

De Commissie aan de poort: de voorgenomen regulering van techreuzen onder de *Digital Markets Act*

Mr. Y. de Vries, mr. M.S. Klijsen en mr. H.M. Pannekoek*

Op 15 december 2020 publiceerde de Commissie haar 'Digital Services Package'. Dit wetgevingspakket, waar met veel belangstelling naar is uitgekeken, omvat twee voorstellen: de Wet inzake digitale diensten (DSA) en de Wet inzake digitale markten (DMA).¹ De DSA heeft tot doel om de rechten van gebruikers van digitale diensten te beschermen. De DMA bevat aanvullende regels en een nieuw toezichtregime voor machtige online-platforms, zogenaamde 'poortwachters'. Het doel van de DMA is het beteugelen van oneerlijke gedragingen van deze poortwachters waarmee zij zowel concurrenten als consumenten benadelen. In deze bijdrage gaan wij in op het voorstel voor de DMA.

Commissie Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (Wet inzake digitale markten) COM/2020/842 def. (DMA).

Inleiding

Online platforms zijn belangrijk voor innovatie en groei in de digitale interne markt. Veel digitale markten neigen echter naar een hoge concentratiegraad. Dat komt door drie kenmerken die veel digitale markten eigen zijn: toenemende schaalopbrengsten, netwerkeffecten en de belangrijke rol van data. Door een samenspel van deze kenmerken kunnen digitale markten neigen naar 'winner-takes-all' of 'winner-takes-most' uitkomsten.²

* Mr. Y. (Yvo) de Vries is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam. Mr. M.S. (Midas) Klijsen is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam. Mr. H.M. (Marik) Pannekoek is advocaat bij Allen & Overy te Amsterdam.

1. Commissie Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (Wet inzake digitale markten) COM/2020/842 def. (DMA).

2. Zie bijvoorbeeld O. Batura, N. van Gorp & L. Larouche, *Online Platforms and the EU Digital Single Market*, 23 november 2015 en brief

Deze dynamiek kan tot gevolg hebben dat dominante platforms ontstaan met een vrijwel onbetwistbare positie.³ De huidige verhoudingen laten dat duidelijk zien: slechts zeven platforms vertegenwoordigen circa 69% van de waarde van de wereldwijde platformeconomie.⁴ Sommige platforms zijn zodanig dominant geworden dat zij in feite de voorwaarden kunnen bepalen waar- onder andere marktpartijen en consumenten toegang hebben tot een digitale markt. Wereldwijd worstelen toezichthouders met de vraag hoe voorkomen kan worden dat deze poortwachters hun macht misbruiken.⁵ In de woorden van de voorzitter van de Europese Commissie, Ursula von der Leyen: 'It shouldn't be up to a private actor to decide if another company can access the market and build its own success. Platforms cannot be the new Leviathan.'⁶ Het voorstel voor de DMA is het meest recente antwoord van de Commissie op deze problematiek.⁷ Het richt zich op aanbieders van zogenoemde 'kernplatformdiensten' die als poortwachter voor deze diensten kunnen worden aangemerkt. Deze poortwachters moeten zich houden aan een reeks van verplichtingen die ervoor moeten zorgen dat zij zich eerlijk gedragen richting andere marktpartijen en de openheid van belangrijke diensten wordt gewaarborgd.

van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 17 mei 2019, Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms, kenmerk 19087701.

3. J. Crémer, Y.A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Report for the European Commission, 2019, p. 19-24.

4. R. Fijneman, K. Kuperus & J. Pasman, *Unlocking the value of the platform economy*, KPMG report for the Dutch Transformation Forum, 2018, p. 9.

5. Zie voor een beknopt overzicht, 'Big Fines and Strict Rules Unveiled Against "Big Tech" in Europe', *The New York Times* 16 december 2020.

6. Toespraak Ursula von der Leyen van 2 december 2020 bij het Lisbon Web Summit, beschikbaar via: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/SPEECH_20_2266, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

7. Zie ook over het voorstel V. Mak & F. Schemkes, "'With great power comes great responsibility'". De Digital Services Act en de Digital Markets Act mogen wel wat strenger zijn voor Big Tech', *NJB* 2021/716.

De Commissie is volgens het voorstel belast met de handhaving van de DMA. Daartoe zal zij beschikken over een instrumentarium dat grotendeels vergelijkbaar is met haar bevoegdheden onder het mededingingsrecht, maar ook interessante nieuwe elementen bevat. In deze bijdragen bespreken wij eerst de aanloop tot het voorstel. Vervolgens gaan wij in op de werkingssfeer van de DMA, de nieuwe gedragsregels voor poortwachters en de toezichtsbevoegdheden van de Commissie. Tot slot geven wij algemene punten van commentaar bij het voorstel.

De aanloop tot de DMA

Toezicht op onwenselijk gedrag van onlineplatforms is niet nieuw. Het heeft tot dusver vooral plaatsgevonden onder de mededingingsregels. Onderzoeken door de Commissie naar misbruik van een economische machtspositie (art. 102 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)) hebben geresulteerd in boetes voor Google vanwege het misbruiken van haar machtspositie op de markten voor zoekmachines,⁸ besturingsystemen⁹ en onlinezoekadvertenties¹⁰ en een toezegingsbesluit voor Amazon betreffende de verkoop van e-books.¹¹ Misbruikonderzoeken tegen Amazon over haar 'Buy Box' en loyaliteitsprogramma lopen nog.¹² Nationale autoriteiten hebben ook opgetreden tegen misbruik door machtige platforms.¹³ Daarnaast is het kartelverbod (art. 101 VWEU) in stelling gebracht¹⁴ en is ook het consumentenrecht aangewend om bepaalde praktijken van onlineplatforms aan te pakken.¹⁵ Het beeld dat uit deze zaken naar voren komt, is dat er voldoende aanleiding is geweest om op te treden tegen onlineplatforms, maar dat het bestaande instrumentarium alleen optreden achteraf mogelijk maakt, wanneer de schade aan de marktstructuur al een feit is. Ook is gebleken dat de mededingingsregels niet alle oneerlijke gedragingen van onlineplatforms afdekken. De Commissie is daarom, al geruime tijd geleden, begonnen met het onderzoeken van de noodzaak van nieuwe regel-

geving voor onlineplatforms.¹⁶ Dit heeft in 2019 geresulteerd in de 'platform-to-business' (P2B-)verordening.¹⁷ Deze verordening beoogt zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (e-commerceplatforms en appstores) en zoekmachines meer waarborgen te bieden op het gebied van transparantie, billijke voorwaarden en rechtsbescherming. Op 19 februari 2020 publiceerde de Commissie haar strategie voor de digitale toekomst van Europa.¹⁸ Daarin werd vermeld dat de Commissie het invoeren van nieuwe regelgeving voor ex ante optreden tegen dominante platforms nader zou onderzoeken. Deze publicatie werd gevolgd door een openbare consultatie van een voorgenomen digitaaldienstenpakket, waaronder ex-anteregulering voor poortwachterplatforms en een zogenoemd mededingingsinstrument om structurele mededingingsproblemen aan te pakken die onder de bestaande mededingingsregels niet doeltreffend kunnen worden aangepakt.¹⁹ Deze twee elementen zijn in het voorstel voor de DMA samengebracht.

De idee om platforms ex ante te reguleren geniet veel steun onder de lidstaten. In Nederland heeft de staatssecretaris van Economische Zaken een oproep gedaan voor nieuwe Europese regels die de Commissie in staat stellen om proactief op te treden tegen bepaalde gedragingen van poortwachters.²⁰ Deze oproep werd ondersteund door de ACM²¹ en de andere Benelux-mededingingsautoriteiten.²² Andere lidstaten werken aan eigen wetgevingsinitiatieven om platforms te reguleren. Zo heeft de Duitse Bundesrat op 14 januari 2021 een wetsvoorstel goedgekeurd dat de Duitse mededingingsautoriteit de bevoegdheid geeft om op te treden

8. Beschikking Commissie 27 juni 2017, zaak AT.39740 (*Google Search (Shopping)*).
9. Beschikking Commissie 20 september 2019, zaak AT.40099 (*Google Android*).
10. Beschikking Commissie 20 maart 2019, n.n.g. zie persbericht IP 19.1770.
11. Beschikking Commissie 4 mei 2017, zaak AT.40153 (*E-book MFNs and related matters (Amazon)*).
12. Persbericht Commissie 10 november 2020, 'Commission sends Statement of Objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices', IP/20/2077.
13. Zie bijvoorbeeld persbericht ACM van 11 april 2019, 'ACM start onderzoek misbruik machtspositie Apple in App Store'.
14. Zie bijvoorbeeld persbericht van de Commissie van 20 december 2019, 'Booking.com commits to align practices presenting offers and prices with EU law following EU action', IP/19/6812.
15. Persbericht van de Commissie van 18 december 2020, 'More transparency: Following EU action, Booking.com and Expedia align practices with EU consumer law', IP/20/2444.

16. Zie bijvoorbeeld Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, De Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de regio's, 'Strategie voor een digitale eengemaakte markt voor Europa', COM(2015)192 def. en Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio, 'Online platforms en de digitale eengemaakte markt Kansen en uitdagingen voor Europa', 25 mei 2016, COM(2016)288 def.
17. 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).
18. 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.
19. Persbericht van de Commissie van 2 juni 2020, 'Commissie raadpleegt belanghebbenden over een mogelijk nieuw mededingingsinstrument', IP/20/977.
20. Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 17 mei 2019, Toekomstbestendigheid van het mededingingsinstrumentarium in relatie tot online platforms, kenmerk 19087701.
21. ACM, *Extension of enforcement toolkit to increase effectiveness in dealing with competition problems in the digital economy*, discussiepaper van 6 augustus 2019, beschikbaar via: www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-08/ex-ante-tool.pdf, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.
22. Autoriteit Consument & Markt, Belgische Mededingingsautoriteit en Conseil de la Concurrence, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, p. 5-6.

tegen dominante platforms.²³ Twee weken later kondigde de Duitse mededingingsautoriteit aan te onderzoeken of zij haar nieuw verkregen bevoegdheden meteen kan aanwenden in een lopende procedure tegen Facebook.²⁴ De Franse mededingingsautoriteit dringt aan op vergelijkbare bevoegdheden.²⁵ Met het invoeren van gecentraliseerd toezicht onder de DMA wil de Commissie voorkomen dat het toezicht op poortwachters gefragmenteerd raakt doordat lidstaten hun eigen poortwachterregimes invoeren.²⁶ Het voorstel voor de DMA is complementair aan en deelt de rechtsgrondslag (art. 114 VWEU) en het begrippenkader van de DSA en de P2B-verordening. De DMA is ook complementair aan de mededingingsregels: de DMA heeft ook betrekking op 'oneerlijke' gedragingen die buiten de werkingssfeer van de mededingingsregels vallen en maakt ex-anteoptreden mogelijk tegen potentiële overtreders van het mededingingsrecht.²⁷

Welke ondernemingen worden aangemerkt als 'poortwachters'?

De DMA voorziet in aanvullende regulering voor 'poortwachters'. Poortwachters zijn aanbieders van zogenoemde 'kernplatformdiensten' die aan bepaalde eisen voldoen. De DMA noemt acht kernplatformdiensten: (1) onlinetussenhandelsdiensten, (2) onlinezoekmachines, (3) sociale netwerken, (4) videoplatformdiensten, (5) nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten, (6) besturingssystemen, (7) clouddiensten en (8) advertentiediensten. Deze diensten zijn gekozen omdat zij, kortweg, vaak worden aangeboden op markten die een hoge concentratiegraad vertonen en waarbinnen oneerlijke praktijken van dominante platforms aan de orde zijn.²⁸ Aanbieders van deze diensten worden als poortwachter aangemerkt als zij aan drie

cumulatieve vereisten voldoen. Elk vereiste is gekoppeld aan een drempelwaarde. Zodra een aanbieder deze waarde overschrijdt, wordt hij 'geacht' aan het corresponderende vereiste te voldoen.²⁹

Allereerst dient de aanbieder een aanzienlijke impact te hebben op de interne markt.³⁰ Een aanbieder wordt geacht aan dit vereiste te voldoen, indien hij in ieder geval een kernplatformdienst aanbiedt in ten minste drie lidstaten en daarbovenop in de afgelopen drie boekjaren een EER-jaaromzet behaalde van € 6,5 miljard of meer, dan wel indien de gemiddelde marktkapitalisatie of een gelijkwaardige reële marktwaarde van deze onderneming ten minste € 65 miljard bedroeg in het afgelopen boekjaar.³¹ Ten tweede moet de aangeboden kernplatformdienst fungeren als een belangrijke toegangspoort voor zakelijke gebruikers om eindgebruikers te bereiken.³² Een aanbieder wordt geacht aan dit vereiste te voldoen, indien de door hem aangeboden kernplatformdienst in het afgelopen boekjaar meer dan 45 miljoen maandelijks actieve in de EU gevestigde of verblijvende eindgebruikers had, en daarnaast meer dan 10.000 jaarlijks actieve, in de EU gevestigde actieve zakelijke gebruikers bediende.³³ Ten derde moet de aanbieder een stevig verankerde, duurzame positie vervullen in de uitvoering van zijn activiteiten, of het moet de verwachting zijn dat hij in de nabije toekomst een dergelijke positie zal gaan vervullen.³⁴ De aanbieder wordt geacht te voldoen aan dit vereiste, indien hij de tot de tweede voorwaarde behorende drempelwaarden in elk van de laatste drie boekjaren heeft behaald.³⁵ Bij ieder van de hiervoor genoemde drempelwaarden geldt dat overschrijding daarvan een weerlegbaar vermoeden oplevert dat het betreffende vereiste is vervuld. Hoewel de Commissie de poortwachters nog niet bij naam noemt, lijkt zij haar pijlen in ieder geval te hebben gericht op een select aantal zeer grote (en voornamelijk Amerikaanse) techreuzen.³⁶ Aanbieders die alle voornoemde drempelwaarden overschrijden, dienen de Commissie hiervan zelf op de hoogte te stellen binnen drie maanden na inwerkingtreding van de DMA, dan wel binnen drie maanden na het (op een later moment) overschrijden van deze drempelwaarden. Daarbij geldt dat aanbieders deze melding moeten doen ten aanzien van alle kernplatformdiensten

23. *Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen (GWB-Digitalisierungsgesetz)*, Bundesrat.
24. De Bundeskartellamt onderzoekt een door Facebook doorgevoerde koppeling van het virtualrealityplatform Oculus aan Facebook. Meer specifiek stelt Facebook de registratie bij Oculus en het gebruik van nieuwe Oculushardware afhankelijk van het gebruik van een Facebook.com profiel. Zie Bundeskartellamt, 'First proceeding based on new rules for digital companies – Bundeskartellamt also assesses new Section 19a GWB in its Facebook/Oculus case', 28 januari 2021, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2021/28_01_2021_Facebook_Oculus.pdf?__blob=publicationFile&v=2, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.
25. *Contribution to the debate on competition policy and digital challenges*, Autorité de la concurrence, 19 februari 2020. Beschikbaar via: www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/autorite-publishes-its-contribution-debate-competition-policy-and-challenges-raised, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.
26. Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Report*, SWD(2020)363 def., p. 29 en Annex 5.4.
27. Considerans DMA, randnr. 10 en 11.
28. Commission Staff Working Document, *Impact Assessment Report*, SWD(2020)363 def., p. 36-45.

29. Deze bewoording laat ruimte aan de Commissie om aanbieders van kernplatformdiensten als poortwachter te kwalificeren, zelfs indien zij de voornoemde drempelwaarden niet overschrijden, zo blijkt uit art. 3 lid 6 DMA. Andersom geldt dat aanbieders die deze drempelwaarden wél overschrijden 'slechts' worden 'geacht' aan het corresponderende vereiste te voldoen. Dit stelt aanbieders in de gelegenheid om te beargumenteren dat zij toch niet als poortwachter moeten worden aangemerkt in lijn met art. 3 lid 4 DMA.
30. Art. 3 lid 1 onder a DMA.
31. Art. 3 lid 2 onder a DMA.
32. Art. 3 lid 1 onder b DMA.
33. Art. 3 lid 2 onder b DMA.
34. Art. 3 lid 1 onder c DMA.
35. Art. 3 lid 2 onder c DMA.
36. Zo spraken verschillende media eerder over een 'hit list' waarop tot circa twintig ondernemingen zouden komen te staan, waaronder bijvoorbeeld Amazon, Apple, Facebook en Google. Zie J. Espinoza, 'EU targets Big Tech with "hit list" facing tougher rules', *Financial Times* 11 oktober 2020, www.ft.com/content/c8c5d5dc-cb99-4b1f-a8dd-5957b57a7783, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

die op dat moment (vermoedelijk) fungeren als een belangrijke toegangspoort voor zakelijke gebruikers om eindgebruikers te bereiken. Andere kernplatformdiensten die op een later moment deze drempelwaarden komen te overschrijden, moeten vanaf dat moment worden gemeld aan de Commissie.³⁷ Aanbieders kunnen in deze melding betogen dat zij, ondanks de overschreden drempelwaarden, niet voldoen aan de vereisten om als poortwachter te kwalificeren. In dat geval onderzoekt de Commissie de kenmerken van de markt waarop de aanbieder opereert.³⁸ De Commissie moet dan binnen 60 dagen beslissen of de door de aanbieder aangedragen argumenten ‘voldoende onderbouwd’ zijn om de kwalificatie als poortwachter te kunnen beletten.³⁹ Los van deze meldingsprocedure kan de Commissie na een uit eigen beweging ingesteld (en hierna te bespreken) marktonderzoek concluderen dat een aanbieder voldoet aan alle vereisten om als poortwachter te kwalificeren. Deze mogelijkheid bestaat ook indien niet alle drempelwaarden zijn behaald of indien de aanbieder al eens met ‘voldoende onderbouwde argumenten’ heeft gedemonstreerd dat hij niet aan de poortwachtervereisten voldoet.⁴⁰ De Commissie moet verder voor iedere poortwachter vaststellen tot welke onderneming deze behoort. Vervolgens stelt zij een lijst op van de kernplatformdiensten die deze onderneming aanbiedt, voor zover die voor zakelijke gebruikers fungeren als een belangrijke toegangspoort om eindgebruikers te bereiken.⁴¹ De poortwachter heeft vervolgens zes maanden de tijd om zijn handelswijzen in overeenstemming te brengen met de hierna te bespreken gedragsregels.⁴² De Commissie kan een dergelijk kwalificatiebesluit op verzoek of op eigen initiatief heroverwegen, wijzigen of intrekken.⁴³ Daarnaast beoordeelt de Commissie geregeld, en ten minste om de twee jaar, of (alle kernplatformdiensten van) de aangewezen poortwachters nog op de lijst thuishoren alsmede of nieuwe aanbieders aan de lijst moeten worden toegevoegd.⁴⁴

40

37. Art. 3 lid 3 DMA.

38. De Commissie kijkt in het bijzonder naar de omvang, activiteiten en positie van de aanbieder, alsook het aantal zakelijke gebruikers dat afhankelijk is van de kernplatformdienst om eindgebruikers te bereiken, het aantal eindgebruikers, het bestaan van toegangsbelemmeringen door netwerkeffecten en datagerelateerde concurrentievoordelen, (datagerelateerde) schaalvoordelen, lock-ineffecten voor zakelijke en particuliere gebruikers en andere structurele marktkenmerken. Zie art. 3 lid 6 DMA.

39. Art. 3 lid 4 DMA.

40. Art. 3 lid 6 DMA.

41. Art. 3 lid 7 DMA.

42. Art. 3 lid 8 DMA.

43. Art. 4 lid 1 DMA.

44. Art. 4 lid 2 DMA.

Welke nieuwe regels gaan er gelden voor ‘poortwachters’?

Na kwalificatie als ‘poortwachter’ dient een aanbieder binnen zes maanden voldoende ‘effectieve’⁴⁵ maatregelen te nemen om zich te conformeren aan een aantal voorschriften (‘do’s’) en verboden (‘don’ts’). Daarbij maakt de DMA onderscheid tussen ‘voor zich sprekende voorschriften’ en voorschriften die nader kunnen worden gespecificeerd. Voor zover de Commissie een aanbieder door middel van eigen marktonderzoek als poortwachter heeft gekwalificeerd op grond van de verwachting dat deze *in de nabije toekomst* een stevig verankerde, duurzame positie zal innemen (en ten tijde van het kwalificatiebesluit dus nog niet inneemt), geldt slechts een beperkte selectie van deze verplichtingen. Deze verplichtingen gelden alleen voor zover zij geschikt en noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de betrokken poortwachter op oneerlijke wijze een stevig verankerde, duurzame positie zal verwerven.⁴⁶

De ‘voor zich sprekende’ voorschriften (art. 5 DMA)

De in artikel 5 DMA vervatte voorschriften spreken, volgens de Commissie, voor zich. Poortwachters zouden geen nadere instructies nodig hebben om zich daarnaar te voegen.⁴⁷ Deze voorschriften zijn grofweg te categoriseren aan de hand van enkele verschillende verhoudingen in de markt: de upstream verhouding tussen platforms onderling, de downstream en verticale verhouding tussen platforms en zakelijke gebruikers, en ten slotte de verticale verhouding tussen platforms en adverteerders. Daarbij merken wij op dat diverse voorschriften uit de DMA betrekking kunnen hebben op meerdere van deze verhoudingen en daarom tot verschillende categorieën zouden kunnen worden gerekend.

Categorie 1: regels ter waarborging van de upstream concurrentie tussen platforms onderling

*Zonder toestemming mag een poortwachter geen via de kernplatformdienst verkregen persoonsgegevens combineren met via andere diensten of diensten van derden verzamelde persoonsgegevens.*⁴⁸

Met deze regel lijkt de Commissie een positief antwoord te formuleren op de lang bediscussieerde vraag of het verzamelen van en beschikken over (persoons)gegevens kan resulteren in een onbetwistbare marktpositie, omdat het concurrentievoordelen en toetredingsdrempels met zich brengt.⁴⁹ Deze benadering doet denken aan het optreden van het Duitse Bundeskartellamt tegen Facebook onder het Duitse verbod op misbruik van een

45. Art. 7 lid 1 DMA.

46. Blijkens art. 15 lid 4 DMA gaat het hierbij om de verplichtingen die zijn neergelegd in art. 5 onder b en art. 6 lid 1 onder e, f, h en i DMA.

47. Art. 7 lid 2 DMA.

48. Art. 5 onder a DMA.

49. Een belangrijk tegengeluid tegen dit idee kwam van Tucker en Wellford in D. Tucker & H. Wellford, ‘Big mistake regarding big data’, *Antitrust Source*, American Bar Association 2014.

machtspositie,⁵⁰ vanwege het feit dat het sociale medium gegevens verzamelde via websites van derden en deze combineerde met haar eigen database.⁵¹ Daarnaast strookt deze regel met recente concentratiebesluiten waarin de Commissie ook de mededingingseffecten van de door een transactie gecombineerde datasets heeft onderzocht.⁵²

*Een poortwachter moet voorkomen dat hij de toegang tot zijn kernplatformdienst voor zakelijke en eindgebruikers afhankelijk stelt van het gebruik van een van zijn andere kernplatformdiensten.*⁵³ Daarnaast mag de poortwachter zijn identificatiediensten niet opdringen aan zakelijke gebruikers in het kader van diensten die zakelijke gebruikers aanbieden via een kernplatformdienst.⁵⁴

Beide regels zijn species van het voorwaardelijke verbod op koppelverkoop of bundeling dat binnen het mededingingsrecht is ondergebracht in artikel 102 VWEU.⁵⁵ Deze regel strekt ter voorkoming van situaties waarin een onderneming met een machtspositie haar marktmacht op één markt exporteert of overhevelt naar een andere markt. Binnen de digitale context doen de regels denken aan mededingingsrechtelijk Commissieoptreden tegen Microsoft, die zijn 'Windows Media Player' had verbonden aan het Windows besturingssysteem,⁵⁶ en Google die telefoonfabrikanten slechts toegang verleende tot zijn 'Playstore' onder de voorwaarde dat zij ook Googles 'Search app' en 'Chrome browser' installeerden, en/of geen gebruik zouden maken van alternatieve, concurrerende versies van Googles Android besturingssysteem (zogenoemde 'Android forks').⁵⁷

Categorie 2: regels ter waarborging van de downstream concurrentie en verbetering van de verticale verhouding tussen platforms en hun zakelijke gebruikers

Een poortwachter moet toelaten dat zakelijke gebruikers hun producten ook buiten het platform en onder hun eigen voorwaarden verkopen,⁵⁸ en om via de kernplatformdienst verworven eindgebruikers ook buiten het platform om te benaderen en te contracteren, zelfs als de uiteindelijke leve-

*ring van het product of de dienst in kwestie slechts via het platform kan geschieden.*⁵⁹

Deze regels vormen een aanvulling op artikel 10 lid 1 P2B-verordening, dat voorschrijft dat 'onlinetussenhandelsdienstverleners' zakelijke gebruikers slechts mogen beperken in het aanbieden van goederen en diensten buiten de tussenhandelsdienst voor zover zij de redenen voor die beperking vermelden.⁶⁰ Daarnaast weerspiegelen de voorschriften een mededingingsrechtelijke afkeer tegen door dominante ondernemingen bedongen exclusiviteitsmechanismen, zoals (de facto) exclusiviteitsbedingen⁶¹ of getrouwheidskortingen.⁶² In de digitale context legde de Commissie bijvoorbeeld eerder een boete op aan Google, omdat het bedrijf met uitgeverijen van websites overeenkwam dat zij alle c.q. het meeste of het beste van hun reclameruimte zouden verkopen via Googles reclamebemiddelingsdienst 'AdSense', om daarmee concurrerende reclamebemiddelingsdiensten buitenspel te zetten.⁶³

*Een poortwachter mag zakelijke gebruikers niet beletten of beperken om eventuele klachten over de kernplatformdienst te melden bij de bevoegde overheidsinstanties.*⁶⁴

Deze verplichting, die inderdaad voor zich spreekt, waarborgt dat zakelijke gebruikers toegang hebben tot de bevoegde overheidsinstanties, zoals mededingingsautoriteiten.

Categorie 3: regels omtrent de verhouding tussen platforms en adverteerders

*Een poortwachter dient transparant te zijn over de prijs van de advertentiediensten die hij verleent aan adverteerders en uitgevers. Zo dient een poortwachter op verzoek van adverteerders en uitgevers informatie te verschaffen over de totstandkoming van de prijs van advertentiedienstverlening en over de vergoedingen die hij op zijn beurt heeft betaald aan de met dat doel ingeschakelde uitgevers.*⁶⁵

Met deze regel beoogt de Commissie de advertentiemarkt transparanter te maken. Zodoende hoopt zij de prijsconcurrentie aan te wakkeren en de mogelijkheden te vergroten voor adverteerders om over te stappen naar alternatieve dienstverleners. De veronderstelling bij deze regel is dat lagere advertentieprijszaken uiteindelijk ten goede zullen komen aan eindgebruikers van producten en diensten waarvoor men afhankelijk is van het gebruik van onlinereclame.⁶⁶

50. Art. 19 lid 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

51. Zie Bundeskartellamt, 'Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive', persbericht 19 december 2017, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

52. Zie bijvoorbeeld de Commissiebeschikkingen inzake COMP/M.4731 (Google/DoubleClick), punt 359-366, COMP/M.7217 (Facebook/WhatsApp), punt 180-189, COMP/M.8124 (Microsoft/LinkedIn), punt 176-181 en COMP/M.8788 (Apple/Shazam), punt 64, 184, 262 en 327. Op 17 december 2020 verleende de Commissie goedkeuring aan de overname van Fitbit door Google, onder de voorwaarden dat Google de gebruikersgegevensdatabase van Fitbit niet zal aanwenden voor de verbetering van haar advertentiediensten. Daarnaast dient Google de via Fitbit te verkrijgen gezondheids- en fitnessgegevens beschikbaar te maken voor geïnteresseerde softwareontwikkelaars. Zie Persbericht van de Commissie van 17 december 2020, IP/20/2484.

53. Art. 5 onder f DMA.

54. Art. 5 onder e DMA.

55. Art. 102 onder d VWEU.

56. Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (Microsoft/Commissie).

57. Zie Commissiebeschikking van 18 juli 2018 inzake AT.40099 (Google Android), punt 754 e.v.; 877 e.v. en 1011 e.v.

58. Art. 5 onder b DMA.

59. In dat geval dient de aanbieder van de kernplatformdienst de eindgebruiker – die buiten het platform om is gecontracteerd – toegang te verlenen tot het platform om het product of de dienst te genieten. Zie art. 5 onder c DMA.

60. Art. 10 lid 1 P2B-verordening.

61. Zie bijvoorbeeld Gerecht 23 oktober 2003, zaak T-65/98, ECLI:EU:T:2003:281 (Van den Bergh Foods).

62. Zie bijvoorbeeld HvJ 6 september 2017, zaak C-413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632 (Intel/Commissie).

63. Persbericht van de Commissie van 20 maart 2019, IP/19/1770.

64. Art. 5 onder d DMA.

65. Art. 5 onder g DMA.

66. Considerans DMA, randnr. 42.

Verplichtingen die nader kunnen worden gespecificeerd (art. 6)

In aanvulling op de verplichtingen in artikel 5 DMA, bevat artikel 6 DMA verplichtingen voor poortwachters die door de Commissie nader kunnen worden gespecificeerd. Deze mogelijkheid houdt in dat de Commissie bevoegd is om in concrete gevallen en met betrekking tot specifieke poortwachters effectieve en proportionele maatregelen voor te schrijven ter implementatie van de verplichtingen uit artikel 6 DMA. De Commissie kan hiertoe uit eigen beweging overgaan, indien zij van mening is dat de (voorgenomen) maatregelen van een poortwachter onvoldoende doeltreffend zijn voor de verwezenlijking van één of meer van deze verplichtingen.⁶⁷ Men kan zich afvragen of de Commissie hiermee niet de bevoegdheid verkrijgt om de spelregels naar eigen goeddunken te veranderen tijdens de wedstrijd, ten koste van de rechtszekerheid.⁶⁸ Overigens kan een poortwachter de Commissie ook zelf om een doeltreffendheidsonderzoek verzoeken om vast te stellen of de door hem voorgenomen maatregelen toereikend zijn.⁶⁹ Ook de voorschriften in artikel 6 zijn grofweg te categoriseren aan de hand van enkele verschillende verhoudingen in de markt, hoewel diverse voorschriften betrekking kunnen hebben op meerdere van de genoemde verhoudingen.

Categorie 1: regels ter waarborging van de upstream concurrentie tussen platforms onderling

*Een poortwachter dient derde aanbieders van onlinezoekmachines onder FRAND-voorwaarden toegang te verschaffen tot de gegevens omtrent rangschikking, zoekopdrachten, clicks en weergaven die hij heeft verkregen via gratis of betaalde zoekopdrachten van eindgebruikers. Daarbij moeten eventuele persoonsgegevens van eindgebruikers worden geanonimiseerd.*⁷⁰ Dit voorschrift hangt samen met een voorschrift inzake de toegang tot de besturingssystemen en hardware- en softwarefuncties van poortwachters,⁷¹ dat er eveneens toe strekt de toegang tot faciliteiten van poortwachters te bevorderen (zie verderop).

*Een poortwachter moet voorzien in de portabiliteit van de gegevens die zijn gegenereerd door de activiteiten van zakelijke en eindgebruikers.*⁷²

Dit voorschrift breidt het in artikel 20 Algemene verordening gegevensbescherming (AVG)⁷³ vervatte recht op dataportabiliteit uit naar rechtspersonen en daarmee ook naar gegevens die niet kwalificeren als

67. Art. 7 lid 2 DMA.

68. Hoewel ook toezichthouders binnen het Nederlandse bestuursrecht beschikken over vergelijkbare mogelijkheden om de concrete gevolgen van breed geformuleerde verplichtingen vast te stellen in individuele gevallen. Vgl. bijvoorbeeld de bevoegdheid om door middel van een bindende aanwijzing een bepaalde gedragslijn voor te schrijven die is toegekend aan De Nederlandsche Bank (DNB) en de Autoriteit Financiële Markten (AFM) (art. 1:75 Wet op het financieel toezicht (Wft)) en de Autoriteit Consument & Markt (ACM) (art. 12j Instellingswet ACM).

69. Art. 7 lid 7 jo. art. 18 DMA.

70. Art. 6 lid 1 onder j DMA.

71. Art. 6 lid 1 onder f DMA.

72. Art. 6 lid 1 onder h DMA.

73. Algemene verordening gegevensbescherming (Verordening (EU) 2016/679 van 27 april 2016 (AVG)).

‘persoonsgegevens’.⁷⁴ Daar waar het in de AVG vervatte recht vooral ziet op het versterken van de zeggenschap van een betrokkene over zijn eigen gegevens,⁷⁵ is het doel van bepalingen in de DMA om de betwistbaarheid (*contestability*) van digitale platforms te bevorderen en innovatie door poortwachters en zakelijke gebruikers te stimuleren. Hiertoe vereenvoudigt de DMA het schakelen tussen platforms voor zakelijke gebruikers en eindgebruikers teneinde ‘*multi-homing*’⁷⁶ te faciliteren.⁷⁷

Categorie 2: regels ter waarborging van de downstream concurrentie en verbetering van de verticale verhouding tussen platforms en hun zakelijke gebruikers

*Een poortwachter dient zakelijke gebruikers en aanbieders van ondersteunende diensten toegang te verlenen tot hetzelfde besturingssysteem en dezelfde hardware- en softwarefuncties die hij beschikbaar heeft of gebruikt bij de levering van ondersteunende diensten.*⁷⁸

Naar analogie van het concept van ‘*essential facilities*’ dat is ontstaan in de context van liberalisatiewetgeving en artikel 102 VWEU, lijkt de Commissie besturingssystemen, hardware- en softwarefuncties en zoekmachinegegevens⁷⁹ te beschouwen als faciliteiten die onontbeerlijk kunnen zijn voor markttoetreding, met als belangrijkste verschil dat een economische machtspositie en het marktgedrag van de poortwachter onder de DMA niet hoeven te worden onderzocht.⁸⁰ Hoewel deze conclusie niet nieuw is voor zover het aan besturingssystemen verwante intellectuele-eigendomsrechten betreft,⁸¹ lijkt de Commissie met deze regels stelling te hebben genomen in een levendige discussie over de vraag of de toegang tot data (in dit geval van zoekmachines) ook als ‘onontbeerlijk’ kan worden beschouwd vanwege een gebrek aan economische alternatieven om dergelijke gegevens te verkrijgen.⁸²

Voor zover de poortwachter data verkrijgt of genereert in het kader van de activiteiten van zakelijke gebruikers of bij die activiteiten betrokken eindgebruikers, dient hij deze zakelijke gebruikers (of door deze laatste gemachtigde der-

74. Blijkens art. 4 lid 1 AVG zien persoonsgegevens immers op ‘alle informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon (...)’ (cursivering toegevoegd).

75. Considerans AVG, randnr. 68. Zie ook Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability* (WP 242 rev.01), p. 4.

76. Dat wil zeggen: deelname aan meerdere platforms tegelijkertijd.

77. Considerans DMA, randnr. 54.

78. Art. 6 lid 1 onder f DMA.

79. Zie art. 6 lid 1 onder j DMA.

80. Zie ook Global Competition Review, ‘Vestager questioned on essential facilities omission from DMA’, 23 februari 2021, <https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/vestager-questioned-essential-facilities-omission-dma>, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

81. Zie bijvoorbeeld Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft/Commissie*), waarin het Gerecht van de Europese Unie oordeelde dat Microsoft haar machtspositie op de markt voor pc-besturingssystemen en besturingssystemen voor werkgroepserver had misbruikt door Sun Microsystems de toegang te ontzeggen tot specifieke interoperabiliteitsinformatie. Sun had deze informatie nodig om producten te ontwikkelen die zouden concurreren met die van Microsoft op de markt voor besturingssystemen voor werkgroepserver.

82. Voor meer informatie over deze discussie, zie bijvoorbeeld I. Graef (red.), *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer 2016.

den) kosteloos te voorzien van 'effectieve, hoogwaardige, continue en real-time' toegang tot deze (al dan niet geaggregeerde) gegevens, een en ander met inachtneming van het gegevensbeschermingsrecht.⁸³ Daarnaast mogen poortwachters geen gebruik maken van door zakelijke gebruikers (of hun klanten) en eindgebruikers gegenereerde gegevens om vervolgens de concurrentie met die zakelijke gebruikers aan te gaan, tenzij deze gegevens openbaar zijn.⁸⁴

Beide regels bouwen voort op het voorschrift uit de P2B-verordening dat 'onlinetussenhandelsdienstverleners' zakelijke gebruikers moeten inlichten omtrent de gegevens die zij verzamelen van zakelijke gebruikers en eindgebruikers, alsmede over de (eventuele) mogelijkheden voor zakelijke gebruikers om toegang te verkrijgen tot deze gegevens.⁸⁵ De voorschriften doen bovendien denken aan een onlangs door de Commissie ingesteld onderzoek tegen Amazon. Volgens het *statement of objections* dat de Commissie heeft uitgevaardigd zou Amazon artikel 102 VWEU hebben overtreden door systematisch gebruik te maken van niet-openbare bedrijfsgegevens van onafhankelijke verkopers die op haar marktplaats iets verkopen. Amazon zou deze bedrijfsgegevens hebben aangewend om haar eigen detailhandelsactiviteiten te bevoordelen die rechtstreeks concurreren met die derde verkopers.⁸⁶

Een poortwachter moet eindgebruikers toelaten om bepaalde op het platform voorgeïnstalleerde softwareprogramma's te verwijderen⁸⁷ en om te schakelen tussen verschillende softwaretoepassingen, waaronder webbrowsers.⁸⁸ Daarnaast moet hij de installatie en het gebruik van met het platform interopererende softwaretoepassingen en appstores van derde partijen toestaan, waarbij geldt dat dergelijke (winkels voor) softwaretoepassingen ook buiten het platform om toegankelijk moeten kunnen blijven.⁸⁹ Bovendien moet een poortwachter zakelijke gebruikers onder billijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang verschaffen tot zijn appstore, voor zover zijn status als poortwachter ook geldt ten aanzien van deze applicatiewinkel.⁹⁰

Het doel van deze regels is te voorkomen dat een platform zijn marktmacht op één markt overhevelt naar een andere markt, zoals bijvoorbeeld die van softwaretoepassingen of appstores. Daarmee beoogt de Commissie de concurrentie op de downstreammarkt te beschermen ten gunste van softwareontwikkelaars en eindgebruikers om de betwistbaarheid (*contestability*) van kernplatformdiensten te waarborgen.⁹¹ Zodoende vertonen zij duidelijke gelijkenissen met de gedachte achter de

mededingingsregels aangaande koppelverkoop, bundeling en leveringsweigeringen.⁹²

Een poortwachter mag vergelijkbare diensten en producten slechts rangschikken⁹³ volgens eerlijke, niet-discriminerende voorwaarden zonder daarbij zijn eigen⁹⁴ diensten of producten gunstiger te behandelen.⁹⁵

Daar waar de P2B-verordening voorschrijft dat 'onlinetussenhandelsdienstverleners' transparant moeten zijn over hun methode van rangschikking⁹⁶ en de voorkeursbehandelingen die zij toekennen aan hun eigen producten in geval van rangschikking,⁹⁷ beoogt de DMA een dergelijke bevoordeling geheel te verbieden. Deze benadering bestaat al in het mededingingsrecht. Zo oordeelde de Commissie dat Google artikel 102 VWEU had overtreden door haar eigen winkelvergelijkingsdienst een betere plek toe te kennen dan concurrerende diensten tussen de zoekresultaten die tevoorschijn kwamen wanneer consumenten naar winkelvergelijkingswebsites zochten via Googles zoekmachine.⁹⁸ De Commissie is een vergelijkbaar onderzoek gestart ten aanzien van Amazon.⁹⁹

Categorie 3: regels omtrent de verhouding tussen platforms en adverteerders

De poortwachter moet adverteerders en uitgevers op verzoek kosteloos toegang verlenen tot prestatieeetinstrumenten en overige benodigde informatie waarmee zij hun advertentievoorraad kunnen verifiëren.¹⁰⁰

Deze regel complementeert de transparantieplichting van poortwachters jegens adverteerders die is neergelegd in artikel 5 DMA.¹⁰¹ Door adverteerders te voorzien van prestatieeetinstrumenten en andere verificatiemiddelen hoopt de Commissie de prijsconcurrentie op de advertentiemarkt aan te wakkeren ten gunste van de consument.¹⁰²

Poortwachters dienen alle hiervoor beschreven regels met betrekking tot de door de Commissie aangewezen

83. Art. 6 lid 1 onder i DMA.

84. Art. 6 lid 1 onder a jo. lid 2 DMA.

85. Art. 9 lid 1 en 2 P2B-verordening.

86. Persbericht van de Commissie van 17 juli 2019, IP/19/4291.

87. Wel behouden poortwachters deze mogelijkheid ten aanzien van programma's die essentieel zijn voor het functioneren van het platform en die niet op *stand-alone* basis door derden kunnen worden aangeboden. Zie art. 6 lid 1 onder b DMA.

88. Art. 6 lid 1 onder e DMA.

89. Wel mogen poortwachters (winkels voor) softwaretoepassingen van hun kernplatformdienst weren voor zover dergelijke programma's de integriteit van de hardware of het besturingssysteem van de poortwachter zouden aantasten. Zie art. 6 lid 1 onder c DMA.

90. Art. 6 lid 1 onder k DMA.

91. Considerans DMA, randnr. 47.

92. Zie bijvoorbeeld Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289 (*Microsoft/Commissie*).

93. De term 'rangschikking' verwijst vrij algemeen naar het relatieve belang dat wordt gegeven aan goederen of diensten die worden aangeboden via de betreffende kernplatformdienst. Daarmee omvat het begrip meer dan alleen het toekennen van een rangorde binnen door middel van zoekmachines gegenereerde lijsten van zoekresultaten. Zie art. 2 lid 18 DMA.

94. Dat wil zeggen: diensten of producten die worden aangeboden door de poortwachter zelf, dan wel door een tot dezelfde onderneming behorende derde.

95. Art. 6 lid 1 onder d DMA.

96. Art. 5 P2B-verordening.

97. Art. 7 lid 3 onder a P2B-verordening.

98. Zaak AT.39740, *Google Search (Shopping)*, randnr. 341 e.v.

99. De Commissie vermoedt dat Amazon een voorkeursbehandeling toekent aan haar eigen retailactiviteiten en die van platformverkopers die gebruikmaken van Amazons logistieke en leveringsdiensten bij het toekennen van een 'buy box' (een opvallende snelknop waarmee klanten een bepaald product direct in hun winkelmand kunnen stoppen) en bij het verdelen van de rechten om sneller tot aankoop geniege 'Prime users' te mogen bedienen. Zie Persbericht van de Commissie van 10 november 2020, IP/20/2077.

100. Art. 6 lid 1 onder g DMA.

101. Art. 5 onder g DMA.

102. Considerans DMA, randnr. 42.

kernplatformdiensten te respecteren. Daarbij moeten zij ervoor zorgen dat de overige onderdelen van de onderneming waartoe zij behoren de implementatie van deze regels op geen enkele manier ondermijnen.¹⁰³ De poortwachter mag daarnaast geen afbreuk doen aan de kwaliteit van zijn kernplatformdienst of de voorwaarden voor het gebruik daarvan ten aanzien van (eind)gebruikers die zich beroepen op een van de hiervoor besproken bepalingen. De poortwachter mag een beroep daarop ook niet nodeloos bemoeilijken.¹⁰⁴ Slechts bij uitzondering kan de Commissie een van de voornoemde verplichtingen volledig of gedeeltelijk opschorten voor een bepaalde kernplatformdienst, voor zover komt vast te staan dat zij de economische levensvatbaarheid van de activiteiten van de poortwachter in de Europese Unie in gevaar brengt vanwege ‘uitzonderlijke omstandigheden buiten de wil van de poortwachter’.¹⁰⁵ De Commissie onderzoekt de noodzaak van een eventuele opschorting ieder jaar opnieuw.¹⁰⁶ Daarnaast kan de Commissie een specifieke kernplatformdienst uitzonderen van een van de voornoemde voorschriften en verboden omwille van redenen van openbare zedelijkheid, volksgezondheid en openbare veiligheid.¹⁰⁷

Informatieplicht ten aanzien van concentraties

In aanvulling op de hierboven genoemde *do's en don'ts* worden poortwachters verplicht om de Commissie in te lichten over eventuele voorgenomen concentraties (in de zin van de EU-Concentratieverordening),¹⁰⁸ voor zover daarbij andere aanbieders van kernplatformdiensten of andere digitale diensten betrokken zijn. Deze verplichting geldt ongeacht of de concentratie moet worden gemeld volgens de Europese¹⁰⁹ of nationale regels inzake concentratiecontrole.¹¹⁰ Voor zover een concentratie resulteert in afzonderlijke kernplatformdiensten die, gelet op de relevante drempelwaarden,¹¹¹ vermoedelijk fungeren als een belangrijke toegangspoort voor zakelijke gebruikers om eindgebruikers te bereiken, dient de betrokken poortwachter de Commissie hiervan binnen drie maanden na totstandbrenging van de concentratie op de hoogte te stellen. Daarbij dient de poortwachter ook in te gaan op de andere drempelwaarden die relevant zijn voor de kwalificatie als poortwachter.¹¹² De Commissie gebruikt de ontvangen informatie om te beoordelen of zij haar lijst met door poortwachters aangeboden kernplatformdiensten moet bijwerken. Uit de integrale wettekst valt niet op te maken of de DMA hiermee ook een oplossing in het leven roept voor het

veelvuldig besproken¹¹³ probleem dat zogenoemde ‘killer-acquisitions’¹¹⁴ veelal aan ex-antemededingingstoezicht ontsnappen. *Start-ups* die met dit doel worden overgenomen generen doorgaans weinig of geen omzet, waardoor de transactie niet aan de Europese of nationale meldingsdrempels voldoet. Staatssecretaris Keijzer pleit daarom voor een ‘ambitieuze aanpak van fusies en overnames door poortwachters’ in de DMA.¹¹⁵ Er bestaan echter aanwijzingen dat de Commissie dit probleem separaat wil ondervangen. De Commissie ziet daarvoor ruimte in de bestaande mogelijkheid van nationale mededingingsautoriteiten om concentraties te verwijzen naar de Commissie, zelfs indien deze niet voldoen aan de nationale of Europese meldingsdrempels.¹¹⁶ De Commissie heeft aangekondigd een mededeling uit te vaardigen waarin zij deze optie verder uitwerkt.¹¹⁷

De handhavingsbevoegdheden van de Commissie

De handhavingsbevoegdheden van de Commissie onder de DMA zijn in sterke mate vergelijkbaar met die bij de handhaving van artikel 101 en 102 VWEU.¹¹⁸ Zo heeft de Commissie de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen, interviews te houden en bedrijfsbezoeken te verrichten.¹¹⁹ De DMA verduidelijkt echter dat de Commissie ook bevoegd is om inzage te vorderen in databases en algoritmes.¹²⁰ Daarmee komt de DMA tegemoet aan de oproep om meer transparantie af te dwingen van digitale platforms¹²¹ en wordt poortwachters die een

103. Art. 11 lid 1 DMA.

104. Art. 11 lid 3 DMA.

105. Art. 8 lid 1 DMA.

106. Art. 8 lid 2 DMA.

107. Art. 9 lid 1 jo. lid 2 DMA.

108. Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (*PbEU* 2004, L 24/1).

109. Art. 1 lid 2 en 3 EU-Concentratieverordening.

110. Art. 12 lid 1 DMA.

111. Art. 3 lid 2 onder b DMA.

112. Art. 12 lid 3 DMA.

113. Zie bijvoorbeeld N. Levy, H. Mostyn & B. Buzatu, ‘Reforming EU merger control to capture “killer acquisitions” – the case for caution’, *Competition Law Journal* 2020, nr. 2 en M. Holström, J. Padilla, R. Stitzing & P. Sääskilähti, ‘Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets’, *2018 Yearbook of the Finnish Competition Law Association*.

114. Dat wil zeggen het overnemen van kleine, innovatieve start-ups met als doel om hun activiteiten in de kiem te smoren, voordat zij een realistische concurrentie dreiging kunnen vormen ten aanzien van de koper.

115. Mlex Market Insight, ‘EU gatekeeper law should be “more ambitious” on tech mergers, Dutch minister says’, 4 maart 2021, mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1269231&siteid=190&rdir=1, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

116. Dit betreft de zogenoemde ‘Dutch clause’ in art. 22 EU-Concentratieverordening. Eurocommissaris voor Mededinging Margrethe Vestager kondigde deze beleidswijziging aan tijdens een speech ter ere van het dertigjarige jubileum van de EU-Concentratieverordening, door te vermelden dat ‘[w]e plan to start accepting referrals from national competition authorities of mergers that are worth reviewing at the EU level – whether or not those authorities had the power to review the case themselves.’ Zie M. Vestager, ‘The future of EU merger control’, International Bar Association 24th Annual Competition Conference, https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

117. Mlex Market Insight, ‘National referrals won’t mean EU merger deals are “indefinitely” under scrutiny, Guersent says’, 23 maart 2021, <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1273959&siteid=190&rdir=1>, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

118. Zie de bevoegdheid om inlichtingen te vorderen, verklaringen af te nemen en overig onderzoek te verrichten in respectievelijk art. 18, 19 en 20 Verordening (EG) nr. 1/2003.

119. Art. 19, 20 en 21 DMA.

120. Art. 19 lid 1 DMA: ‘(...) De Commissie kan ook op eenvoudig verzoek of bij besluit om toegang tot databanken en algoritmen van ondernemingen verzoeken en om uitleg daarover vragen.’

121. Deze roep om transparantie en inzicht in de werking van algoritmes is bijvoorbeeld duidelijk te zien in J. Crémer, Y.A. de Montjoye &

dergelijke blik ‘onder de motorkap’¹²² zouden willen verhinderen het gras voor de voeten weggemaaid.

Verder kan de Commissie voorlopige maatregelen opleggen voor *prima facie* overtredingen, indien sprake is van urgentie vanwege het risico op ernstige en onherroepelijke schade voor zakelijke gebruikers of eindgebruikers.¹²³ Ook deze bevoegdheid is niet nieuw in het arsenaal van de Commissie,¹²⁴ maar is nu gebaseerd op schade aan zakelijke gebruikers en eindgebruikers in plaats van schade aan de mededinging. De Commissie kan voorlopige maatregelen onder de DMA alleen opleggen in een zogenoemde procedure inzake niet-naleving.¹²⁵ Daarin kan de Commissie vaststellen dat een poortwachter zich niet heeft gehouden aan verplichtingen, remedies, voorlopige maatregelen of toezeggingen.¹²⁶ In geval van niet-naleving stelt de Commissie een ‘passende’ deadline waarbinnen de poortwachter aan het besluit moet voldoen en verzoekt zij om een toelichting hoe de poortwachter dit denkt te bereiken.¹²⁷ Als sluitstuk van de niet-nalevingsprocedure komen in de DMA diverse boetebevoegdheden terug. Voor zover een poortwachter opzettelijk of uit onachtzaamheid een verplichting, remedie, voorlopige maatregel of toezegging niet naleeft, kan de Commissie een boete opleggen tot 10% van de wereldwijde omzet van de onderneming in het voorafgaande boekjaar.¹²⁸ Verder kan de Commissie voor diverse formele overtredingen een boete van maximaal 1% van de wereldwijde omzet opleggen.¹²⁹ Daarnaast kan de Commissie dwangsommen opleggen met het oog op de naleving van diverse verplichtingen, waaronder met name remedies, de verplichting om mee te werken met enkele onderzoeksbevoegdheden, voorlopige maatregelen, toezeggingen en een non-compliance besluit.¹³⁰ Deze dwangsom kan per dag maximaal 5% bedragen van de gemiddelde dagelijkse omzet van de onderneming in het voorafgaande boekjaar.¹³¹

Ten slotte is in de DMA voorzien in de bevoegdheid om aanvullende gedragsremedies en structurele remedies op te leggen, waaronder een juridische, functionele en structurele scheiding van (onderdelen van) een poortwachter.¹³² Hoewel remedies een bekend instrument zijn in het mededingingsrecht, is er een belangrijk verschil met het instrument in de DMA. Remedies

worden in een mededingingsrechtelijke context in principe aangeboden door de betrokken onderneming(en) die daartoe zelf het initiatief nemen.¹³³ Onder de DMA kunnen remedies daarentegen worden opgelegd door de Commissie. De Commissie kan overigens pas naar dit middel grijpen zodra sprake is van systematische niet-naleving van verplichtingen (zie hierna) en zal het evenredigheidsbeginsel in acht moeten nemen.¹³⁴ Gedragsremedies zijn daarbij het uitgangspunt. Structurele remedies zijn pas aan de orde als er geen gelijkwaardige gedragsremedie voorhanden is, of die gedragsremedie meer belastend zou zijn dan een structurele remedie.¹³⁵ Een poortwachter kan gedurende zowel een niet-nalevingsprocedure als een procedure over systematische niet-naleving ook toezeggingen doen.¹³⁶ De Commissie kan deze toezeggingen bindend verklaren indien deze de effectieve naleving van de DMA waarborgen.¹³⁷ De Commissie kan de genoemde procedures echter heropenen als de feiten in relevante mate zijn gewijzigd, de betrokken poortwachter zich niet houdt aan de toezeggingen, of het besluit blijkt te berusten op door de partijen verstrekte onvolledige, onjuiste of misleidende informatie.¹³⁸

Marktonderzoeken door de Commissie

In de aanloop naar de DMA hebben verschillende partijen, waaronder de ACM, de introductie van ex-antebevoegdheden bepleit.¹³⁹ Dit pleidooi lijkt in de DMA met name weerklank te hebben gevonden in de bevoegdheid van de Commissie om marktonderzoeken te verrichten. Deze marktonderzoeken kunnen drie doelen dienen: (1) vaststellen of ondernemingen kwalificeren als poortwachter (kwalificatieonderzoeken), (2) vaststellen of sprake is van een systematische niet-naleving van verplichtingen door poortwachters (non-compliance onderzoeken) en (3) het evalueren van de DMA (evaluatieonderzoeken).

Kwalificatieonderzoeken stellen de Commissie in staat om poortwachters aan te wijzen die niet voldoen aan elk van de drempelwaarden,¹⁴⁰ of die ‘voldoende onderbouwde argumenten’ naar voren hebben gebracht waarom deze kwalificatie niet van toepassing is.¹⁴¹ In het kader van dat onderzoek moet de Commissie specifieke, in de DMA benoemde, marktkenmerken onder-

H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Report for the European Commission, 2019, p. 71-72.

122. Deze terminologie is ontleend aan: *Kamerstukken II 2018/19*, 35134, nr. 2, p. 12.

123. Art. 22 lid 1 DMA.

124. Art. 8 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003. Deze bevoegdheid is bijvoorbeeld toegepast in het onderzoek naar overtreding van art. 102 VWEU door Broadcom. Zie hiervoor https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6109, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

125. Art. 22 lid 2 DMA.

126. Art. 25 lid 1 DMA.

127. Art. 25 lid 3 DMA.

128. Art. 26 lid 1 onder a t/m e DMA. Vgl. art. 23 lid 2 Verordening (EG) nr. 1/2003.

129. Art. 26 lid 2 onder a t/m g. Vgl. art. 23 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

130. Art. 27 lid 1 DMA.

131. Art. 27 lid 1 DMA. Vgl. art. 24 Verordening (EG) nr. 1/2003.

132. Art. 16 DMA.

133. Hoewel de Commissie in het kader van een kader van een overtreding van artikel 101 of 102 VWEU bevoegd is remedies op te leggen op grond van art. 7 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

134. Art. 16 lid 1 jo. lid 3 en 4 DMA en considerans DMA, randnr. 64.

135. Art. 16 lid 2 DMA en considerans DMA, randnr. 64. Vgl. art. 7 lid 1 Verordening (EG) nr. 1/2003.

136. Art. 23 lid 1 DMA.

137. Considerans DMA, randnr. 67. Vgl. art. 6 lid 2 Verordening (EG) nr. 139/2004.

138. Art. 23 lid 2 DMA.

139. Autoriteit Consument & Markt, Belgische Mededingingsautoriteit en Conseil de la Concurrence, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, p. 5-6.

140. Art. 3 lid 6 DMA jo. art. 15 DMA. Dit onderzoek kan mede plaatsvinden indien lidstaten van de Europese Unie hierom verzoeken. Indien een dergelijk verzoek uitgaat van ten minste drie lidstaten, moet de Commissie hierop binnen vier maanden beslissen. Zie art. 33 DMA.

141. Art. 3 lid 6 jo. lid 4 DMA. Zie considerans DMA, randnr. 23.

zoeken¹⁴² die in de economische literatuur reeds vaak zijn benoemd.¹⁴³ Aan de hand van deze kenmerken kan de Commissie bepalen of sprake is van een kanteffect op de markt (*'tipping'*), waardoor voorzienbaar is dat een onderneming een verankerde en duurzame poortwachterspositie zal verwerven.¹⁴⁴ Dit marktonderzoek heeft een prospectief karakter: de Commissie onderzoekt niet alleen bestaande marktkenmerken, maar ook de voorzienbare ontwikkelingen van de relevante markt(en).¹⁴⁵ De Commissie streeft ernaar dit onderzoek af te ronden binnen een periode van twaalf maanden, met na zes maanden een mogelijkheid voor de onderneming om te reageren op de voorlopige bevindingen.¹⁴⁶ Voor zover een onderneming 'in significante mate' verzuimt mee te werken met de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie, kan de Commissie hieraan de gevolgtrekking verbinden dat deze als poortwachter kwalificeert.¹⁴⁷ Het kwalificatieonderzoek vertoont gelijkenissen met de bevoegdheid van NRI's¹⁴⁸ prospectief te onderzoeken of een telecomaandbieder beschikt over aanmerkelijke marktmacht.¹⁴⁹ Dit type onderzoek is niet zozeer gericht op het remediëren van een overtreding, maar op het voorkomen van marktfalen in de toekomst.¹⁵⁰ Het verbaast daarom niet dat in telecommarktanalyses ten dele dezelfde marktkenmerken centraal staan als in marktonderzoeken naar poortwachters.¹⁵¹ Een fundamenteel verschil is echter dat telecommarktanalyses draaien om

aanmerkelijke marktmacht,¹⁵² terwijl de Commissie onder de DMA moet toetsen of sprake is van een poortwachterspositie.¹⁵³ Aanmerkelijke marktmacht veronderstelt een onderzoek naar hoe een onderneming zich, gelet op de voorzienbare marktontwikkelingen, in een bepaalde periode zal *gedragen*.¹⁵⁴ Voor het toetsen van een poortwachterspositie is in de DMA volstaan met een opsomming van relevante marktkenmerken, wat impliceert dat een onderzoek naar het (voorzienbare) marktgedrag van een onderneming niet noodzakelijk is voor kwalificatie als poortwachter.¹⁵⁵ Ook mogen NRI's telecomaandbieder met aanmerkelijke marktmacht slechts verplichtingen opleggen voor zover deze passend zijn.¹⁵⁶ Onder de DMA is dergelijk maatwerk niet aan de orde: indien een onderneming is aangewezen als poortwachter, moet deze voor iedere kerndienst in beginsel aan alle verplichtingen voldoen.¹⁵⁷

Daarnaast kan de Commissie marktonderzoek doen naar systematische niet-naleving van verplichtingen door poortwachters.¹⁵⁸ De gedrags- en structurele remedies waartoe dit onderzoek kan leiden zijn hiervoor besproken. De Commissie is bevoegd om gedrags- of structurele remedies op te leggen zodra een poortwachter binnen een periode van vijf jaar voorafgaand aan het marktonderzoek (1) ten minste drie niet-nalevings- of boetebesluiten heeft ontvangen en (2) zijn poortwachterspositie verder heeft versterkt.¹⁵⁹ Van een versterking van de poortwachterspositie is reeds sprake als een poortwachter zijn positie op een van de hiervoor besproken poortwachterskenmerken heeft versterkt of uitgebreid.¹⁶⁰ De Commissie moet dit marktonderzoek

142. Art. 3 lid 6 DMA. In de considerans (randnr. 25) verwijst de Commissie verder nog naar verticale integratie en het ontbreken van *multi-homing* (het gebruik van meerdere platforms door zakelijke gebruikers of eindgebruikers).

143. Zie J. Crémer, Y.A. de Montjoye & H. Schweitzer, *Competition policy for the digital era*, Report for the European Commission, 2019. Autoriteit Consument & Markt, Belgische Mededingingsautoriteit en Conseil de la Concurrence, *Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world*, p. 5.

144. Considerans DMA, randnr. 25.

145. Art. 3 lid 6, derde alinea, DMA.

146. Art. 15 lid 1 jo. lid 2 DMA. Indien een onderzoek is gericht op een onderneming die voldoet aan de cijfermatige drempels, maar 'voldoende onderbouwde argumenten' heeft ingebracht waarom deze niet als poortwachter kwalificeert, bedraagt de beoogde beslistering vijf maanden, met na drie maanden een mogelijkheid om op voorlopige bevindingen te reageren. Zie art. 15 lid 3 DMA.

147. Art. 3 lid 6, vierde en vijfde alinea, DMA.

148. Nationale regelgevende instanties.

149. Art. 6a.1 lid 3 Telecommunicatiewet. Deze bevoegdheid is in het leven geroepen in art. 16 Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn). De laatste markt die de Autoriteit Consument & Markt in dit kader heeft onderzocht is de markt voor *Wholesale Fixed Access*, zie marktanalyse van 27 september 2018 met kenmerk ACM/UIT/499799. Zie over aanmerkelijke marktmacht: Considerans Richtlijn (EU) 2018/1972 van 11 december 2018 (Richtlijn tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische telecommunicatie (de Telecomcode)), randnr. 161.

150. P. Alexiadis & A. de Streel, 'Designing and EU Intervention Standard for Digital Platforms', EUI Working Paper RSCAS 2020/14, p. 18-19. Zie considerans Telecomcode, randnr. 161: 'In bepaalde omstandigheden moeten verplichtingen ex ante worden opgelegd om de ontwikkeling van een concurrerende markt te waarborgen, waarbij de voorwaarden gunstig zijn voor de implementatie van en toepassing van netwerken en diensten met zeer hoge capaciteit, en het behalen van maximale voordelen voor de eindgebruiker.'

151. Richtsnoeren Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van 7 mei 2018, C-159/01, randnr. 58. In de niet-limitatieve opsomming wijst de Commissie onder meer op de volgende marktkenmerken: de absolute en relatieve grootte van de onder-

neming, schaalvoordelen, geen of beperkte compenserende inkoopmacht en directe en indirecte netwerkeffecten.

152. Aanmerkelijke marktmacht houdt in dat de onderzochte onderneming 'in structureel opzicht en op korte tot middellange termijn op de gedefinieerde relevante markt voldoende marktmacht bezit om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, klanten en uiteindelijk consumenten te gedragen' (Richtsnoeren Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van 7 mei 2018, C-159/01, randnr. 11).

153. In de zin van art. 3 lid 3 DMA.

154. Richtsnoeren Commissie voor de marktanalyse en de beoordeling van aanmerkelijke marktmacht van 7 mei 2018, C-159/01, randnr. 24. De recentelijk geïmplementeerde Europese Telecomcode voorziet daarnaast overigens ook in een regime voor telecomspecifieke regulering zonder vaststelling van aanmerkelijke marktmacht. Zie hiervoor art. 61 lid 3 Richtlijn (EU) 2018/1972 (Telecomcode) jo. art. 6.3 Telecommunicatiewet.

155. De considerans lijkt deze gevolgtrekking te bevestigen. Zie Considerans DMA, randnr. 10: 'Deze verordening streeft een doel na dat complementair is aan, maar verschillend is van dat van de bescherming van onvervalste mededinging op een bepaalde markt, zoals gedefinieerd in mededingingsrechtelijke bepalingen, namelijk ervoor te zorgen dat markten waar poortwachters aanwezig zijn, betwistbaar en eerlijk zijn en blijven, los van de daadwerkelijke, waarschijnlijke of vermoede gevolgen van het gedrag van een bepaalde onder deze verordening vallende poortwachter voor de mededinging op een bepaalde markt.'

156. Art. 6a.2 lid 1 onder a Telecommunicatiewet. Zie ook art. 16 lid 4 Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn).

157. Zie art. 5 aanhef en art. 6 aanhef DMA. Slechts poortwachters die nog geen stevig verankerde, duurzame positie hebben, krijgen een beperkter aantal verplichtingen opgelegd, zie art. 15 lid 4 DMA en considerans DMA, randnr. 63.

158. Art. 16 DMA.

159. Art. 16 lid 1 jo. lid 3 en 4 DMA.

160. Art. 3 lid 1 jo. art. 16 lid 4 DMA.

eveneens afronden binnen twaalf maanden, maar heeft de mogelijkheid om deze termijn met zes maanden te verlengen.

Ten slotte kan de Commissie marktonderzoek verrichten ten behoeve van de evaluatie van de DMA.¹⁶¹ Dit marktonderzoek heeft als doel om nieuwe kerndiensten en nieuwe oneerlijke praktijken te identificeren, en ‘solide bewijzen’ te bieden voor regulering van die praktijken.¹⁶² Waar nodig, kan de Commissie op basis van dit onderzoek een voorstel doen tot wijziging van de DMA.

Slotopmerkingen

Naar verwachting zal slechts een klein aantal zeer grote platforms kwalificeren als poortwachter. De DMA geeft de Commissie de middelen om het gedrag van deze poortwachters op verschillende niveaus te reguleren. De regels waaraan poortwachters zich moeten conformeren, strekken immers zowel ter bescherming van de upstream concurrentie tussen platforms onderling, als ter waarborging van de downstream concurrentie en verbetering van de verticale verhouding tussen platforms en hun zakelijke gebruikers. Daarnaast behartigt de Commissie de belangen van de adverteerder in haar poging om de advertentiemarkt transparanter te maken. Hoewel deze aanpak heeft geresulteerd in een aanzienlijke lijst van *do's* en *don'ts*, zijn veel van deze regels in *materieel* opzicht niet nieuw. De meeste in artikel 5 en 6 DMA omschreven gedragingen kunnen namelijk kwalificeren als verboden misbruik van een machtspositie onder artikel 102 VWEU indien zij worden begaan door een onderneming met een dominante positie, zoals blijkt uit de hiervoor aangehaalde beschikkingspraktijk van de Commissie.¹⁶³ Waarin schuilt dan de in het voorstel geopperde complementariteit ten opzichte van de mededingingsregels? Deze lijkt zich met name te bevinden in de uitbreiding van het arsenaal van de Commissie in de strijd tegen platformproblematiek, waarvan de belangrijkste de geïntroduceerde *ex-antemethode* is.¹⁶⁴ In deze vorm van *ex-anteregulering* schuilt echter ook een gevaar van overinclusiviteit. De vaststelling of een onderneming een poortwachter is, lijkt een betrekkelijk mechanische drempelgebonden exercitie te zijn. Om een onderneming als poortwachter aan te wijzen hoeft de Commissie bijvoorbeeld, anders dan in het mededingingsrecht, niet aan te tonen dat sprake is van een mededingingsbeperkende overeenkomst, of dat een partij zich in aanzienlijke mate onafhankelijk kan gedragen van concurrenten, afnemers en eindgebruikers, en daarvan misbruik maakt met mededingingsbeperkende

effecten tot gevolg.¹⁶⁵ Als een onderneming eenmaal voldoet aan de cijfermatige drempels van de DMA, is het zelfs aan die onderneming om te bewijzen dat deze niet als poortwachter kwalificeert, zonder dat zij daarbij bovendien een beroep kan doen op innovatie- en efficiëntieverweren.¹⁶⁶ Deze omkering van de bewijslast heeft verstrekkende gevolgen: de enkele status van poortwachter brengt immers in beginsel mee dat een onderneming moet voldoen aan alle verplichtingen uit de DMA, ongeacht of bepaalde gedragingen die daaronder vallen ook daadwerkelijk nadelige effecten sorteren. Advocaat-generaal Pitruzzella heeft zich al, op persoonlijke titel, kritisch uitgelaten over dit aspect van het voorstel.¹⁶⁷

Deze combinatie van rigide *ex-anteregulering* met versoepelde spelregels voor de Commissie resulteert in een *shortcut* ten opzichte van de waarborgen onder artikel 101 en 102 VWEU. Deze sluiproute naar het opleggen van verplichtingen behoeft een bijzondere rechtvaardiging, die niet steeds evident is. Zo verwijst de Commissie naar de volgende rechtvaardiging voor het invoeren van transparantieplichtingen: ‘de kosten van onlineadvertenties [zijn] waarschijnlijk hoger dan in een eerlijkere, transparantere en betwistbare platformgeving.’¹⁶⁸ De stelling dat een mededingingsprobleem ‘aannemelijk’ is, zou in een *ex-post* mededingingsonderzoek of *ex-ante* telecomanalyse geen solide *theory of harm* opleveren. Een poortwachter die meent dat een transparantieplichting niet noodzakelijk is, lijkt het in de DMA echter met deze redenering te moeten doen. De prijs voor deze versoepeling is dat de Commissie voortgang moet maken met *non-compliance* onderzoeken. Die moeten binnen twaalf maanden worden afgerond. De DMA geeft de Commissie daarnaast een, in potentie, machtig middel om ook *ex post* op te treden. Drie niet-nalevingsbesluiten in een periode van vijf jaar geven de Commissie, ongeacht de ernst van de overtreding, de mogelijkheid om remedies op te leggen aan poortwachters indien zij hun positie verder hebben versterkt of uitgebreid. Hoewel deze bevoegdheid steeds met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel moet worden toegepast, is het een ongekend krachtig middel waarmee de Commissie gedrag kan opleggen of zelfs kan ingrijpen in de marktstructuur.

Tegelijk is de DMA nog steeds niets meer dan een wetsvoorstel van de Commissie, dat de nodige veranderingen zal doormaken onder druk van het Europees Parlement, de lidstaten en velerlei andere *stakeholders*. Zo menen sommige Europarlementariërs dat het voorstel niet

161. Art. 17 DMA.

162. Art. 17 DMA. Zie *considerans* DMA, randnr. 65.

163. Al ziet de Commissie naast de DMA nog steeds een rol weggelegd voor art. 101 en 102 VWEU met betrekking tot digitale platforms. Zie hiervoor het recente interview met directeur-generaal Mededinging Guersent: <https://globalcompetitionreview.com/digital-markets/dma-not-the-end-of-antitrust-enforcement-guersent-says>, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.

164. Toelichting bij de DMA, p. 3, *considerans*, randnr. 10 en 11.

165. In de zin van respectievelijk art. 101 en 102 VWEU.

166. Zo stelde de directeur beleid en strategie van de afdeling mededeling van de Europese Commissie dat in de bepalingen van de DMA al voldoende rekening zou zijn gehouden met efficiëntieoverwegingen. Zie hiervoor: ‘DMA at the interface of Competition and Regulation, Concurrences webinar’, 3 maart 2021.

167. ‘Digital antitrust reforms in the EU and the US: What role for the courts? Digital and competition’, *Concurrences online*, 9 maart 2021.

168. *Considerans* DMA, randnr. 42.

ambitieuze genoeg is,¹⁶⁹ benadrukken nationale mededingingsautoriteiten dat zij ook een rol moeten hebben onder de DMA,¹⁷⁰ pleit de Nederlandse regering ervoor om (onder meer) rekening te houden met het bestaan van economische ecosystemen bij het definiëren van poortwachtersposities¹⁷¹ en hebben verschillende techreuzen het voorstel weggezet als rigide en overinclusief.¹⁷² Het valt dus nog te bezien of de soep uiteindelijk zo heet gegeten zal worden als de Commissie hem momenteel probeert op te dienen.

169. Politico Europe, '5 challenges to the new EU digital rulebook', 16 december 2020, www.politico.eu/article/5-challenges-to-the-new-eu-digital-rulebook/, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.
170. Aldus de oproep van de voorzitter van de ACM en de voorzitter van de Belgische mededingingsautoriteit, 'EU Digital Markets: Where do Member States Stand?', *Concurrences online*, 2 maart 2021.
171. Zie Nederlandse Permanente Vertegenwoordiging bij de EU, Dutch position on the Digital Markets Act, 17 februari 2021, www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2021/02/17/dutch-position-on-the-proposal-for-the-digital-markets-act, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.
172. Mlex Market Insight, 'Apple, Amazon, Booking.com take shots at EU's "gatekeeper" regulation', 9 februari 2021, www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1263693&siteid=190&rdir=1, laatst geraadpleegd op 24 maart 2021.