. Artikel 12i van de Instellingswet regelt in aanvulling op artikel 5:10a Awb dat het zogenoemde 'zwijgrecht' en de 'cautieplicht' voor alle bij een marktorganisatie werkzame personen geldt in het geval van verhoor.⁵⁴ In artikel 5:10a Awb is bepaald dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen af te leggen. Dit wordt ook wel het 'zwijgrecht' genoemd. Volgens de betreffende partij kan de ACM in tegenstelling tot de Commissie, in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening geen bestraffende sanctie opleggen bij overtreding van de verordening. Dit is echter niet geheel juist, nu de ACM bij niet-medewerking kan besluiten tot het opleggen van een sanctie. Een inperking van de uitzondering op de medewerkingsplicht bij onderzoeken wordt door het kabinet niet evenredig geacht. Dit zou de onderzochte onderneming een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht ontnemen. Aan de uitzondering op de medewerkingsplicht wordt door de ACM bovendien organisatiebreed toepassing gegeven, wat eenduidigheid van procedures en duidelijkheid voor de marktorganisaties in kwestie waarborgt. Bij de keuze voor eenduidige stroomlijning ligt een teruggang in rechtswaarborgen daarom ook niet voor de hand.

⁵⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33 622, 3, p. 10 en 51–52

Ten slotte gaat KHN in haar reactie ook specifiek in op het verbod op brede- en smalle pariteit als opgenomen in artikel 5 van de verordening. Met brede- en smalle pariteit wordt bedoeld op de situatie dat het gebruikers van kernplatformdiensten door poortwachters wordt verboden om lagere prijzen of andere voorwaarden op hun eigen website of andere platforms te hanteren. Dergelijke pariteitsclausules zijn strijdig met de verordening. KHN meent dat de reikwijdte van het verbod op pariteitsclausules in de verordening te beperkt is om een goede marktwerking te borgen. Volgens KHN moet daarom worden nagedacht over een verbod op pariteitsclausules in nationale wetgeving als aanvulling op de bepalingen in de verordening. Omdat voorliggend wetsvoorstel enkel strekt tot uitvoering van de verordening en tot bevoegdheidsverlening aan de nationale toezichthouder, ligt een dergelijk aanvullend nationaal verbod op pariteitsclausules echter buiten de reikwijdte van dit wetsvoorstel.

II. Artikelsgewijze toelichting

Artikel 1

Dit voorgestelde artikel bevat de begripsbepalingen van de 'Autoriteit Consument en Markt' en 'verordening 2022/1925'. Deze begrippen spreken voor zich en behoeven geen nadere toelichting.

Artikel 2

Eerste lid

In dit lid wordt de ACM aangewezen als de bevoegde autoriteit, bedoeld in artikel 38, zevende lid, van de verordening en belast met het toezicht op de naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening. Zie voor een toelichting hierop nader paragraaf 4.2 van het algemene deel van deze memorie van toelichting.

Er is voor gekozen om het in het nationale recht gebruikelijke begrip 'toezicht op de naleving' te gebruiken en niet het in artikel 38, zevende lid, van de verordening gebruikte begrip 'onderzoek naar mogelijke niet-naleving'. Zoals is toegelicht in paragraaf 4.2.3 van deze memorie van toelichting, hebben deze begrippen dezelfde betekenis. Voor het gebruik van het begrip 'toezicht op de naleving' is gekozen omdat andere termen dan 'toezicht op de naleving' dienen te worden vermeden om verwarring te voorkomen over de reikwijdte van de wettelijke bepaling waarin deze begrippen worden gebruikt.⁵⁵

De betekenis van het begrip 'toezicht op de naleving' moet voorts onderscheiden worden van het begrip 'toezicht op verplichtingen en maatregelen', gebruikt in de titel van artikel 26 van de verordening. Dat begrip heeft een autonome betekenis en ziet specifiek op de maatregelen die de Commissie kan nemen met het oog op de naleving van de verordening, waaronder het opleggen van een plicht voor poortwachters om documenten te bewaren.

In dit lid is tot slot bepaald dat het toezicht door de ACM zich uitstrekt tot de naleving van de verordening 'in Nederland'. Hiermee wordt aangesloten bij de formulering in artikel 38, zevende lid, van de verordening dat het gaat om onderzoek naar mogelijke niet-naleving door een bevoegde autoriteit van een lidstaat 'op haar grondgebied'. Zie nader paragraaf 4.2.2 van deze memorie van toelichting over de reikwijdte van het onderzoek.

Tweede lid

Zoals toegelicht in paragraaf 4.2.4 van het algemene deel van deze memorie van toelichting, zijn alle bevoegdheden met betrekking tot het opleggen van maatregelen en sancties in verband met de (niet-) naleving van deze verordening voorbehouden aan de Commissie. Om die reden wordt in het voorgestelde tweede lid van artikel 2 een aantal bevoegdheden uit de Instellingswet buiten toepassing verklaard. Het gaat om de bevoegdheden van de ACM inzake het bindend maken van toezeggingen (artikel 12h van de Instellingswet) en het opleggen van een bindende aanwijzing (artikel 12j van de Instellingswet). De ACM is voorts op grond van dit wetsvoorstel niet bevoegd om een zelfstandige last op te leggen aan een poortwachter en hoeft derhalve ook niet over de bevoegdheid te beschikken om een bestuurlijke boete op te leggen bij de overtreding van een dergelijke last (artikel 12m, eerste lid, aanhef en onderdeel b, en tweede lid, van de Instellingswet).

Derde lid

Op grond van dit voorgestelde lid is de ACM bevoegd om de taken en bevoegdheden uit te voeren die

⁵⁵ Zie aanwijzing 5.35 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.



bij of krachtens de verordening zijn toegekend aan de nationale bevoegde autoriteit van de lidstaat die de regels, bedoeld in artikel 1, zesde lid, van de verordening handhaaft. Deze taken en bevoegdheden zijn toegelicht in paragraaf 4.3.4 van deze memorie van toelichting. Met de bewoording 'krachtens de verordening' wordt rekening gehouden met de mogelijkheid dat er in de door de Commissie vast te stellen uitvoeringsverordeningen taken of bevoegdheden bij deze autoriteiten worden belegd.

Artikel 3

Eerste lid

In het voorgestelde eerste lid van artikel 3 worden de ambtenaren van de ACM belast met de bijstand bij inspecties bij ondernemingen door de Commissie. Deze bepalingen zijn toegelicht in paragraaf 4.3.3 van deze memorie van toelichting.

Tweede lid

De functionarissen van de Commissie hebben op grond van interne regels van de Commissie een legitimatieplicht. Er is echter niet voorzien in een legitimatieplicht voor de nationale ambtenaren die bijstand verlenen. In artikel 5:12 van de Awb is bepaald dat toezichthouders bij de uitoefening van hun taak een legitimatiebewijs bij zich dienen te dragen, dat is uitgegeven door het desbetreffende bestuursorgaan. Omdat de bepalingen inzake het toezicht op de naleving van de Awb niet van toepassing zijn in het geval de ambtenaren van de ACM bijstand verlenen aan de Commissie, wordt artikel 5:12 van de Awb van overeenkomstige toepassing verklaard in onderhavig tweede lid.

Derde lid

In het voorgestelde derde lid van artikel 3 worden de ambtenaren van de ACM belast met de bijstand bij inspecties door de Commissie, in het geval de onderneming in kwestie zich tegen de inspectie verzet. De verleende bijstand moet de Commissie in staat stellen om alsnog de inspectie uit te voeren. De ambtenaren van de ACM zijn daarbij bevoegd om zo nodig de hulp van de sterke arm in te roepen. Het begrip 'sterke arm' omvat de ambtenaren van politie die zijn aangesteld voor de uitvoering van de politietaken (zie artikel 2, onderdelen a, c en d, van de Politiewet 2012), alsmede militairen van de Koninklijke marechaussee voor zover deze politietaken uitvoeren (zie artikel 4, eerste lid, van de Politiewet 2012). Het gebruik van dit begrip wordt voorgeschreven bij het regelen van de mogelijkheid om bij de uitoefening van een bevoegdheid de assistentie van de politie in te roepen.⁵⁶

Artikel 4

In de artikelen 7 en 11 van bijlage 2 bij de Algemene wet bestuursrecht wordt geregeld tegen welke besluiten (hoger) beroep kan worden ingesteld bij de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven. Omdat de rechtbank Rotterdam en het College van Beroep voor het bedrijfsleven voor de besluiten van de ACM op grond van de Mededingingswet, de gebruikelijke beroepsinstanties zijn, wordt daarbij aangesloten. Dit wetsvoorstel en de digitalemarktenverordening worden daarom aan de genoemde artikelen van bijlage 2 bij de Awb toegevoegd.

Artikel 5

Eerste lid

Uit artikel 39, tweede lid, van de verordening volgt dat de lidstaten een afschrift van alle schriftelijke uitspraken van nationale rechterlijke instanties met betrekking tot de toepassing van de verordening aan de Commissie dienen te zenden, onverwijld nadat de volledige schriftelijke uitspraak aan de partijen ter kennis is gebracht. Het gaat daarbij om gerechtelijke procedures bij de civiele rechter waarin de toepassing van de verordening aan de orde is. Hierop is nader ingegaan in paragraaf 3.6.3 van deze memorie van toelichting.

In het voorgestelde nieuwe negende lid van artikel 29 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt de griffier aangewezen als degene die de afschriften van vonnissen, arresten en beschikkingen verstrekt. De verstrekking van afschriften door gerechten die onder de Raad voor de rechtspraak ressorteren, geschiedt door tussenkomst van de Raad voor de rechtspraak. De griffier van de Hoge Raad voorziet in verstrekking van afschriften van arresten en beschikkingen van de Hoge Raad zonder de tussenkomst van de Raad voor de rechtspraak.

⁵⁶ Zie aanwijzing 5.39 van de Aanwijzingen voor de regelgeving.

Afschriften van tussenbeslissingen kunnen tegelijk met afschriften van eindvonnissen worden verzonden. Het gaat daarbij niet om tussenbeslissingen die slechts dienen ter instructie van de procedure, omdat deze beslissingen geen betrekking hebben op de toepassing van de verordening. Voorts wordt erin voorzien dat ter bescherming van zwaarwegende belangen van anderen, waaronder die van partijen, de griffier kan volstaan met de verstrekking van een geanonimiseerd afschrift van het vonnis, het arrest of de beschikking.

Tweede lid

In artikel 44a, eerste lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is bepaald 'De rechter kan daartoe een roldatum' bepalen. De RvdR wijst er in zijn advies terecht op dat deze zin onjuist is ('Deze fout is overgenomen uit artikel 44a'). Van de gelegenheid is derhalve gebruik gemaakt om genoemde zin te laten vervallen.

Derde lid

Artikel 39, derde lid, van de verordening bepaalt dat de Commissie uit eigener beweging schriftelijke opmerkingen kan indienen en, met toestemming van de rechter, mondelinge opmerkingen kan maken bij nationale rechterlijke instanties, 'indien de coherente toepassing van de verordening dat vereist'. In het eerste lid van het voorgestelde artikel 44b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt geregeld hoe de Commissie in een Nederlandse civiele procedure uitvoering kan geven aan artikel 39, derde lid, van de verordening. Zij dient daartoe de wens te kennen geven, waarop de rechter haar een termijn zal stellen voor het maken van haar opmerkingen als niet-partij.

De rechter dient de wens van de Commissie om opmerkingen te maken steeds te honoreren, met dien verstande dat de rechter de termijnen bepaalt en in het algemeen toeziet op het verloop van de procedure en op het voorkomen van vertraging (zie ook de artikelen 20 en 279 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Voor het maken van mondelinge opmerkingen kan de rechter de Commissie tijdens de mondelinge behandeling gelegenheid bieden. Hij hoeft hiervoor niet een afzonderlijke zitting te houden.

Ingevolge artikel 39, vierde lid, van de verordening kan de Commissie, enkel met het oog op de formulering van haar opmerkingen, de betrokken rechterlijke instantie verzoeken haar alle voor de beoordeling van de zaak noodzakelijke stukken toe te zenden of te laten toezenden. In het tweede lid van het voorgestelde artikel 44b van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt erin voorzien dat de rechter deze stukken op verzoek verstrekt. Partijen kunnen zich binnen een door de rechter te bepalen termijn over de te verstrekken stukken uitlaten.

In verband met het beginsel van hoor en wederhoor moeten partijen kennis kunnen nemen van en kunnen reageren op de opmerkingen van de Commissie. In het voorgestelde artikel 44b, derde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering wordt hierin voorzien. De rechter bepaalt de wijze waarop en de termijnen waarbinnen partijen mogen reageren. Zo nodig kunnen partijen op elkaars commentaar reageren (artikel 19 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering). Partijen kunnen aangeven door de Commissie gehoord te willen worden tijdens de voorbereiding van de opmerkingen. De rechter kan de Commissie er in zo'n geval op wijzen dat het hem verstandig lijkt beide partijen te horen voordat de opmerkingen worden ingediend of voorgedragen.

Vierde lid

In artikel 39, eerste lid, van de verordening is voorzien in de mogelijkheid dat de rechter de Commissie om informatie of advies vraagt met betrekking tot de toepassing van de verordening. De voorgestelde wijziging van het eerste lid van artikel 67 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering houdt in dat de rechter aan partijen schriftelijk opgave doet van de te stellen vragen en de te verzenden stukken, wanneer hij de Commissie in dit kader om informatie of advies heeft verzocht.

Partijen kunnen over het verzoek van de rechter de opmerkingen maken die zij dienstig achten. Wanneer partijen willen voorkomen dat de Commissie bepaalde vertrouwelijke gegevens verstrekt of anderszins hun visie op de te stellen vragen of de te verzenden stukken willen geven, kunnen zij hierover schriftelijk hun mening geven. Dit volgt uit het tweede lid van artikel 67 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat ongewijzigd is gebleven. In het derde lid van artikel 67 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is geregeld dat de rechter de inhoud van het verzoek bij tussenbeslissing vaststelt. Ook kunnen partijen geen rechtsmiddel instellen tegen de vaststelling van de inhoud van het verzoek tot verkrijging van inlichtingen of advies (artikel 67, vierde lid, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,



Bijlage. Transponeringstabel

Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad 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 (digitaalemarktenverordening), (PbEU 2022, L 265)

Bepaling verordening	Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 1 (Onderwerp en toepassingsgebied)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 2 (Definities)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 3 (Aanwijzing van poortwachters)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 4 (Evaluatie van de status van poortwachter)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 5 (Verplichtingen voor poortwachters)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 6 (Verplichtingen voor poortwachters die nader kunnen worden gespecificeerd uit hoofde van artikel 8)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 7 (Verplichting voor poortwachters inzake interoperabiliteit van nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 8 (Naleving van verplichtingen voor poortwachters)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 9 (Schorsing)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 10 (Vrijstelling om redenen inzake de volksgezondheid en de openbare veiligheid)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 11 (Verslaglegging)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 12 (Actualisering van de verplichtingen voor poortwachters)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 13 (Bestrijding van ontduiking)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 14 (Informatieplicht inzake concentraties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 15 (Auditverplichting)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 16 (Inleiding van een marktonderzoek)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.3.4 van deze MvT	Geen	
Artikel 17 (Marktonderzoek voor de aanwijzing van poortwachters)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 18 (Marktonderzoek naar systematische niet-naleving)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 19 (Marktonderzoek naar nieuwe diensten en nieuwe praktijken)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 20 (Inleiding van de procedure)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 21 (Verzoeken om inlichtingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.3.2 van deze MvT	Geen	
Artikel 22 (Bevoegdheid tot het horen en het afnemen van verklaringen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.3.4 van deze MvT	Geen	

Bepaling verordening	Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 23 (Bevoegdheden voor het verrichten van inspecties)	Artikelen 3 en 4 van het wetsvoorstel; zie § 4.3.3 van deze MvT	Geen	
Artikel 24 (Voorlopige maatregelen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 25 (Toezeggingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.1 van deze MvT	Geen	
Artikel 26 (Toezicht op verplichtingen en maatregelen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 27 (Informatie van derden)	Artikel 2, derde lid, van het wetsvoorstel; zie § 4.3.4 van deze MvT	Geen	
Artikel 28 (Compliancefunctie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 29 (Niet-naleving)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 30 (Geldboeten)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 31 Dwangsommen	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 32 (Verjaringstermijnen voor de oplegging van sancties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 33 (Verjaringstermijnen voor de tenuitvoerlegging van sancties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 34 (Recht om te worden gehoord en toegang tot het dossier)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 35 (Jaarlijkse verslaglegging)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 36 (Geheimhoudingsplicht)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.2.5 van deze MvT	Geen	
Artikel 37 (Samenwerking met nationale instanties)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.3.2 van deze MvT	Geen	
Artikel 38 (Samenwerking en coördinatie met de bevoegde autoriteiten die de concurrentieregels handhaven)	Artikel 2, eerste en tweede lid, van het wetsvoorstel	Het zevende lid geeft de keuze om in het nationale recht een nationale bevoegde autoriteit competentie en onderzoeksbevoegdheden te verlenen om op eigen initiatief onderzoek in te stellen naar mogelijke niet-naleving van de verordening.	Het wetsvoorstel belast de ACM met toezicht op de naleving van de verordening, zie § 4.2 van deze MvT
Artikel 39 (Samenwerking met de nationale rechterlijke instanties)	Artikel 5 van het wetsvoorstel, zie § 4.3.5 van deze MvT	Geen	
Artikel 40 (Groep op hoog niveau)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.2.7 van deze MvT	Geen	
Artikel 41 (Verzoek om een marktonderzoek)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie; zie § 4.3.2 van deze MvT	Geen	
Artikel 42 (Representatieve vorderingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 43 (Melding van inbreuken en bescherming van melders)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 44 (Bekendmaking van besluiten)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 45 (Toetsing door het Hof van Justitie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 46 (Uitvoeringsbepalingen)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	



Bepaling verordening	Bepaling in wetsvoorstel of bestaande regeling Toelichting indien niet geïmplementeerd of naar zijn aard geen implementatie behoeft	Omschrijving beleidsruimte	Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van de beleidsruimte
Artikel 47 (Richtsnoeren)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 48 (Normalisatie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 49 (Uitoefening van de bevoegdheidsdelegatie)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 50 (Comitéprocedure)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikelen 51 en 52 (Wijziging van andere EU-wetgeving)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 53 (Herziening)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	
Artikel 54 (Inwerkingtreding en toepassing)	Behoeft naar zijn aard geen implementatie	Geen	