

Verlag internetconsultatie wetsvoorstel Uitvoeringswet digitale marktenverordening

Inleiding

Het wetsvoorstel is in de periode van 13 maart 2023 tot en met 10 april 2023 via internet geconsulteerd. Deze consultatie heeft 9 reacties opgeleverd, waarvan 4 openbaar. Naar aanleiding van deze reacties is de memorie van toelichting op tweetal punten verduidelijkt, namelijk:

- Verduidelijking in paragraaf 4.2.1 van de memorie van toelichting dat, naast zakelijke- en eindgebruikers, eveneens derde partijen het recht hebben om informatie over de naleving van de digitale marktenverordening door poortwachters te melden bij de ACM.
- Verduidelijking van het begrip nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten in paragraaf 3.4.3 van de verordening door verwijzing naar artikel 2, negende lid, van de verordening, waarin wordt gerefereerd naar artikel 2, punt 7, van Richtlijn (EU) 2018/1972.

Niet alle reacties in de internetconsultatie hebben geleid tot aanpassingen in het wetsvoorstel of de memorie van toelichting. In paragraaf 7.3 van de memorie van toelichting is daar inhoudelijk op gereageerd en is, waar nodig, een nadere toelichting gegeven op de betreffende bepalingen in het wetsvoorstel. In de navolgende paragrafen wordt daarvan verslag gedaan.

Algemene opmerkingen over de verordening en het wetsvoorstel

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

Enkele partijen gaan in hun reactie in op de verhouding tussen het mededingingsrecht en de maatregelen die de verordening oplegt. De Computer & Communications Industry Association (hierna: CCIA) benoemt terecht dat de verordening een nieuw *ex ante* reguleringsinstrument betreft dat veeleer een aanvulling op het mededingingsrecht vormt gebaseerd op een afzonderlijke rechtsgrondslag. Volgens CCIA moeten de verplichtingen in de verordening en eventuele toekomstige overtredingen dan ook niet worden gezien als bewijs van een machtspositie, concurrentieverstorend gedrag of enig ander onderdeel van een mededingingsvordering. Feit dat bepaalde praktijken in de verordening als problematisch en onwenselijk worden gezien vanwege de positie van een poortwachter, wil inderdaad niet zeggen dat ook sprake is van misbruik van een economische machtspositie. In paragraaf 3.7.1 van de memorie van toelichting wordt nader ingegaan op de mogelijke overlap en wordt de verhouding geduid tussen de verordening en het verbod op misbruik van een economische machtspositie als opgenomen in artikel 102 van het Verdrag inzake de Werking van de Europese Unie.

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

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

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

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

Reikwijdte onderzoek ACM

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

Zo vraagt KHN zich af welke mogelijkheden de ACM heeft om onderzoek te doen wanneer een poortwachter zich in een andere lidstaat niet aan de regels houdt. De ACM kan zelf bepalen wanneer zij voldoende aanleiding ziet om tot het instellen van een onderzoek over te gaan. Daarvoor is niet vereist dat eerst nationale signalen zijn ontvangen over soortgelijke gedragingen in Nederland. Uiteraard kan de ACM dergelijke signalen of meldingen wel gebruiken in haar prioritering. Goede informatie-uitwisseling tussen verschillende bevoegde autoriteiten speelt hierbij een belangrijke rol. Informatie over onderzoeken van de Europese Commissie en bevoegde autoriteiten in andere lidstaten wordt met de ACM gedeeld via het Europees Mededingingsnetwerk (ECN). Ook voorziet de verordening in de oprichting van een raadgevend comité digitale markten en een groep op hoog niveau, waarin informatie over toezicht en handhaving zal worden gedeeld.

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

en waar deze laatste is gevestigd. Het is daarom niet noodzakelijk om de tekst in paragraaf 4.2.2 van de memorie van toelichting aan te passen.

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

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

Samenwerking met de Europese Commissie

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

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

Een andere partij geeft aan dat nationale toezichthouders zoveel mogelijk naar de Commissie zouden moeten verwijzen, zodat een geharmoniseerde en consistente aanpak bereikt kan worden in de gehele EU. De verordening voorziet hier ook in door de Europese Commissie als enige centrale toezichthouder en handhaver aan te wijzen. Deze systematiek voorkomt fragmentatie in het toezicht. Subtiele variaties in verschillende lidstaten van dezelfde reglementen uit de verordening zijn geschikt om te bespreken in het Europees mededingingsnetwerk (ECN). Ook kan de Commissie op grond van artikel 37, tweede lid, van de verordening de nationale toezichthouders raadplegen over alle aangelegenheden die betrekking hebben op de toepassing van de verordening.

SOMO is van mening dat de ACM voorgenomen fusies van poortwachters die haar bekend zijn via de Commissie, grondig moet doornemen en moet verwijzen naar de Commissie op grond van artikel 22 van de Concentratieverordening¹. SOMO stelt dat hierbij ook andere overwegingen meegenomen moeten worden, zoals de impact op arbeid en privacy. Het proces dient open en transparant te zijn. Deze lijn kan het kabinet niet volgen. Immers, de ACM maakt een afweging voordat wordt besloten om een fusie te verwijzen voor verder onderzoek door de Commissie. In deze afweging neemt de ACM verschillende factoren mee om de mededingingsrechtelijke gevolgen te bepalen. In hoeverre daarin ruimte is voor andere factoren dan de reguliere parameters (zoals prijs, productdifferentiatie, innovatie e.d.), is om te bepalen door de ACM als onafhankelijke toezichthouder.

CCIA kaart een drietal punten aan die betrekking hebben op de samenwerking tussen Commissie en nationale toezichthouders. Allereerst roept CCIA de Nederlandse overheid op om de Commissie te verzoeken gebruik te maken van de mogelijkheid in artikel 47 van de verordening om thematische richtsnoeren vast te stellen. Deze partij geeft aan dat uit deze richtsnoeren duidelijk moet worden welke factoren worden meegenomen bij het toewijzen van zaken. CCIA kaart dit terecht aan. Het is inderdaad belangrijk dat het voor poortwachters duidelijk wordt hoe per kernplatformdienst voldaan moet worden aan de verplichtingen uit de verordening. Dit kan bijvoorbeeld middels genoemde richtsnoeren uit artikel 47 van de verordening. Aangezien in de verordening sprake is van *ex ante* nalevingsvereisten wordt in een vroeg stadium gesproken tussen

¹ Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen (de "EG-concentratieverordening"), *Pb.* L 024.

de Commissie en poortwachters over de invulling van die verplichtingen. Via verschillende wegen (raadgevend comité digitale markten, European Competition Network en de groep op hoog niveau) kan voorts worden gesproken over de concrete invulling van de verplichtingen uit de verordening.

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

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

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

Procedurele opmerkingen over werkwijze ACM

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

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

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

In haar reactie gaat SOMO eveneens in op de relatie tussen artikel 27 van de verordening en het wetsvoorstel. De geconsulteerde wetsvoorstel en toelichting bevatten naar haar mening geen methode waarmee derde partijen (zoals non-profit instellingen, onderzoeksinstellingen, academici en media) toegang hebben tot informatie. De verordening zou volgens SOMO moeten aansluiten bij Verordening (EG) 1049/2001² waarin de openbaarheid van (Europese) stukken wordt geregeld. Artikel 27 van de verordening biedt de ruimte voor derde partijen om nationale toezichthouders en de Europese Commissie te informeren over praktijken of gedragingen van poortwachters onder de

² Verordening (EG) nr. 1049/2001 van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 2001 inzake de toegang van het publiek tot documenten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie, PbEU L 145.

verordening. Uit ervaring is gebleken dat informatie van derden waardevol kan zijn voor toezichthouders. Echter, er is geen rol weggelegd voor deze partijen in het toezicht op de verordening. Het is dan ook niet logisch om alle informatie en/of documenten waarover de toezichthouders beschikken te openbaren voor deze derde partijen. Vanuit het belang van een onderzoek of de gevoeligheid van een specifiek document voor een onderneming kan het eveneens onwenselijk zijn als deze gegevens wel gedeeld zouden worden. Verordening (EG) 1049/2001 en de Nederlandse Wet open overheid³ zijn niettemin beiden van toepassing op de ACM.

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

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

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

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

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

Bovendien benoemt CCIA dat alle handhavingsmaatregelen, met inbegrip van onderzoeken naar niet-naleving op nationaal niveau, in overeenstemming moeten zijn met het

³ Wet open overheid (Stb. 2022, 14).

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

Specifieke opmerkingen over de verordening

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

Volgens Bits of Freedom zijn de artikelen 5 tot en met 7 van de verordening vatbaar voor doeltreffende omzeiling door poortwachters. Zo schetst Bits of Freedom een situatie waarbij poortwachters de interoperabiliteitseis voor hun berichtenapplicaties met concurrerende diensten ineffectief zouden kunnen inzetten. Bijvoorbeeld door alleen trage, onwerkbare of slecht gedocumenteerde API's aan te bieden, en door hun ontwerpen zo vaak te wijzigen dat kleinere concurrenten moeite hebben om bij te blijven. Ook benadrukt zij dat de Europese Commissie moet zorgen voor een zeer nauwe definitie van de integriteitsvrijstelling in artikel 6, vierde lid, van de verordening die ziet op appstores. Dit om te voorkomen dat deze bepaling in de praktijk irrelevant wordt.

Het kabinet vindt het belangrijk dat de verplichtingen uit de verordening door poortwachters ook daadwerkelijk effectief worden uitgevoerd. De Commissie kan uit eigen beweging in dialoog gaan en/of maatregelen voorschrijven om de verplichtingen in de verordening nader in te vullen. Daarnaast gaat artikel 13 van de verordening ontduiking van bepalingen uit de verordening tegen. Zo geeft het vierde lid van dit artikel aan dat poortwachters geen gedrag moeten vertonen die de naleving van de verplichtingen uit de verordening ondermijnen. Eerder in de memorie van toelichting is aangekaart dat boeten opgelegd kunnen worden aan poortwachters bij niet-naleving van de verplichtingen. Daarbij geldt dat artikel 23, derde lid, van de verordening de Commissie de mogelijkheid biedt om onafhankelijke auditoren aan te stellen om de Commissie bij te staan bij het toezicht op de verplichtingen en maatregelen. Hiermee kan de Commissie specifieke kennis meekrijgen op dit technisch vlak.

Overige opmerkingen

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

Volgens een reactie zou artikel 12i van de Instellingswet in het wetsvoorstel moeten worden uitgesloten bij de uitvoering van het toezicht op de naleving van de artikelen 5, 6 en 7 van de verordening. Dit om onduidelijkheid over de reikwijdte van de medewerkingsplicht bij de inzet van toezichtsbevoegdheden te voorkomen. Artikel 12i van de Instellingswet regelt in aanvulling op artikel 5:10a Awb dat het zogenoemde 'zwijgrecht' en de 'cautieplicht' voor alle bij een marktorganisatie werkzame personen geldt in het geval van verhoor.⁴ In artikel 5:10a Awb is bepaald dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen af te leggen. Dit wordt ook wel het 'zwijgrecht' genoemd. Volgens de betreffende partij kan de ACM in tegenstelling tot de Europese Commissie, in het kader van het toezicht op de naleving van de verordening geen bestraffende sanctie opleggen bij overtreding van de verordening. Dit is echter niet geheel juist, nu de ACM bij niet-medewerking kan besluiten tot het opleggen van een sanctie. Een inperking van de

⁴ Kamerstukken II 2012/13, 33622, 3, p. 10 en 51-52

uitzondering op de medewerkingsplicht bij onderzoeken wordt door het kabinet niet evenredig geacht. Dit zou de onderzochte onderneming een effectieve bescherming door middel van het zwijgrecht ontnemen. Aan de uitzondering op de medewerkingsplicht wordt door de ACM bovendien organisatiebreed toepassing gegeven, wat eenduidigheid van procedures en duidelijkheid voor de marktorganisaties in kwestie waarborgt. Bij de keuze voor eenduidige stroomlijning ligt een teruggang in rechtswaarborgen daarom ook niet voor de hand.

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