

# Artikel

## De rol van de ACM bij het toezicht binnen de Digital Markets Act

Pepijn van Ginneken\*

Op 1 november 2022 is de Europese digitale marktenverordening ofwel Digital Markets Act (DMA) in werking getreden.<sup>1</sup> De Uitvoeringswet DMA<sup>2</sup> zal de bevoegdheid van de Autoriteit Consument & Markt (ACM) om zelfstandig toezicht uit te oefenen op de naleving van enkele aspecten van de DMA in Nederland regelen. De voorzitter van de ACM koestert bij het toezicht op online platforms veel ambitie.<sup>3</sup> In dit artikel worden de juridische mogelijkheden en grenzen onderzocht voor de rol van de ACM bij het toezicht binnen de DMA. Hierbij wordt eerst stilgestaan bij de rol van Nederland in de totstandkoming van de DMA en de door de ACM gewenste rol van de nationale toezichthouder.<sup>4</sup>

### Achtergrond

Grote online platforms hebben zich de afgelopen jaren in een hoog tempo ontwikkeld en zijn uitgegroeid tot onvermijdelijke spelers in de huidige digitale econo-

mie.<sup>5</sup> Netwerkeffecten, hoge opstartkosten voor nieuwe toetreders, het belang van (het bezit van) data en toenemende schaalvoordelen hebben als gevolg dat de positie van bepaalde platforms op een zeker moment onaan- tastbaar wordt.<sup>6</sup>

Het reguliere mededingingsrecht<sup>7</sup> en consumentenrecht<sup>8</sup> zijn in het recente verleden met weinig succes ingezet om machtsmisbruik en onwenselijke gedragingen van grote online platforms op digitale markten te bestrijden. Zowel de Europese Commissie (Commissie) als de ACM heeft opgetreden tegen oneerlijke gedragingen van grote online platforms via het mededingings- en consumentenrecht en ondernemingen sancties opgelegd.<sup>9</sup> 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 (ex post) kan worden ingegrepen. Na een jarenlang onderzoek van de toezichthouder kan de markt al dusdanig verstoord zijn, dat de schade aan de marktstructuur niet meer kan worden teruggedraaid. Bij onwenselijke gedragingen van grote online platforms kan (ex ante) regulering daarom volgens de Commissie wenselijk zijn.<sup>10</sup>

\* Mr. P.P.J. van Ginneken is advocaat bij Brinkhof N.V.

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 Wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Uitvoeringswet digitale marktenverordening).  
3 Zie hiervoor het blog van Martijn Snoep, beschikbaar via [www.acm.nl/nl/publicaties/blog-martijn-snoep-de-toezichtsrevolutie-voor-onlineplatforms-ook-een-nieuwe-wereld-voor-toezichthouders](http://www.acm.nl/nl/publicaties/blog-martijn-snoep-de-toezichtsrevolutie-voor-onlineplatforms-ook-een-nieuwe-wereld-voor-toezichthouders).  
4 Zie ook het themanummer van M&M over de voorstel-DMA en de bijdrage van Martijn Snoep hierin: 'De rol van de nationale toezichthouders bij de handhaving van de Digital Markets Act', M&M 2021, afl. 4.

5 J. Crémer, Y.-A. de Montjoye & H. Schweitzer, 'Competition policy for the digital era', Rapport 2019.  
6 Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report, SWD(2020)363 def., p. 7-9.  
7 Art. 101 en 102 VWEU en daarop gebaseerde EU-wetgeving en de Mededingingswet.  
8 Zoals o.a. omschreven in Richtlijn (EU) 2019/2161 betreffende modernisering consumentenbescherming (PbEU 2019, L 328).  
9 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 24 december 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:12851; Gerecht 10 november 2021, T-612/17, ECLI:EU:T:2021:763 (Google and Alphabet/Commissie (Google Shopping)).  
10 Europese Commissie, Inception Impact Assessment for the Digital Services Act package, beschikbaar via: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package>

## Totstandkoming van de DMA

De Commissie publiceerde op 19 februari 2020 haar strategie *Shaping Europe's digital future*, een strategie voor de digitale toekomst van Europa.<sup>11</sup> In deze strategie kondigde de Commissie nader onderzoek aan naar aanvullende regulering door middel van verplichtingen voor grote platforms met significante netwerkeffecten, wanneer deze platforms worden aangewezen als 'poortwachter'. Na een openbare consultatie publiceerde de Commissie in december 2020 het voorstel voor de DMA. 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 zijn positie vast.

In maart 2022 werd er een voorlopig politiek akkoord bereikt in de dialoog tussen het Europees Parlement, de Commissie en de Raad. Vervolgens is er in de zomer formeel gestemd over de DMA in het Europees Parlement en de Raad. Na ondertekening van de DMA op 14 september 2022 volgde op 12 oktober 2022 bekendmaking in het Publicatieblad van de EU. De DMA is op 1 november 2022 in werking getreden, en wordt vanaf 2 mei 2023 toegepast. De aanwijzing van de poortwachters volgt echter pas later (voor de meeste poortwachters in september 2023) en de bijbehorende verplichtingen gelden nog weer later (voor de meeste poortwachters vanaf maart 2024).

De DMA vormt een aanvulling op het bestaande mededingingstoezicht. Om oneerlijke gedragingen door grote online platforms tegen te gaan heeft Duitsland bijvoorbeeld reeds zelf – soms zeer vergelijkbare – maatregelen getroffen.<sup>12</sup> Dergelijke maatregelen leveren echter een risico op tot fragmentatie van regelgeving en toezicht binnen de Europese Unie. Dit is onwenselijk, aangezien veel platforms in meerdere Europese lidstaten actief zijn en fragmentatie de nalevings- en monitoringskosten voor zowel platforms als zakelijke gebruikers verhoogt.

De DMA belegt de handhaving op één centraal punt, namelijk bij de Commissie. Daardoor is er geen sprake van fragmentatie van regelgeving en handhaving. Er is bewust gekozen voor een verordening in plaats van een richtlijn, zodat eventuele verschillen in de uitvoering van het toezicht tussen de lidstaten in de toekomst zo veel mogelijk worden voorkomen.

ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers.

11 Commissie, *Shaping Europe's Digital Future*, februari 2020, beschikbaar via: [https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020\\_en\\_4.pdf](https://commission.europa.eu/system/files/2020-02/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf), laatst geraadpleegd op 12 juli 2023.

12 Vgl. bijvoorbeeld de 10e wijziging van de Duitse wet tegen Beperkingen van de mededinging voor een Gerecht, Proactief en Digitaal Mededingingsrecht onder de naam 'Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB-Digitalisierungsgesetz)'.

## Nederlandse beleid bij totstandkoming van de DMA

Nederland maakte zich al in een vroeg stadium sterk voor nieuwe Europese ex-anteregulering 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.<sup>13</sup> In een Kamerbrief uit 2019 gaf de staatssecretaris van Economische Zaken aan in Brussel te zullen pleiten voor nieuwe regels om structurele mededingingsproblemen op digitale markten, die onder het destijds bestaande instrumentarium van mededingingsregels niet doeltreffend konden worden aangepakt, te kunnen adresseren.<sup>14</sup>

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.<sup>15</sup> Over het verloop van de daarop volgende onderhandelingen binnen de EU is geregeld verslag gedaan aan de Tweede Kamer en dit was ook regelmatig onderwerp van gesprek in de Tweede Kamer.<sup>16</sup>

De kern van de Nederlandse inzet gedurende de onderhandelingen was het vinden van een juiste balans tussen snelheid enerzijds, en toekomstbestendigheid anderzijds. Dit betekende dat een nieuwe Europese verordening regels moest bevatten die snel toepasbaar zouden zijn op de grootste platforms. Tegelijkertijd moest een verordening ook in de toekomst goed toepasbaar blijven.<sup>17</sup>

Na publicatie van het voorstel voor de DMA 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 DMA.<sup>18</sup> Nederland wilde zijn voorstellersrol niet zo-

13 Zie hiertoe o.m. de initiatiefnota van het lid Verhoeven over mededinging in de digitale economie van 5 februari 2019 (*Kamerstukken II 2018/19*, 35134, nr. 2).

14 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*, 27879, nr. 71).

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

16 Zie bijvoorbeeld: geannoteerde agenda Raad voor Concurrentievermogen 25 en 26 november 2021 (*Kamerstukken II 2021/22*, 21501-30, nr. 542), geannoteerde agenda Raad voor Concurrentievermogen 9 en 10 juni 2022 (*Kamerstukken II 2021/22*, 21501-30, nr. 558), en eindverslag van de leden Rajkowski (VVD) en Van Ginneken (D66) inzake rapporteurschap DSA en DMA (kenmerk 2021D40404).

17 *Kamerstukken II 2020/21*, 22112, nr. 3049 (BNC-fiche over DMA voorstel)

18 Non-papers: Strengthening the Digital Markets Act and Its Enforcement, 27 mei 2021 en 8 september 2021, geraadpleegd via: [www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement](http://www.permanentrepresentations.nl/documents/publications/2021/05/27/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement).

maar opgeven. 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 zou worden betrokken bij de handhaving en marktonderzoeken van de Commissie.

Dit sloot goed aan bij het kabinetsbeleid van Rutte III en IV, waarin de aanpak van marktmacht en datamacht van grote tech- en platformbedrijven en de inzet op een slagvaardig toezicht een belangrijk speerpunt was.<sup>19</sup> Uit het rapport Strategie Digitale Economie<sup>20</sup> van de minister van Economische Zaken en Klimaat volgde daarnaast dat het creëren van de juiste randvoorwaarden voor goedwerkende digitale markten en diensten een van de beleidsprioriteiten was. De effectieve handhaving van nieuwe regelgeving in digitale markten werd cruciaal geacht voor het bereiken van die doelstelling. Dit betekende volgens de minister mede een duidelijke rol voor nationale toezichthouders.

Uiteindelijk hebben deze ‘lobbyactiviteiten’ van de Nederlandse regering niet veel vruchten afgeworpen, gezien de (zeer beperkte) rol voor nationale toezichthouder in de uiteindelijke versie van de DMA. Deze rol van de nationale toezichthouders wordt hierna nader besproken.

## De rol van de ACM volgens de DMA

De centrale gedachte achter de DMA is een *one-stop-shop* benadering van het toezicht en de handhaving door de Commissie. Onder de DMA kan de Commissie hierin samenwerken en handhavingsmaatregelen coördineren met de lidstaten.<sup>21</sup> De Commissie kan bovendien nationale autoriteiten raadplegen over de toepassing van de DMA.<sup>22</sup> Ook kunnen lidstaten de Commissie verzoeken een marktonderzoek te openen.<sup>23</sup>

De DMA maakt direct duidelijk dat zij verschillende reeds bestaande taken van de ‘nationale bevoegde autoriteiten die de concurrentieregels handhaven’ onverlet laat. Het gaat hierbij om de regels die staan opgesomd in artikel 1 lid 6 DMA: artikel 101 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) (kartelverbod) en 102 VWEU (verbod op misbruik van een economische machtspositie), de Europese concentratieverordening en de nationale mededingingsregels. In Nederland is de ACM uit hoofde van de Mededingingswet (Mw) belast met het toezicht op en de handhaving van het Europese en nationale mededingingsrecht.<sup>24</sup>

19 Vaststelling van de begrotingsstaten van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (XIII) voor het jaar 2022; Brief van de minister van EZK over hoofdlijnen beleid (*Kamerstukken II 2021/22, 35925 XIII, nr. F*).

20 Brief regering: Strategie Digitale Economie, 18 november 2022 (*Kamerstukken II 2022/23, 26643, nr. 941*).

21 Art. 37 lid 1 DMA.

22 Art. 37 lid 2 DMA.

23 Art. 41 DMA.

24 Art. 2 Mw.

De DMA bevat een aantal – beperkte – bevoegdheden en taken voor de nationale toezichthouders. De nationale bevoegde autoriteiten, zoals de ACM, zijn bevoegd om op eigen initiatief onderzoek te doen naar mogelijke niet-naleving van artikel 5, 6 en 7 DMA op het grondgebied van de lidstaat.<sup>25</sup> Deze artikelen bevatten gedetailleerde gedragsregels voor poortwachters en aanbieders van nummeronafhankelijke communicatiediensten. Deze bevoegdheid bestaat echter enkel als het nationale recht de autoriteit daartoe competentie en onderzoeksbevoegdheden verleent; vandaar het wetsvoorstel voor de Uitvoeringswet DMA.

Dit wetsvoorstel biedt de ACM een grondslag om op eigen initiatief onderzoek te doen. De nationale autoriteit ACM brengt dan verslag uit aan de Commissie over de bevindingen die zij tot dan toe heeft gedaan.<sup>26</sup> De DMA bepaalt dat de rol van de nationale mededingingsautoriteiten, zoals de ACM, eindigt wanneer de Commissie zelf een procedure inleidt op grond van artikel 20 DMA.<sup>27</sup> Ook wanneer de Commissie besluit geen dergelijke procedure in te leiden, eindigt de rol van de ACM. Met het wegnemen van de bevoegdheden van nationale mededingingsautoriteiten zodra de Commissie betrokken raakt, wordt fragmentatie van het toezicht op de DMA voorkomen.<sup>28</sup> De ACM kan evenmin (tijdelijke) handhavingsmaatregelen opleggen. De Commissie kan bij het uitvoeren van marktonderzoeken wel om ondersteuning vragen aan nationale mededingingsautoriteiten, zoals de ACM.

De nationale autoriteiten en de Commissie werkten voorafgaand aan de totstandkoming van de DMA reeds samen via het Europees Mededingingsnetwerk (European Competition Network, ECN).<sup>29</sup> Dit netwerk was opgezet met de inwerkingtreding van Verordening (EG) nr. 1/2003<sup>30</sup> en verder uitgebreid in de ECN+ Directive.<sup>31</sup> Via dit netwerk informeren de nationale autoriteiten en Commissie elkaar over mededingingsaangelegenheden. Naast het reeds bestaande ECN introduceert de DMA nu ook een ‘raadgevend comité digitale markten’<sup>32</sup> en een ‘groep op hoog niveau’.<sup>33</sup> Het raadgevend comité digitale markten adviseert onder meer over voorgenomen uitvoeringshandelingen. De ‘groep op hoog niveau’ kan de Commissie van advies en expertise voorzien.<sup>34</sup> Als cen-

25 Art. 38 lid 7 DMA.

26 Art. 38 lid 7 DMA.

27 Art. 38 lid 7 DMA.

28 Hierin kan een analogie worden gezien met het systeem van Verordening (EG) nr. 1/2003, met daarin bijvoorbeeld de mogelijkheid voor de Commissie om procedures over te nemen.

29 Art. 38 lid 1 DMA.

30 Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (*PbEU 2003, L 1/1-25*).

31 Richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot toekenning van bevoegdheden aan de mededingingsautoriteiten van de lidstaten voor een doeltreffendere handhaving en ter waarborging van de goede werking van de interne markt (*PbEU 2019, L 11/3-33*).

32 Art. 50 DMA.

33 Art. 40 DMA.

34 Het betreft specifiek de volgende Europese organen en netwerken die zullen samenwerken in de groep op hoog niveau: het Orgaan van Europe-

trale toezichthouder op de DMA neemt de Commissie een coördinerende rol op zich ten opzichte van de nationale mededingingsautoriteiten, die haar ondersteunen in het toezicht op de DMA.

## De rol van de ACM volgens de Uitvoeringswet DMA

Nederland is de eerste lidstaat die een voorstel deed om de rol van de nationale toezichthouder bij de DMA wettelijk te verankeren. De exacte tekst van de Uitvoeringswet DMA staat nog niet vast. Tot 10 april 2023 kon op het wetsvoorstel worden gereageerd via internetconsultatie.<sup>35</sup> Hieronder wordt uitgegaan van de tekst van de Uitvoeringswet DMA zoals deze voorlag ter consultatie. Nederland kiest er met deze Uitvoeringswet voor om gebruik te maken van de mogelijkheid die wordt geboden in artikel 38 lid 7 DMA om een nationale autoriteit te belasten met toezicht op de DMA. Volgens de minister van Economische Zaken en Klimaat is het om verschillende redenen belangrijk dat de ACM op eigen initiatief en naar aanleiding van klachten een onderzoek kan opstarten naar de naleving van de DMA.<sup>36</sup>

Allereerst is het volgens de minister voor ondernemers laagdrempeliger om mogelijke overtredingen van de DMA door poortwachters aan te kaarten bij de ACM dan bij de Commissie.<sup>37</sup> Op grond van artikel 27 DMA hadden zakelijke en eindgebruikers al het recht om informatie over de naleving van de DMA 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 volgens de minister bij aan het doel van de DMA om zakelijke en eindgebruikers te beschermen tegen oneerlijke praktijken van poortwachters. De verwachting van de minister dat de ACM een laagdrempelig loket voor toezicht is, wordt verder niet onderbouwd met feiten uit het verleden.

Daarnaast bezit de ACM volgens de minister specifieke kennis over de werking van digitale markten in Nederland.<sup>38</sup> Deze kennis kan goed worden ingezet bij het onderzoeken van meldingen door ondernemers. Een grote betrokkenheid van de ACM bij het toezicht op de naleving van de DMA helpt voordelen in het toezicht op digitale markten te behouden en te creëren. Ook is volgens de minister synergie te verwachten met de kennis

van de ACM van de Platform-to-Business-verordening.<sup>39</sup> Deze specifieke kennis van de ACM wordt door de minister ook niet verder met feiten onderbouwd, maar er wordt enkel gesteld dat de ACM de gegevens en inlichtingen die zij verkrijgt onder de Uitvoeringswet DMA ook kan gebruiken bij haar andere wettelijke taken, en andersom.<sup>40</sup>

Tot slot is voor een effectief toezicht van de DMA nodig dat er voldoende capaciteit beschikbaar is, aldus de minister.<sup>41</sup> 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 capaciteit van de ACM zorgt voor effectiever toezicht. Onduidelijk is of dit gaat om bestaande capaciteit of nieuwe capaciteit. Waar die laatste niet beschikbaar is, zou de ACM wellicht juist terughoudend dienen te zijn, omdat zij met reguliere taken haar handen al vol heeft.

## Analyse van de Uitvoeringswet DMA

De Uitvoeringswet DMA lijkt op het eerste gezicht uit te gaan van een aanzienlijke rol voor de ACM onder de DMA. Hieronder zetten wij een aantal kanttekeningen bij de consultatieversie van de Uitvoeringswet DMA en daarmee bij de toekomstige rol van de ACM. Deze kanttekeningen laten zien dat de rol van de ACM waarschijnlijk slechts op een lokaal niveau binnen het handhavingsprimaat van de Commissie zal bestaan.

### De Uitvoeringswet voegt weinig toe aan de DMA

De tekst van de DMA geeft slechts beperkt ruimte voor nationale regelgeving, omdat de Commissie grotendeels zelf is belast met de uitvoering van de DMA.<sup>42</sup> De Commissie is als enige bevoegd tot handhaving van de DMA en het opleggen van sancties. Slechts op enkele onderdelen van de DMA duldt de Commissie nationale toezichthouders naast zich. Artikel 38 lid 7 DMA bepaalt dat een nationale bevoegde autoriteit, zoals de ACM, op eigen initiatief een onderzoek kan instellen naar niet-naleving van artikel 5, 6 en 7 DMA op haar eigen grondgebied. Dit kan slechts indien het nationale recht de autoriteit daartoe onderzoeksbevoegdheden geeft.<sup>43</sup> Het is vooralsnog niet duidelijk of alle lidstaten dit zullen doen, of dat er lidstaten zijn die dit vooralsnog laten.

se 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.

35 Via [www.internetconsultatie.nl/uitvoeringswetdma/b1](http://www.internetconsultatie.nl/uitvoeringswetdma/b1).

36 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 17.

37 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 17.

38 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 18.

39 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 18; 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 186/57-79).

40 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 19-20.

41 Ontwerp-MvT Uitvoeringswet digitalemarktenverordening, p. 18.

42 Zie Verordening (EU) 2022/1925, Hoofdstuk V Bevoegdheden op het gebied van onderzoek, handhaving en toezicht.

43 Art. 38 lid 7 DMA.

Daarnaast bepaalt de DMA dat de nationale bevoegde autoriteiten actief bijstand moeten verlenen aan de Commissie wanneer de Commissie een inspectie verricht in die lidstaat, onder meer door toestemming te vragen aan een nationale rechterlijke instantie.<sup>44</sup> Met de Uitvoeringswet DMA expliciteert de Nederlandse wetgever aldus dat de ACM inderdaad de competentie en bevoegdheden heeft om onderzoek te doen naar niet-naleving van de DMA op Nederlands grondgebied en dat de ACM de Europese Commissie kan bijstaan bij inspecties. De Uitvoeringswet DMA heeft de vraag opgeroepen of de nationale wetgever binnen de beperkte ruimte blijft die de Europese Commissie beoogt te geven in de DMA. Er is wel betoogd dat dit niet het geval is. De DMA zou immers reeds bepalen dat de nationale autoriteiten belast met het mededingingstoezicht bepaalde competenties en bevoegdheden hebben in het kader van de DMA en de Commissie moeten bijstaan bij inspecties. Omdat de DMA rechtstreekse werking heeft en aldus automatisch deel uitmaakt van de nationale rechtsordes van de lidstaten, zou het in strijd zijn met jurisprudentie als *Commissie/Italië*<sup>45</sup> en *Fratelli Variola/Amministrazione Italiana delle Finanze*<sup>46</sup> om deze bevoegdheden en competenties over te nemen in nationale wetgeving.<sup>47</sup> Dit zou ook gelden ten aanzien van artikel 44b Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), dat met de Uitvoeringswet DMA gewijzigd zou worden.

Ons inziens is het geen probleem dat de Nederlandse wetgever de DMA enigszins letterlijk heeft overgenomen. Ten aanzien van de onderzoeksbevoegdheden van de nationale bevoegde autoriteiten bepaalt de DMA immers zelf dat nationaal recht moet voorzien in deze bevoegdheden. Ten aanzien van de actieve bijstand door de ACM ligt het genuanceerder, omdat de DMA reeds expliciet bepaalt dat de nationale bevoegde autoriteiten moeten meewerken aan onderzoeken door de Commissie. Hier voegt de Uitvoeringswet echter praktisch vrijwel niets toe.<sup>48</sup> Indien de Uitvoeringswet ten aanzien van deze punten niet geldig is, dan bepaalt de DMA (met rechtstreekse werking) bovendien nog steeds dat de ACM deze bevoegdheden heeft.

### Reikwijdte van ACM-onderzoek wordt in de DMA bepaald

Dit brengt ons bij het volgende punt ten aanzien van de Uitvoeringswet DMA. Voor de afbakening van de gevallen waarin de ACM onderzoek kan doen naar niet-naleving van de DMA, is allereerst de werkingssfeer van de

DMA zelf bepalend. De werkingssfeer van de DMA wordt bepaald door de aangewezen kernplatformdiensten van poortwachters.<sup>49</sup> Voor de toepassing van de DMA 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 lid 7 DMA beperkt de reikwijdte van de onderzoeken door de nationale bevoegde autoriteiten, zoals de ACM, tot 'niet-naleving van de DMA op het grondgebied van de lidstaat'. In samenhang bezien met de afbakening van de werkingssfeer in artikel 1 lid 2 DMA, 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 vraag is of dit in de praktijk een hindernis vormt voor de ACM. Wij vermoeden dat dit mee zal vallen.

De betekenis van de begrippen 'aanbieden' en 'verlenen' van kernplatformdiensten wordt niet nader geduid in de DMA. 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.<sup>50</sup> Hier zullen de grenzen wellicht in de toekomst moeten worden verhelderd door de (Europese) rechter.

Kortom, de Commissie blijft de speelruimte van de ACM bepalen. De ACM kan vooronderzoek en zaken aandragen bij de Commissie, maar die laatste beslist of in die zaken op grond van de DMA handhavend wordt opgetreden (en doet dat dan vervolgens zelf). Het meest pregnant zal dit zijn in de situatie dat een goed onderzoek van de ACM in een spreekwoordelijke lade van de Commissie ligt te verstoffen en de ACM vervolgens niets kan of mag.

### Er is overlap met verbod misbruik van machtspositie

Hierbij komt het volgende. Platforms die onder de DMA zijn aangewezen als poortwachters, moeten ten aanzien van hun kernplatformdiensten voldoen aan de verplichtingen van artikel 5, 6 en 7 DMA. Voor de toepassing van deze verplichtingen volgt niet uit de DMA dat deze ondernemingen een machtspositie dienen te hebben en daar misbruik van maken, zoals vereist in het mededingingsrecht.

Dat neemt niet weg dat sprake kan zijn van overlap tussen de DMA en het verbod op misbruik van een econo-

44 Art. 23 lid 7 t/m 9 DMA.

45 HvJ EG 7 februari 1973, 39/72, ECLI:EU:C:1973:13 (*Commissie/Italië*).

46 HvJ EG 10 oktober 1973, 34/73, ECLI:EU:C:1973:101 (*Fratelli Variola/Amministrazione Italiana delle Finanze*).

47 Zie onder meer A. Ribera Martínez, 'The NCAs Piggyback on to the European Commission: Hungary and The Netherlands Trigger the Race for Monitoring National DMA Compliance', via Kluwer Competition Law Blog.

48 Al wordt door Stijn Huijts betoogd dat de ACM-bevoegdheid verder gaat dan de bevoegdheid van de Commissie, omdat de ACM personen in een onderzoek kan verplichten om mee te werken aan een onderzoek, terwijl de Commissie dat onder de DMA niet zou kunnen: <https://theplatformlaw.blog/2023/03/21/making-sense-of-ncas-roles-under-the-dma-the-dutch-proposal>.

49 Art. 1 lid 2 DMA; en A. Komninos via LinkedIn ([www.linkedin.com/posts/assimakomninos\\_uitvoeringswet-digitalemarktenverordening-activity-7041672060825128962-esM9/?utm\\_source=share&utm\\_medium=member\\_desktop](https://www.linkedin.com/posts/assimakomninos_uitvoeringswet-digitalemarktenverordening-activity-7041672060825128962-esM9/?utm_source=share&utm_medium=member_desktop)).

50 Vgl. Verordening (EU) 2019/1150. Het voorstel voor de Uitvoeringswet P2B-verordening belast de ACM met het toezicht op naleving en de handhaving van de P2B-verordening.

mische machtspositie, wanneer de poortwachter op een bepaalde relevante markt een machtspositie heeft. Een overtreding van een verplichting uit de DMA kan ook een overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie inhouden en andersom.<sup>51</sup> Sterker nog, veel van de verplichtingen uit de DMA zijn gebaseerd op mededingingsrechtelijke onderzoeken en besluiten van de Commissie. Om die reden voorziet de DMA in regels over de coördinatie van onderzoeks- en handhavingsmaatregelen tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten.<sup>52</sup>

Artikel 38 DMA bepaalt dat indien op basis van het ‘reguliere’ mededingingsrecht een onderzoek wordt ingesteld naar een poortwachter, de nationale bevoegde autoriteiten de Commissie hiervan op de hoogte stellen. Enkel de nationale concentratieregels zijn van deze informatie-uitwisselingsverplichting uitgesloten.<sup>53</sup> Een onderzoek op grond van misbruik van machtspositie (art. 24 Mw) van een platform met poortwachtersfunctie moet dus ook bij de Commissie worden gemeld. Zie in dit verband ook artikel 1 lid 7 DMA, dat ook geldt voor mededingingsrechtelijke besluiten:

‘De nationale autoriteiten nemen geen besluiten die in strijd zijn met een door de Commissie uit hoofde van deze verordening vastgesteld besluit. De Commissie en de lidstaten voeren hun handhavingsmaatregelen uit in nauwe samenwerking en onderlinge coördinatie, op basis van de in de artikelen 37 en 38 neergelegde beginselen.’

Wanneer een nationale bevoegde autoriteit een onderzoek start op grond van de DMA, kan de Commissie het onderzoek op een bepaald moment overnemen. Dan verliest de nationale bevoegde autoriteit de DMA-onderzoeksbevoegdheden. Wanneer de ACM een onderzoek zou uitvoeren op basis van artikel 24 Mw, moet de ACM de Commissie hierover wel informeren, maar lijkt de Commissie het onderzoek niet zomaar over te kunnen nemen. Bij een poortwachter zal, vanwege de grensoverschrijdende effecten, echter al snel sprake zijn van de noodzaak tot toepassing van ook artikel 102 VWEU, met de coördinatiemogelijkheden voor de Commissie van dien.<sup>54</sup>

Het kan voor de ACM daarom wellicht aantrekkelijk lijken om een onderzoek in ieder geval (tevens) te baseren op misbruik van een economische machtspositie, buiten de centrale rol van de Commissie. Maar vaak is dit voor de ACM niet zo aantrekkelijk. De ACM heeft bepaald geen goed *track record* op dit terrein, zoals ook is aangestipt in het recente onderzoek van Van Damme c.s.<sup>55</sup> Wellicht zal de ACM haar beperkte middelen en capaciteit liever richten op consumentenrechtelijke zaken – zeker gezien

de ‘*claim to fame*’ die een besluit tegen een big tech-onderneming met zich mee kan brengen. Binnen de doelstelling van de DMA om versnippering tegen te gaan, is dit echter minder wenselijk. De toekomst moet uitwijzen of hier een coördinerende rol van de Commissie, al dan niet binnen het verband van de ECN, kan helpen om te voorkomen dat onnodig overlappende onderzoeken plaatsvinden.

## Slot

Meerdere lidstaten zijn van plan om gebruik te maken van de discretionaire bevoegdheid die wordt geboden in de DMA om een nationale autoriteit bevoegd te maken om zelfstandig onderzoek te doen naar naleving van de DMA.<sup>56</sup> In het beste geval ontstaat hiermee aanvullende toezichtcapaciteit op nationaal niveau, in samenhang met het toezicht door de Commissie. De bevoegde nationale autoriteiten kunnen hierbij zaken proberen aan te jagen die zij maatschappelijk relevant en urgent achten. In het slechtste geval zal de onderzoeksbevoegdheid er echter toe leiden dat de activiteiten van de nationale bevoegde autoriteiten botsen met de centrale positie van de Commissie onder de DMA. De uitdaging voor de ACM in dit speelveld zal zijn om op ambitieuze wijze toezicht uit te oefenen op de naleving van de DMA in Nederland binnen hetgeen juridisch toelaatbaar is, waarbij de ACM slechts in beperkte mate een eigen koers mag gaan varen.

De beperkte ruimte die de DMA biedt aan nationale autoriteiten is wellicht logisch vanuit de grondgedachte van de DMA, maar lijkt te schuren met de hiervoor aangehaalde ambitie van (de voorzitter van) de ACM. Komt er wel iets terecht van de grote ambitie, en is die ambitie wel realistisch? Hierbij plaatsen wij graag een kritische noot. Het is de vraag of deze ambitie bij de DMA wel zo nodig of gepast is. De DMA contrasteert hierin met de DSA, waar het model juist is dat nationale toezichthouders een belangrijke rol krijgen.<sup>57</sup>

De getoonde ambitie van de ACM kan men in een breder perspectief plaatsen. Zo speelt de ACM ook een belangrijke rol in de discussie over duurzaamheid, en laat zij ook in de handhaving van artikel 102 VWEU ten aanzien van Apple zien een ‘ambitieuze’ en innovatief toezichthouder te zijn.<sup>58</sup> Tegelijkertijd is ook het recente rapport van Van Damme kritisch over de rol van de ACM bij de toepassing van artikel 24 Mw in de praktijk.<sup>59</sup>

De Commissie zelf zal aanvankelijk waarschijnlijk de handen vol hebben aan (het aanwijzen van) de eerste set

51 Zie DMA, overweging 91, waarin wordt erkend dat een bepaalde gedraging een inbreuk kan vormen op zowel de DMA als de nationale mededingingsregels.

52 Art. 38 lid 2 t/m 5 DMA.

53 Art. 38 lid 3 DMA.

54 Zie Hoofdstuk IV Verordening (EG) nr. 1/2003.

55 C. Argenton, J. van den Boom, E. van Damme, I. Graef & G. Monti, *Can abuses of a dominant position be tackled more effectively?*, TILEC Report 2023.

56 Zie bijv. voor Hongarije: [www.gvh.hu/en/press\\_room/press\\_releases/press-releases-2023/changes-in-competition-law-expanding-gvh-toolbox-and-less-administrative-burdens-for-undertakings](http://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press-releases-2023/changes-in-competition-law-expanding-gvh-toolbox-and-less-administrative-burdens-for-undertakings).

57 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 277/1-102).

58 ACM zaaknummer ACM/19/035630.

59 Argenton, Van den Boom, Van Damme, Graef & Monti 2023.

poortwachters. Er zal voor de Commissie ook veel te doen zijn betreffende de uitleg van de verplichtingen onder de DMA en wanneer daaraan voldaan wordt. Het is goed mogelijk om de rol van de Commissie in te schatten in de eerste periode van de DMA, maar het is moeilijker om te speculeren over de verdere toekomst. Dit geldt a fortiori voor de rol van de ACM. Het is voor de ACM wellicht wel al mogelijk om na te denken op welke vlakken de ACM actiever zou kunnen worden parallel met de DMA. Zij kan zich bijvoorbeeld richten op platformen die de poortwachtersdrempel niet halen, of gedragingen van poortwachters die niet onder de verplichtingen vallen. Er is ook nog de mogelijkheid om met twee andere lidstaten samen een marktonderzoek door de Commissie uit te lokken. De ACM zou dus meer moeten inzetten op het samenspel tussen verschillende bevoegdheden op basis van meerdere wetten dan op een grote eigen rol binnen de DMA.