

RECHTSLEER DOCTRINE

MEDEDINGINGSRECHT EN GEREGULEERDE SECTOREN / DROIT DE LA CONCURRENCE ET SECTEURS RÉGULÉS

Digital Markets Act: het antwoord van de Europese Commissie op de groeiende macht van digitale platformen¹

Axel DESMEDT², Yvan DESMEDT³ en Maarten JOSSON⁴

Inleiding	843
I. Voorbodes voor de DMA	844
1. <i>Studies en rapporten vanuit alle windstreken</i>	844
2. <i>Het begin van een Europees regelgevend kader</i>	845
3. <i>Ook grote stappen vooruit buiten de EU</i>	846
4. <i>Digitaal decennium</i>	847
5. <i>Van de “Digital Services Act” en de “New Competition Tool” naar de Digital Markets Act</i>	847
II. De mededingingsrechtelijke handhaving	848
1. <i>Precedenten waarbij misbruik van machtspositie werden onderzocht</i>	848
2. <i>Relevante ervaring op het vlak van concentratiecontrole</i>	850
III. Het voorstel van verordening van de Europese Commissie	851
1. <i>Poortwachters</i>	851
2. <i>Verplichtingen die op de poortwachters rusten</i>	854
2.1. <i>Algemeen</i>	854
2.2. <i>Specifieke verplichtingen voor poortwachters</i>	855
3. <i>Institutionele structuur en procedure</i>	857
3.1. <i>Een gecentraliseerde benadering</i>	857
3.2. <i>Handhavingstechnieken</i>	858
IV. Slotbeschouwingen	859

SAMENVATTING

Op 15 december 2020 stelde de Europese Commissie haar langverwachte Digital Markets Act-ontwerp (DMA) voor. Via deze verordening die, vooraleer ze definitief aangenomen wordt, eerst nog door onderhandelingen met het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie moet, probeert de Commissie (ex ante) spelregels op te leggen aan zogenaamde poortwachters die, gezien hun prominente positie op de markt voor digitale platformen, de betwistbaarheid van deze markt kunnen inperken.

Deze bijdrage onderzoekt eerst wat voorafging aan het voorstel van de Commissie. Zonder echter in detail te treden

¹ Disclaimer: deze bijdrage is opgesteld ten persoonlijke titel en kan in geen geval gezien worden als een standpunt van de instellingen waartoe de auteurs toebehoren. De auteurs danken Tom Van Landeghem en Mark Baars voor de nalezing en commentaar op de bijdrage.

² Lid van de Raad van het BIPT.

³ Advocaat.

⁴ Economist op het BIPT.

worden de vooraanstaande studies en mededingingsrechtelijke handhavingsinitiatieven toegelicht die een invloed hebben gehad op de DMA.

Daarna wordt het voorstel van verordening zelf beschreven in het licht van de beleidsmatige overwegingen die aan de DMA voorafgingen. De bijdrage wordt afgesloten met een aantal initiële bedenkingen van de auteurs.

RÉSUMÉ

Le 15 décembre 2020, la Commission européenne présentait son très attendu projet de législation sur les marchés numériques (« Digital Markets Act » ou DMA). Par le biais de ce règlement qui, avant d'être adopté définitivement, doit encore faire l'objet de négociations avec le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, la Commission tente d'imposer des règles (ex ante) aux « contrôleurs d'accès » qui, vu leur place de premier plan sur le marché des plates-formes numériques, peuvent limiter la contestabilité du marché.

Cette contribution étudie d'abord ce qui a précédé la proposition de la Commission, à savoir, sans entrer dans les détails, les principales études et les actions en droit de la concurrence qui ont influencé l'élaboration du DMA.

Ensuite, la proposition de règlement est décrite à la lumière des considérations politiques qui précédaient le DMA. La contribution se clôture par un certain nombre des réflexions des auteurs relatives à la proposition de la Commission.

INLEIDING

In december 2020 heeft de Europese Commissie (“de Commissie”) onder de naam “Digital Markets Act” (afgekort de “DMA”) een ambitieus voorstel van verordening gepubliceerd voor het reguleren van digitale platformen. De DMA is bedoeld om bijkomende spelregels toe te voegen die specifiek gericht zijn om de goede werking van de digitale economie in Europa te bevorderen. Dit wetgevend initiatief dat nog definitief moet worden aangenomen is ongetwijfeld één van de belangrijke bouwstenen van de huidige Commissie.⁵

Net als Rome werd ook de DMA niet op één dag gebouwd. Het draagvlak voor dit initiatief vloeit voort uit een reflectieproces dat al jaren gaande is, gestuwd door talloze rapporten, gekoppeld aan de geleerde lessen uit de *ex post* mededingingszaken door de Commissie en nationale mededingingsrechtelijke instanties. Het voorstel van de Commissie bouwt inderdaad op een aantal studies en mededingingsrechtelijke handhavingsinitiatieven zowel op Europees als op nationaal niveau. Op hun beurt zijn deze initiatieven dan weer een toepassing van eerdere precedents die grotere technologische ondernemingen betroffen. De praktijken die specifiek worden gevisieerd in de DMA zijn (meestal) praktijken die het voorwerp hebben uitgemaakt van handhaving in toepassing van het mededingingsrecht. Het handhavingsbeleid van de EC en nationale mededingingsrechtelijke instanties werd echter niet als voldoende of adequaat beschouwd om een

volledige en effectieve respons te bieden voor de mogelijke marktdistorsies die zich kunnen voordoen. Mededingingsrechtelijke handhaving blijft *ex post* (onderzoek naar bestaande gedragingen en praktijken) en individueel (treft dus niet een gehele sector of alle marktspelers). Er was bovendien een bezorgdheid dat verschillende nationale initiatieven tot een gefragmenteerd landschap zouden kunnen leiden, hetgeen nadelig zou zijn voor de digitale economie die inherent minder territoriaal is afgebakend en waarvan de marktspelers vaak over de grenzen heen actief zijn. De Europese wetgever heeft er daarom voor gekozen om op Europees niveau een geharmoniseerd kader voor te stellen met als ultieme doelstelling “platformen in staat te stellen hun volledige potentieel te ontsluiten door op EU-niveau de meest ernstige gevallen van oneerlijke praktijken en zwakke betwistbaarheid aan te pakken, zodat zowel eindgebruikers als zakelijke gebruikers ten volle de vruchten kunnen plukken van de platformeconomie en de digitale economie in het algemeen, in een betwistbare en eerlijke omgeving”.⁶

Deze bijdrage onderzoekt wat voorafging aan het voorstel van de Commissie en tracht een eerste toelichting te geven van de beoogde verplichtingen en handhaving.⁷ Uiteraard betreft dit nog maar een voorstel en zal de finale tekst nog het voorwerp uitmaken van wijzigingen vooraleer het in het *Publicatieblad* zal verschijnen. De opbouw die we hiervoor

⁵ Naast de DMA heeft de Commissie ook het voorstel ingediend voor een “Digital Service Act” (“DSA”) welke eerder betrekking heeft op aspecten zoals het weghalen van illegale goederen en diensten of illegale inhoud, de bescherming van gebruikers van systemische platformen, transparantie over gebruik en traceerbaarheid van gebruikers van platformen, enz. Beide (DSA en DMA) vormen één van de belangrijkste wetgevende werven van de huidige Commissie voor het komende digitale decennium (zie www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/nl/ip_20_2347). De DSA is niet het voorwerp van deze bijdrage.

⁶ Voorstel (Comm.) voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector (wet inzake digitale markten), 15 december 2020, COM(2020) 842 def – 2020/0374(COD) (hierna: “DMA”).

⁷ De behandeling door het Europees Parlement en de Raad (die volop aan de gang is bij het schrijven van deze bijdrage) wordt slechts terloops vermeld en vormt geen deel van deze bijdrage.

hebben gevolgd is als volgt:

- Deel I. onderzoekt de voorbodes voor de DMA vanuit een beleidsmatig- en regelgevend perspectief;
- Deel II. onderzoekt de relevante mededingingsrechtelijke handhaving (en enkele vastgestelde beperkingen) die aan de basis ligt van sommige verplichtingen die in de DMA zijn opgenomen;
- Deel III. beschrijft de voorgestelde regulering in het licht van de beleidsmatige overwegingen die aan de

DMA voorafgingen, aangevuld met enkele bedenkingen.

- Deel IV. omvat onze initiële bedenkingen (slotbeschouwingen) op het voorstel van de Commissie.

Het onderwerp is reeds voer voor discussie, en zal dit het komende decennium blijven aangezien dit wellicht een juridische revolutie inluidt voor het statuut van de economisch toonaangevende digitale platformen.

I. VOORBODES VOOR DE DMA

1. Studies en rapporten vanuit alle windstreken

Daar waar digitale platformen en hun specifieke eigenschappen al van in het eerste decennium van de 21ste eeuw bestudeerd werden door verschillende onderzoekers, bijvoorbeeld door Jean Tirole en Rochet⁸, en later de OESO⁹ verschillende studies aan dit onderwerp wijdde, was het op Europees politiek vlak Neelie Kroes, de voormalige Europees Commissaris die de kat de bel aanbond. Bij haar aantreden in 2010 als Eurocommissaris voor digitale agenda wees ze al meteen op het belang van data en interoperabiliteit en maakte die laatste tot een van haar prioriteiten.¹⁰ Toen al werd gewezen naar grote platformen als Microsoft en Apple en de marktmacht die zij kunnen hebben.

Ook handhavende instanties zoals telecomregulators en mededingingsautoriteiten hadden steeds meer oog voor de opkomst van digitale platformen, en dit omwille van verscheidene redenen.

Midden het tweede decennium vonden Over-The-Top-diensten¹¹ (kortweg: OTT) (bv. WhatsApp, Netflix) steeds meer ingang bij het grote publiek waardoor grote digitale platformen vaak als een bedreiging gezien werden voor (en door) traditionele dienstenleveranciers en infrastructuurspelers die onderhevig waren aan een strikter regelgevend regime.¹² Zo startte AGCOM – de Italiaanse telecomregulator – in 2016 een onderzoek rond mogelijke wetgevingsinitiatieven om eerlijke concurrentie te waarborgen tussen OTT-spelers en gereguleerde traditionele spelers.

In dezelfde periode werd ook steeds meer gekeken naar de rol van (big) data. Niet alleen de economische voordelen die (grote) bedrijven hieruit kunnen halen (“*data is the new oil*”), maar ook het beschermen van (persoonlijke) gegevens en het definiëren welke data aan wie toebehoren werden steeds meer onderwerp van discussie.¹³ AGCOM wees in haar tussentijds rapport over “Big Data”¹⁴ op het feit dat de *ex ante* regelgeving en *ex post* interventiebevoegdheden in verband met de marktmacht van online platformen in Europa erg versnipperd was. AGCOM pleitte daarom voor meer samenwerking tussen bevoegde autoriteiten.

ARCEP, de Franse telecomregulator, heeft zich ook op het onderwerp gestort en vestigde de aandacht vooral op eindgebruikersapparaten als zwakke schakel in het debat rond netneutraliteit.¹⁵ Smartphones, tablets en stemgestuurde slimme apparaten als Google Assistant, Alexa (Amazon), Siri (Apple) werden aangemerkt als een essentiële link voor toegang tot het internet zonder dat hiervoor een regelgevend kader bestaat. ARCEP kaartte hierin onder meer het probleem aan dat vooraf geïnstalleerde apps vaak niet kunnen worden verwijderd of dat het onmogelijk is om de rangschikking van apps in *app stores* te wijzigen.¹⁶

De (gefuseerde) telecomregulator en mededingingsautoriteit in Nederland – ACM – richtte haar pijlen op de *app stores*. In haar marktstudie analyseerde ACM in hoeverre Apple en Google de stimulans en de mogelijkheid hebben om met hun *app stores* invloed uit te oefenen op de beschikbaarheid van apps (en dus de keuze voor de consument) en of er sprake is

⁸ J.-C. ROCHET en J. TIROLE, “Platform competition in two-sided markets”, *Journal of the European Economic Association*, 2013, afl. 1, nr. 4, 990-1029.

⁹ OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, Parijs, OECD Publishing, 2019 en DOI: 10.1787/53e5f593-en.

¹⁰ X, “Kroes: Interoperability at heart of Digital Agenda”, 24 juni 2010, www.euractiv.com/section/digital/interview/kroes-interoperability-at-heart-of-digital-agenda/.

¹¹ Een OTT-dienst is een dienst of een applicatie die via het openbare internet aan de eindgebruiker wordt verstrekt.

¹² M. PEITZ en T. VALETTI, “Reassessing competition concerns in electronic communications markets”, *Telecommunications Policy*, Elsevier, 2015, vol. 39, afl. 10.

¹³ J. KRÄMER en M. WOHLFARTH, “Market power, regulatory convergence, and the role of data in digital markets”, *Telecommunications Policy*, Elsevier, 2018, vol. 42, afl. 2.

¹⁴ AGCOM, “Interim report in the context of the joint inquiry on ‘Big data’”, 4 september 2018, deliberation No 217/17 / CONS, www.agcom.it/documents/10179/11898202/Studio-Ricerca+04-09-2018/388e9d5d-e80f-4af4-a017-b81615c41fc1?version=1.0.

¹⁵ ARCEP, “Devices, the weak link in achieving an open internet. Report on their limitations and proposals for corrective measures”, 1 februari 2018, www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/rapport-terminaux-fev2018-ENG.pdf.

¹⁶ 36 en 55, *id.*

van een knelpunt in het ganse app-ecosysteem.¹⁷

Ook *Duitsland* en in het bijzonder de mededingingsautoriteit, de Bundeskartellamt, liet zich niet onbetuigd op het domein van digitale platformen. Al in maart 2016 is zij tegen Facebook een procedure gestart voor het misbruiken van diens “mogelijk” dominante positie in de markt van sociale netwerken. Het vermeende misbruik bestond uit het verzamelen van buitensporige hoeveelheden klantgegevens zonder gebruikers op de juiste manier te informeren. In juni 2016 publiceerde de Bundeskartellamt een werkdocument “*Market Power of Platforms and Networks*” waarin werd gefocust op de factoren die relevant zijn voor het beoordelen van de marktpositie van platformen en netwerken, met name wat betreft marktdefinitie en de beoordeling van marktmacht, en op de specifieke kenmerken van mededingingshandhaving in de digitale economie, die uitmondde in voorstellen hoe specifieke punten van het mededingingsrechtelijk kader gewijzigd zouden moeten worden.¹⁸ Intussen heeft de Duitse Regering grondige wijzigingen uitgevoerd aan haar mededingingswet (art. 19 GWB-Digitalisierungsgesetz) waarbij een aantal regels zijn ingevoerd die specifiek van toepassing zijn op ondernemingen die in aanzienlijke mate actief zijn op veelzijdige markten, en kende in dit kader aan het Bundeskartellamt de bevoegdheid toe om verplichtingen op te leggen aan ondernemingen met superieure marktmacht. Deze regeling wordt momenteel reeds toegepast ten aanzien van Facebook, Google, Amazon en Apple.¹⁹

In een gezamenlijk memorandum verklaarden de *Benelux*-mededingingsautoriteiten hoe zij wensen om te gaan met o.a. fusies in de digitale economie, de behoefte aan begeleiding van bedrijven in de snel veranderende digitale markten, en stellen zij tevens voor om over te gaan tot het opleggen van *ex ante* remedies aan “dominante” bedrijven die als poortwachter van het relevante online ecosysteem fungeren.²⁰

2. Het begin van een Europees regelgevend kader

Gelijklopend met de hierboven aangehaalde rapporten en studies werd ook bij de *Europese Commissie* een reflectieproces in gang gezet over de rol van het mededingingsbeleid in een snel veranderende digitale wereld, wat uitmondde in het bestellen door Eurocommissaris Vestager van een rapport bij een groep van drie onafhankelijke experts.

Dit rapport²¹, gepubliceerd in april 2019, stelde onder meer vast dat de macht van de digitale platformen als een grote uitdaging voor andere (digitale) spelers werd gezien, mede door de opgebouwde ecosystemen. Het rapport beschreef verder gedetailleerd de economische werking van digitale markten en de gevolgen daarvan voor de concurrentiedynamiek.

Om goed functionerende digitale markten te bevorderen, stelden de auteurs onder andere voor om (i) de handhaving van het mededingingsbeleid te verfijnen en aan te passen om de belangrijkste kenmerken van de digitale economie beter te integreren; (ii) concurrentie op de markt te bevorderen door *multi-homing*²² en overstappen eenvoudiger te maken door middel van dataportabiliteit en interoperabiliteit; (iii) (onder specifieke omstandigheden) toegang te laten verlenen door en tot de gegevens van een dominant platform. Een belangrijke bijdrage in het debat was hun pleidooi voor een verschuiving van de bewijslast in mededingingszaken: wanneer praktijken concurrentiebeperkend lijken te zijn, zou het aan de gevestigde exploitant zijn om het concurrentiebevorderende effect van zijn gedrag aan te tonen (en niet aan de mededingingsautoriteit om de concurrentieverstorende werking te bewijzen).²³

Om andere problemen uit het rapport van de onafhankelijke experts te analyseren heeft de Commissie ook het “EU-waarnemingscentrum voor de onlineplatformeconomie”²⁴ opgericht, om de Commissie te ondersteunen bij het monitoren en analyseren van de ontwikkelingen in de onlineplatformeconomie.

17. ACM, “ACM launches investigation into abuse of dominance by Apple in its App Store”, 11 april 2019, www.acm.nl/en/publications/acm-launches-investigation-abuse-dominance-apple-its-app-store, 10.

18. BUNDESKARTELLAMT, “Bundeskartellamt Paper on Platform Market Power – Results and Recommendations”, 9 juni 2016, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Think-Tank-Bericht-Kurzzusammenfassung_Englisch.html;jsessionid=2E0713AD8F8D40A9853AFC35ECB4E0BA.1_cid387?nn=3591568.

19. Euractiv, O. NOYAN, “Germany fears EU digital law might loosen its antitrust grip on tech giants”, 28 juni 2021, www.euractiv.com/section/digital/news/germany-fears-eu-digital-law-might-loosen-its-antitrust-grip-on-tech-giants/.

20. BMA, ACM en CDLCL, “Joint memorandum of the Belgian, Dutch and Luxembourg competition authorities on challenges faced by competition authorities in a digital world”, 10 oktober 2019, 5, www.belgiancompetition.be/sites/default/files/content/download/files/bma_acm_cdlcl_joint_memoirandum_191002.pdf.

21. Verslag Europese Commissie (J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE en H. SCHWEITZER), “Competition policy for the digital era”, 2019 en DOI:10.2763/407537.

22. Het naast elkaar gebruiken van een gelijkaardige dienst door eenzelfde gebruiker (bv. WhatsApp en Facebook Messenger als berichtendiensten).

23. Verslag Europese Commissie (J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE en H. SCHWEITZER), “Competition policy for the digital era”, 2019, 4, 5 en 9 en DOI:10.2763/407537.

24. Persbericht Europese Commissie, “EU Observatory on the Online Platform Economy”, 7 juni 2021, www.digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/eu-observatory-online-platform-economy.

In juni 2019 werd ook de *Platform to Business*²⁵ (“P2B”)-verordening gepubliceerd, welke als doel had de transparantie en eerlijkheid te vergroten van digitale platformen in hun relaties met zakelijke klanten (met een veel sterkere zgn. “B2B”-focus). Door een geharmoniseerd kader op te zetten wilde de Commissie hiermee bedrijven, die afhankelijk zijn van online platformen om consumenten te bereiken, beschermen en tegelijk het innovatiepotentieel van platformen vrijwaren.²⁶ Het regelgevende kader van de P2B-verordening heeft ook tot doel indirect te helpen het vertrouwen van de consument in de onlineplatformeconomie te verbeteren, waar een gezonde concurrentie zal leiden tot meer keuze voor de consument. De DMA zou dit eerste (nog bescheiden) regelgevend kader aanzienlijk aanvullen.

3. Ook grote stappen vooruit buiten de EU

Niet enkel in Europa, maar ook bij enkele van de belangrijkste handelspartners van de EU, waaronder de Verenigde Staten van Amerika (“VS”), Japan, het Verenigd Koninkrijk (“VK”), Australië en China groeide een politiek draagvlak voor een nieuw regelgevingskader voor platformen met “aanzienlijke en duurzame marktmacht”.

In het VK werd een panel, onder leiding van Jason Furman, gevraagd aanbevelingen te doen hoe het mededingingsbeleid gewijzigd zou kunnen worden om de kansen die de digitale economie biedt te helpen faciliteren.²⁷

Het panel distantieerde zich in zijn rapport voor de regulering van de digitale economie zowel van degenen die pleiten voor een strakke regelgeving, zoals bij nutsvoorzieningen, als van degenen die geloven dat digitale markten betwistbaar zijn en dat er dus geen beleidswijzigingen nodig zouden zijn. Na de substantiële voordelen van de digitale economie erkend te hebben, pleitte het rapport voor het overschakelen van een “zuivere *ex post* benadering naar een *ex ante* monitoring en handhaving aan de hand van een duidelijke en voorspelbare lijst van regels”.²⁸ Zoals hierna zal worden uit-

gelegd is deze conclusie bijzonder relevant voor de keuze die de Commissie uiteindelijk gemaakt heeft in haar voorstel van verordening.²⁹

Het rapport bevatte veel interessante voorstellen en riep de Britse regering op om een autoriteit voor digitale markten op te richten. Deze autoriteit zou drie hoofdfuncties moeten hebben: (1) een gedragscode opstellen over hoe bedrijven met een “strategische marktstatus” moeten handelen met als doel de grenzen van concurrentieverstorend gedrag te verduidelijken en kansen te creëren voor kleinere bedrijven; (2) een grotere mobiliteit van persoonlijke gegevens en systemen met open standaarden mogelijk maken met als doel interoperabiliteit te bevorderen, de toegang tot netwerk-effecten uit te breiden en de keuze voor de consument te vergroten; (3) waar nodig (d.w.z. gericht en proportioneel) veilige toegang verlenen tot niet-persoonsgebonden en geanonimiseerde gegevens, met als doel de toegangsdrempels te verlagen en vertrouwen te geven bij het delen van gegevens.

In Australië kwam in juni 2019 een rapport uit van de Australische Mededingings- en Consumentencommissie (“ACCC”).³⁰ Het onderzoek had betrekking op de impact op de concurrentie in media- en advertentiemarkten door zoekmachines, sociale mediaplatformen en andere platformen die digitale inhoud samenvoegen. Centraal stond het effect van deze platformen op het aanbod van nieuws en journalistieke content en de gevolgen voor consumenten, adverteerders en *contentmakers*.^{31,32}

ACCC was de mening toegedaan dat Google in Australië aanzienlijke marktmacht had op het gebied van algemene zoekmachinediensten en zoekmachineadvertenties. Facebook werd dan weer geacht een aanzienlijke marktmacht te hebben bij het aanbieden van sociale media en advertentiediensten. Factoren die bijdragen tot deze macht zijn de strategische overnames van potentiële concurrenten, het voordeel van vooraf geïnstalleerde apps en de schaalvoordelen door de controle van gegevens van gebruikers.

In de VS richtte het George J. Stigler Center (verbonden aan

²⁵ Verordening nr. 2019/1150 van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelsdiensten (*Pb. L.* 11 juli 2019, afl. 186, 57 (hierna: “P2B-verordening”).

²⁶ De P2B-verordening is van toepassing op onlinetussenhandelsdiensten en onlinezoekmachines die worden verstrekt of aangeboden aan respectievelijk zakelijke gebruikers en bedrijfswebsitegebruikers die hun vestigings- of woonplaats in de Unie hebben (art. 1, 2.).

²⁷ J. FURMAN, D. COYLE, A. FLETCHER, D. MCAULEY en P. MARSDEN, “Unlocking digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel”, 13 maart 2019.

²⁸ *Ibid.* Vrije vertaling van “[...] purely *ex post* approach towards *ex ante* monitoring and enforcement of a clearer and more detailed set of rules [...]”, 62, www.assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

²⁹ *Infra*, III.

³⁰ ACC, “Digital Platforms Inquiry, Final Report”, 26 juli 2019, www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report.

³¹ Volgend artikel dat een jaar later verscheen biedt naast de markantste feiten uit het rapport eveneens de reacties van Google en Facebook terwijl het ook het bredere kader schetst alsook de stappen die werden en zullen worden ondernomen in de strijd van de Australische overheid tegen Google en Facebook: F.M. LANCIERI, “Contextualizing the Dispute Between Australia, Facebook, and Google”, 12 september 2020, www.promarket.org/2020/09/12/contextualizing-the-dispute-between-australia-facebook-and-google/.

³² In dezelfde lijn veroordeelde de Franse mededingingsautoriteit Google verschillende malen wegens misbruiken of schendingen t.a.v. persuitgevers (o.a. een boete van 500 miljoen euro wegens het niet naleven van eerder opgelegde maatregelen rond de vergoeding van naburige rechten van de pers-sector, zie www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/remuneration-des-droits-voisins-lautorite-sanctionne-google-hauteur-de-500, anderzijds ook een boete van 220 miljoen euro voor het bevoordelen van haar eigen diensten in de online advertentie-industrie, zie www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/lautorite-de-la-concurrence-sanctionne-google-hauteur-de-220-millions-deuros).

de Chicago School of Business) een onafhankelijke commissie voor digitale platformen op om na te gaan hoe deze de moderne samenleving beïnvloeden. Een van de subcommissies richtte zich specifiek op de impact van digitale platformen op de marktstructuur en het mededingingsbeleid.

Dit rapport³³ concludeerde dat elk onderzocht platform als belangrijkste toegangspoort voor consumenten en andere bedrijven dient en dat elk van deze platformen deze rol als toegangspoort gebruikt om marktmacht te verwerven of te behouden.

Net als in het VK werd ook hier gepleit voor de oprichting van een *ex ante* digitale regelgevende instantie belast met toezicht op het gebied van concurrentie, privacy, media, gegevensgebruik en consumentenbescherming.³⁴ Deze autoriteit zou ook doorlopend toezicht uitoefenen.

4. Digitaal decennium

Begin 2020 gaf de Europese Commissie in haar nieuwe digitale strategie³⁵ aan dat ze de geschiktheid van de Europese mededingingsregels voor het digitale tijdperk zou evalueren en herzien. Een specifiek aandachtspunt was hoe de Commissie ervoor zou zorgen dat grote platformen, met aanzienlijke netwerkeffecten en die als poortwachters kunnen fungeren, eerlijk en betwistbaar zouden blijven voor andere bedrijven en nieuwkomers op de markt.

Peter Alexiadis en Alexandre de Streel, beiden verbonden aan de Florence School of Regulation, kwamen in hun werkdocument³⁶ met voorstellen hoe enerzijds het EU-mededingingsrecht zou kunnen worden herzien en anderzijds de economische regelgeving waarop deze hervorming zou kunnen worden gebaseerd. Het document gaf aanbevelingen over onder andere de bepaling van marktmacht en suggereerde een cumulatieve “driecriteriatoets” om te bepalen op welke soorten digitale platformen de regulering zich zou moeten richten. Ze besteedde eveneens aandacht aan de soorten verplichtingen die aan die platformen zouden kunnen worden opgelegd en tot slot stelde het document voor de bestaande mededingingsrichtlijnen aan te passen, de bevoegdheid van DG COMP uit te breiden en nauw samen te werken met nationale regelgevende instanties.

5. Van de “Digital Services Act” en de “New Competition Tool” naar de Digital Markets Act

Begin juni 2020 en in lijn met haar digitale strategie lanceerde de Europese Commissie een openbare raadpleging over twee initiatieven: de *Digital Services Act package* en *New Competition Tool* en nodigde hierbij alle geïnteresseerde belanghebbenden uit om aan deze raadpleging bij te dragen.³⁷

Wat de Digital Services Act package betreft was de vraag of een kader met *ex ante* regels ervoor zou kunnen zorgen dat markten waarop grote platformen als poortwachter fungeren, eerlijk en betwistbaar zouden blijven. De Commissie peilde hier naar standpunten over het bredere kader, de toepassingssfeer, de geconstateerde specifieke problemen als ook de gevolgen, de definitie en de parameters om eventuele pijnpunten aan te pakken die zouden ontstaan door de economische macht van grote, digitale “poortwachterplatformen”.

Wat de consultatie rond de “New Competition Tool” betreft hebben de ervaring van de Europese Commissie en van de nationale mededingingsautoriteiten op het gebied van handhaving, maar ook het reflectieproces over de bestaande mededingingsregels, geholpen om een aantal structurele mededingingsproblemen in kaart te brengen die met de huidige EU-mededingingsregels niet of niet doeltreffend genoeg zouden kunnen worden aangepakt. Met deze raadpleging wilde de Commissie peilen naar het standpunt van alle belanghebbenden over deze twee aspecten. Is er behoefte aan een nieuw mededingingsinstrument dat voor eerlijke en concurrerende markten moet zorgen? En ten tweede: hoe zou zo een nieuw mededingingsinstrument er dan moeten uitzien om structurele mededingingsproblemen vroegtijdig en doeltreffend te kunnen aanpakken?

De werkzaamheden rond het voorstel over *ex ante* regels en het voorstel voor een nieuw mededingingsinstrument vulden elkaar dus aan.

Ondertussen werd aan de overkant van het Kanaal een zeer lijvig rapport gepubliceerd over hetzelfde onderwerp. In dit meer dan duizend pagina's tellend rapport drong de CMA – de *Competition & Markets Authority* – aan op een nieuwe, regelgevende aanpak aangezien de bestaande bevoegdheden niet voldoende waren om de zorgen die ze in de digitale markten hebben gedetecteerd adequaat te kunnen aanpakken. De CMA stelde voor om een concurrentiebevorderend

33. STIGLER CENTER REPORT, “Committee for the Study of Digital Platforms Market Structure and Antitrust Subcommittee Report”, juli 2019, www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/market-structure-report%20-15-may-2019.pdf.

34. *Ibid.*, 83.

35. COMMUNICATIE EUROPESE COMMISSIE, “Shaping Europe's digital future”, 19 februari 2020, COM(2020) 67, 10, www.ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

36. P. ALEXIADIS en A. DE STREEL, “Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, RSCAS 2020/14, 3 maart 2020, www.cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66307/RSCAS%202020_14.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

37. RAADPLEGING EUROPESE COMMISSIE, “Interne markt – nieuw aanvullend instrument voor betere handhaving van de mededingingsregels”, 3 juni 2020 – 8 september 2020, www.ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12416-New-competition-tool/public-consultation_nl.

reguleringsregime voor online platformen in te stellen. Een *Digital Markets Unit* (“DMU”) zou de bevoegdheid krijgen om een gedragscode af te dwingen om het gedrag van platformen met marktmacht te regelen, zodat problemen snel kunnen worden aangepakt voordat onherroepelijke schade aan de concurrentie kan optreden.^{38,39}

Dat er op politiek niveau niet enkel in Europa en het VK druk nagedacht werd over het beteugelen van de almacht van grote platformen werd duidelijk na de publicatie in de VS van een rapport door het Huis van Afgevaardigden van het onderzoek dat een jaar eerder was opgestart.⁴⁰ Hierbij werd onderzocht hoe de marktpositie van Amazon, Apple, Facebook en Google de Amerikaanse economie en democratie beïnvloedde. Daarnaast evalueert het verslag ook de bestaande mededingingswetten, het concurrentiebeleid en de huidige handavingsniveaus om te beoordelen of deze toereikend zijn om marktmacht en concurrentiebeperkend gedrag op digitale markten aan te pakken.

Dit rapport was bedoeld om beleidsmakers, mededingingshandhavers, marktdeelnemers en het publiek een uitgebreid

inzicht te geven in de toestand van de concurrentie op de onlinemarkt. Het gaf ook aanbevelingen om de opkomst en het misbruik van marktmacht in de digitale economie aan te pakken.

In het *Europees Parlement* hebben zowel de Commissie interne markt en consumentenbescherming (“IMCO”), de Commissie burgerlijke vrijheden, justitie en binnenlandse zaken (“LIBE”), als de Commissie juridische zaken (“JURI”) verslagen gepubliceerd over dit onderwerp in het najaar van 2020.⁴¹ Parallel aan deze verslagen heeft het Europees Parlement op 18 juni 2020 ook een resolutie over het mededingingsbeleid aangenomen, waarin het “*de Commissie verzoekt de mogelijkheid te beoordelen om ex ante regelgevingsverplichtingen op te leggen wanneer het mededingingsrecht niet voldoende is om betwistbaarheid te garanderen op deze markten*”.⁴² Het Digital Markets Act (“DMA”)-voorstel, dat uiteindelijk op 15 december 2020 werd voorgesteld door Eurocommissarissen voor mededinging Margrethe Vestager en interne markt Thierry Breton, was het antwoord van de Commissie op deze oproep tot actie.

II. DE MEDEDINGINGSRECHTELIJKE HANDHAVING

Zoals aangegeven is de DMA ook sterk geïnspireerd door de mededingingsrechtelijke handavingsprecedenten die bepaalde problemen hebben onderzocht en bepaalde potentieel versturende praktijken aan het licht hebben gebracht. Een aantal van deze zaken maken nog het voorwerp uit van een beroepsprocedure (voor het Europees Hof of voor nationale rechtbanken) en onderstaande uiteenzetting beoogt enkel om een omschrijving te geven van een aantal spraakmakende zaken zonder echter in detail te treden, noch exhaustief te willen zijn in de context van deze beperkte bijdrage. Bovendien blijft de “*tech-sector*” nog steeds het voorwerp van een bijzonder actief toezichtsbeleid, waardoor ook voortdurend nieuwe en andere zaken worden onderzocht.

De handhaving heeft vooral toepassing gemaakt van de bepalingen betreffende dominante spelers. Daarnaast werd echter ook door de mededingingsautoriteiten een analyse gevoerd in het kader van de overnames wanneer deze onderworpen waren aan de concentratiecontrole.

1. Precedenten waarbij misbruik van machtspositie werden onderzocht

Grote digitale platformen worden vaak gekenmerkt door hun (grote) hoeveelheid gebruikers en data, hetgeen belangrijke schaalvoordelen en netwerkeffecten met zich mee kan brengen. Deze kenmerken kunnen marktmacht verschaffen en bieden de mogelijkheid om praktijken op te leggen die deze marktmacht kunnen bestendigen of verder uitbreiden naar andere activiteiten.

De zogenaamde “*self-preferencing*”-praktijk, waarbij een platform zijn eigen diensten tracht te bevoordelen ten nadele van derden blijkt de voornaamste zorg te zijn in dit opzicht, aangezien het de markttoetreding van concurrenten kan belemmeren of verstoren en voorkeur biedt aan de eigen aanverwante diensten van het digitale platform.⁴³ De mededingingsrechtelijke precedënten die hieronder worden onderzocht bevestigen inderdaad dat *self-preferencing* op verschillende manieren uitvoering kan krijgen (zowel in de aard of kenmerken van de dienst als in de contractuele of tarifaire

³⁸ CMA, “Online platforms and digital advertising – Market study final report”, 1 juli 2020, www.assets.publishing.service.gov.uk/media/5fa557668fa8f5788db46efc/Final_report_Digital_ALT_TEXT.pdf, 5.

³⁹ Intussen bundelt de CMA hiervoor haar krachten met ICO – het Information Commissioner’s Office en OFCOM, de regulator voor telecom, post en omroepdiensten. Daar waar deze instanties voorheen al vaak samenwerkten is de oprichting van de Digital Regulation Cooperation Forum (“DRCF”) nodig om het hoofd te kunnen bieden aan de zeer diverse uitdagingen in de digitale sector in het VK.

⁴⁰ US House of Representatives Majority Staff (J. NADLER en D.N. CICILINNE, “Investigation of Competition in Digital Markets”, oktober 2020, www.judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519.

⁴¹ EUROPEES PARLEMENT, “Ontwerpagenda”, 3 september 2020, www.emeeeting.europarl.europa.eu/emeeeting/committee/en/agenda/202009/IMCO.

⁴² Resolutie Europees Parlement, “Het mededingingsbeleid – jaarverslag 2019”, 18 juni 2020, (2019/2131(INI)), www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0158_NL.html.

⁴³ Verslag Europese Commissie (J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE en H. SCHWEITZER), “Competition policy for the digital era”, 2019, 7 en DOI:10.2763/407537.

voorwaarden). Tegelijkertijd is het verweer van de betrokken ondernemingen dat deze praktijken ook ingegeven kunnen zijn door een optimalisering van de dienst of het economische model op basis waarvan bepaalde diensten worden verschaft. Zowel in de concrete handhavingszaken als in de DMA is het van belang om het juiste evenwicht te vinden tussen enerzijds de bezorgdheid om de innovatie en verbetering van de diensten mogelijk te maken, en anderzijds een adequate regelgevende interventie. Hieronder worden een paar relevante precedënten onderzocht die op een aantal vlakken een voorbode zijn geweest voor de specifieke verplichtingen die worden opgenomen in de DMA. De bedoeling is zeker niet om exhaustief te zijn in dit overzicht, maar om zich toe te spitsen op een paar praktijken die ook later in de DMA worden aangepakt.

Google heeft het voorwerp uitgemaakt van drie opeenvolgende besluiten van de Commissie waarin misbruiken van machtspositie werden vastgesteld die er telkens in bestonden om de eigen Google-diensten te bevoordelen ten nadele van derden. In Google Shopping (2017) werd vastgesteld dat Google haar dominante positie voor internet opzoekdiensten misbruikte door bij een zoekresultaat haar eigen “*comparison shopping*”-diensten (dit zijn diensten die een eindgebruiker toelaten om prijzen en producten online met elkaar te vergelijken) een voordeligere (hogere) positie te verschaffen en dit, ten nadele van concurrerende online “*comparison shopping*-diensten”.⁴⁴ Hierdoor kregen de eigen Google “*comparison shopping*-diensten”, door toedoen van de internet zoekdiensten waar Google dominant is, meer verzoeken dan concurrerende diensten die dan minder bezocht werden. In Google Android (2018) stelde de Commissie vast dat Google misbruik maakte van haar dominante positie met een aantal praktijken die specifiek betrekking hadden op smartphone software en applicaties; deze bestonden er onder andere in (i) smartphonefabrikanten te verplichten om de Google Search en Browser App te pre-installeren als voorwaarde voor het verkrijgen van een licentie voor de Google Play Store⁴⁵; (ii) smartphonefabrikanten en mobiele netwerkkoperatoren financieel te belonen om uitsluitend de Google Play Store op de smartphones te installeren⁴⁶ en (iii) fabrikanten te verbieden om alternatieve software aan te bieden dan Android als ze Google-apps zouden pre-installeren.⁴⁷ In 2019 was Google het voorwerp van een derde onderzoek met betrekking tot haar AdSense-dienst voor online reclame waarbij het onderzoek zich toespitste op (i) “exclusi-

teitsclausules” voor uitgevers, die hen verbieden zoekadvertenties van concurrenten op hun pagina’s met zoekresultaten te plaatsen⁴⁸; (ii) “*premium placement-clausules*” die uitgevers verplichtten de meest winstgevende ruimte op hun pagina’s met zoekresultaten te reserveren voor advertenties van Google⁴⁹; en (iii) clausules die uitgevers verplichtten schriftelijk om toestemming te vragen voordat ze aanpassingen mochten doorvoeren aan de wijze waarop concurrerende advertenties werden getoond.⁵⁰

Een andere praktijk die het voorwerp heeft uitgemaakt van een onderzoek is de “*most favored nation*”-clausule (“MFN”) waarbij door een platform de verplichting wordt opgelegd om de beste prijs die derden krijgen ook aan het platform toe te kennen op basis van de bewuste MFN-clausule.⁵¹ Zo heeft de Commissie bijvoorbeeld in haar voorlopige beoordeling in de zaak *E-book MFNs and related matters (Amazon)* haar bezorgdheid geuit over bepaalde pariteitsclausules en soortgelijke bepalingen in distributieovereenkomsten voor e-boeken tussen Amazon en leveranciers van e-boeken.⁵² De Commissie was bezorgd dat Amazons bedrijfsmodelpariteitsclausule de opkomst van alternatieve bedrijfsmodellen voor de distributie van e-boeken kon belemmeren.⁵³ Daarnaast heeft de Commissie in juli 2019 ook een zaak geopend tegen Amazon in het kader van het gebruik dat Amazon maakt van data die online verkopers met haar moeten uitwisselen wanneer de desbetreffende verkopers haar platform willen gebruiken.⁵⁴ Gezien de omvang van het Amazon-platform heeft Amazon volgens de Europese Commissie *real-time* toegang tot strategische data van een grote hoeveelheid concurrenten (“*big data*”). Deze kunnen dan gebruikt worden door haar eigen concurrerende retaildiensten die gelijkaardige producten online verkopen.

Een ander voorbeeld waar naar MFN-clausules (of “*price parity clauses*”) is gekeken zijn de *Booking.com*-zaken die vooral op nationaal niveau werden behandeld. In een zaak voor de Franse *Autorité de la concurrence* werd Booking.com ervan beschuldigd hotels te onderwerpen aan de naleving van de pariteitsclausules. Op grond van deze clausules verplichtte Booking.com hotels om, op hun platform, aanbiedingen te voorzien voor kamerprijzen, beschikbaarheid en andere voorwaarden (wijzigings- en annuleringsvoorwaarden, wel of geen ontbijt inbegrepen, enz.) die minstens even gunstig waren als dewelke die werden aangeboden op concurrerende platforms (met inbegrip van de eigen distributie-

44. Zaak AT. 39740, *Google Search (Shopping)*, 27 juni 2017.

45. § 900-903, zaak AT. 40099, *Google Android*, 18 juli 2018.

46. § 556, *ibid.*

47. § 233, *ibid.*

48. § 346, zaak AT. 40411, *Google Search (AdSense)*, 20 maart 2019.

49. § 463, *ibid.*

50. § 85-88, *ibid.*

51. Verslag Europese Commissie (J. CREMER, Y.-A. DE MONTJOYE en H. SCHWEITZER), “Competition policy for the digital era”, 2019, 5 en DOI:10.2763/407537.

52. § 22, zaak AT. 40153, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*, 4 mei 2017.

53. § 78, *ibid.*

54. Zaak AT.40703, *Amazon Marketplace*, www.ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2077.

kanalen van het hotel).⁵⁵ De autoriteit was van oordeel dat de toepassing van de pariteitsclausules de concurrentie tussen Booking.com en de concurrerende platforms zou beperken.⁵⁶ Opmerkelijk was dat dergelijke zaken rond MFN-clausules eveneens bij andere mededingingsautoriteiten (Italië, Zweden, Duitsland) bekeken werden en dat de uitkomsten niet eenduidig waren. Zo werd door de Franse mededingingsautoriteit een verschil gemaakt tussen (i) de zogenaamde “broad MFN”-clausule: dit is een MFN-clausule die van toepassing is op andere concurrerende platformen of de offline aanbiedingen van de hotels, die volgens de *Autorité* strijdig is met het misbruikverbod, en (ii) de zogenaamde “narrow MFN”-clausule die enkel geldt ten opzichte van de eigen website van het aangesloten hotel die wel toegelaten zou zijn.⁵⁷ Het Duitse *Bundeskartellamt* was dan weer van oordeel dat een MFN-clausule, ook in haar beperktere vorm (“*narrow price parity clause*”), hoe dan ook verboden was.⁵⁸

Ook Apple maakt als grote digitale speler het voorwerp uit van handhavingsonderzoeken. Zo onderzoekt de Commissie in de zaak *Apple – App Store-practices* met name de eis dat app-ontwikkelaars gebruik maken van Apples eigen in-app-aankoopmechanisme (of “IAA”) via hetwelk Apple een commissievergoeding aanrekenen voor de distributie van betaalde apps en/of betaalde digital content op apparaten die draaien op het mobiele besturingssysteem iOS van Apple (en sinds 2019 ook op iPadOS in het geval van tablets). Apple zou ook de mogelijkheden beperken van zakelijke iOS-gebruikers om eindgebruikers te informeren over mogelijke alternatieve (goedkopere) aankoopmogelijkheden buiten de applicatie om.⁵⁹

Ook sommige nationale precedents zijn noemenswaardig in deze context en getuigen van het parallelle activisme dat de nationale mededingingsautoriteiten aan de dag hebben gelegd (hetgeen mede de aanleiding is voor een later optreden op Europees niveau). In de eerder aangehaalde Duitse *Facebook*-zaak werd de praktijk onderzocht waarbij Facebook data van verschillende bronnen bundelde en werd vastgesteld dat een dergelijke praktijk een misbruik van domi-

nante positie uitmaakte. Het bijzondere van deze zaak is dat de Duitse mededingingsautoriteit in eerste instantie oog had voor de belangen van de consument en het misbruik als een “uitbuitende” (“*exploitative*”) misbruik kenmerkte (veeleer dan een misbruik die concurrenten benadeelt). Het combineren van verschillende datasets (Facebook, WhatsApp en Instagram) uit verschillende bronnen zonder voorafgaande en uitdrukkelijke goedkeuring van de consument werd als een misbruik aangemerkt en had ook tot gevolg dat Facebook haar dominante positie zou kunnen versterken.⁶⁰ Ook in Frankrijk is de mededingingsautoriteit verschillende keer tussengekomen tegen grote platformen zoals Google, o.a. in antwoord op klachten van de persuitgevers over de vergoeding voor naburige rechten of het bevoordelen van haar eigen diensten in de online advertentie-industrie.⁶¹

2. Relevante ervaring op het vlak van concentratiecontrole

Naast deze praktijk rond misbruik van machtspositie vindt de DMA ook duidelijk inspiratie in de ervaring die door mededingingsautoriteiten werd opgedaan op het vlak van concentratiecontrole rond platformdienstenaanbieders.

Vooreerst hebben mededingingsrechtelijke instanties vastgesteld dat een aantal transacties waar digitale platformen bij betrokken waren niet onderworpen waren aan een meldingsplicht en bijgevolg ontsnapten aan het *ex ante* toezicht van de concentratiecontrole. De toepassing van de bestaande drempels (die in de EU en in de meeste EU-lidstaten op omzet zijn gebaseerd) heeft immers tot gevolg dat overnames van bedrijven die (nog) geen (aanzienlijke) omzet draaien niet meldingsplichtig zijn. De bezorgdheid betreft vooral de zogenaamde “*killer acquisitions*” waarbij gevestigde spelers in staat zijn om innoverende nieuwkomers die nog weinig of geen omzet hebben over te nemen.⁶² Statistieken bevestigen inderdaad dat veel overnames door digitale platformen niet voorafgaand gemeld zijn geweest.⁶³ Met het

⁵⁵ § 56, AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, “Décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne”, 21 april 2015, www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/15d06.pdf.

⁵⁶ § 115-122, *ibid.*

⁵⁷ Zie AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, décision 15-D-06 du 21 avril 2015, sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com BV, Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne”, 21 april 2015, www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-bookingcom-bv-bookingcom-france-sas-et.

⁵⁸ Deze zienswijze van de Duitse mededingingsautoriteit werd uiteindelijk ook bevestigd door het Duitse Bundesgerichtshof in een besluit van 18 mei 2021 (zie www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/2021099.html).

⁵⁹ EC, Inleiding van de procedure, AT. 40716, *Apple – App Store Practices*, 16 juni 2020, www.ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40716/40716_13_3.pdf.

⁶⁰ Zie BUNDESKARTELLAMT, “Facebook, Exploitative business terms pursuant to Section 19(1) GWB for inadequate data processing”, 12; zie ook BUNDESKARTELLAMT, “Facebook; Konditionenmissbrauch gemäß § 19 Abs. 1 GWB wegen unangemessener Datenverarbeitung”, B6-22/16, 6 februari 2019. A. DE STREEL, “Designating an EU Intervention Standard for Digital Platforms”, Robert Shuman Centre for Advanced Studies, Florence School of Regulation (2020), 13-16.

⁶¹ *Infra*, vn. 28.

⁶² M. HOLMSTRÖM, J. PADILLA, R. STITZING en P. SAASKILAHTI, “Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets”, *Yearbook of the Finnish Competition Law Association*, 2018.

⁶³ J. FURMAN, D. COYLE, A. FLETCHER, D. MCAULEY en P. MARSDEN, “Unlocking digital Competition, Report of the Digital Competition Expert Panel”, 13 maart 2019, 91.

oog op bovengenoemde bezorgdheid publiceerde de Commissie in maart 2021 een guidance voor de toepassing van artikel 22 van de verordening nr. 139/2004 (ook bekend als de Merger Regulation). Hiermee roept de Commissie nationale mededingingsautoriteiten op om ook concentraties die de omzetrempel niet halen te melden ter toetsing door de Commissie via het referral-mechanisme.⁶⁴ “*Killer acquisitions*”, welke per definitie betrekking hebben op concentraties die het omzetvereiste onder het huidige stelsel niet halen, kunnen op deze manier alsnog aan een *ex ante* onderzoek worden onderworpen.

Ook inhoudelijk leeft de bezorgdheid dat bij de toetsing van de impact van sommige overnames onvoldoende rekening zou worden gehouden met de gevolgen van de overname. Dit betreft onder andere de beoordeling van de marktmacht en de afbakening van de markten evenals de beoordeling van de potentiële nadelige impact van een transactie op het vlak

van markttoetreding en consumentenbelangen. Dit speelde onder andere in de overname van WhatsApp en Instagram door Facebook⁶⁵ welke de EU-drempels niet overschreden.

Hoewel Facebook in 2014 bij de overname van WhatsApp verklaard had dat de data van de respectievelijke platformen niet automatisch zouden kunnen worden gecombineerd, bleek in 2016 dat dit onjuist was. Reeds in 2014 bestond deze technische mogelijkheid en de combinatie van beide data zou Facebook dan ook toelaten om beter en doelgerichter te kunnen adverteren.⁶⁶

Hieronder zal worden toegelicht hoe deze opeenvolgende zaken en de daarin vastgestelde praktijken mede aan de basis liggen van de regels die de DMA voorstelt. Zowel de relevante platformen die aan de regulering kunnen worden onderworpen als sommige van de opgelegde verplichtingen zijn terug te brengen tot de hoger vermelde precedënten.

III. HET VOORSTEL VAN VERORDENING VAN DE EUROPESE COMMISSIE

Het voorstel van verordening van de EC kan men onderverdelen in drie delen: een eerste luik waarin de EC een definitie geeft voor het begrip “poortwachters” (“*gatekeepers*”) en de procedure uitstippelt voor de aanduiding ervan, een tweede luik waarin verplichtingen worden opgelegd die ofwel direct uitvoerbaar zijn (6 maanden na aanduiding als poortwachter) ofwel uitvoerbaar na verdere specificatie, en een derde luik welke eerder procedureel of institutioneel van aard is met de aanwijzing van de bevoegde handhavingsinstanties. De aanpak waarbij eerst een marktspeeler op basis van bepaalde eigenschappen wordt aangeduid om daaraan vervolgens een serie verplichtingen te koppelen doet denken aan de *ex ante* regulering die ook op de telecomunicatiesector van toepassing is. Anders dan in die sector is hier echter gekozen om met onmiddellijk uitvoerbare concepten te werken i.p.v. met definities (zoals bv. een “dominante positie” die op een te definiëren markt moet worden vastgesteld of met remedies waaruit men moet kiezen om ze al dan niet op te leggen) die een verdere analyse of keuze noodzakelijk alvorens tot de uitvoering over te gaan.

1. Poortwachters

Het begrip poortwachter wordt in het voorstel vastgelegd op basis van kwalitatieve en kwantitatieve criteria. Eerst en

vooral moet het gaan om een aanbieder van zogenaamde “kernplatformdiensten”. Deze worden expliciet in een definitie opgenomen (het zijn er 8). Ze bezitten meestal de volgende eigenschappen⁶⁷: het platform is een tussenschakel tussen de leveranciers en de eindklanten (intermediërende platformen), het platform geniet van netwerkeffecten en schaafeffecten waardoor de onderhandelingspositie van het platform asymmetrisch is t.o.v. de gebruikers, het platform is twee- of meerzijdig (in die zin dat er een correlatie bestaat tussen het aantal gebruikers aan de respectievelijke kanten van het platform, die ook de waarde van het platform beïnvloedt), er bestaan hoge overstapkosten en het platform is moeilijk vervangbaar voor de gebruiker omwille van het volume aan data waarover het platform beschikt, het platform wordt gebruikt binnen een verticaal geïntegreerd geheel waarbij de eigenaar van het platform aanwezig is op de verschillende lagen van de markt (bv. retail en wholesale).

Op basis van verschillende precedënten (in het mededingingsrecht – zowel nationaal als Europees – of precedënten in andere jurisdicties, zie voorgaande sectie), studies en klachten is de Commissie tot een lijst van 8 kernplatformdiensten gekomen die volgens haar onderworpen kunnen worden aan regulering mits deze platformen aan bepaalde voorwaarden voldoen (zie *infra*).⁶⁸ Het gaat meer bepaald

⁶⁴. Commission Guidance on the application of the referral mechanism set out in Art. 22 of the Merger Regulation to certain categories of cases, 26 maart 2021.

⁶⁵. Zaak COMP/M.7217, *Facebook / Whatsapp*, 3 oktober 2014.

⁶⁶. De Europese Commissie legde een boete van 110 miljoen EUR op Facebook omwille van het feit dat onvolledige of misleidende informatie werd verstrekt gedurende het onderzoek in het kader van de overname van WhatsApp. De beschikking van de Commissie is nog niet gepubliceerd maar de Commissie publiceerde op 18 mei 2018 een persbericht waarin ze de boete aankondigde (zie IP/17/1369).

⁶⁷. Zie EUROPESE COMMISSIE, “Commission Staff Working Document, Impact Assessment Report”, SWD(2020) 363 def” (hierna: “EC Impact Assessment”), 39–45. Zie ook consideransen (2) en (12) DMA.

⁶⁸. 53–60 (“Table 2”), *ibid*.

om onlinetussenhandeldiensten (bv. Amazon, Google Play, App Store, ...), online zoekmachines (bv. Google), online sociale netwerken (bv. Facebook), videoplatformdiensten (bv. YouTube), nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten (bv. WhatsApp), besturingssystemen (bv. iOS of Android), cloudcomputerdiensten (bv. Microsoft Azure) en advertentiediensten (bv. Google Ads).⁶⁹ Andere voorbeelden van digitale diensten – o.a. videostreamingplatformen (bv. Netflix) of B2B-platformen – werden in het voorstel niet weerhouden aangezien deze volgens de Commissie de eigenschap niet hadden van een meerzijdige markt of omdat er geen asymmetrische onderhandelingspositie zou bestaan ingevolge de rol die het platform speelt als poortwachter tussen de consumenten en de overige aanbieders.⁷⁰ De lijst kan echter worden aangevuld met één of meer diensten uit de digitale sector na marktonderzoek door de Commissie.⁷¹ Dergelijke aanvulling kan enkel door de verordening te wijzigen, wat *in se* betekent dat de Commissie niets anders zou doen dan haar wettelijk initiatiefrecht uitoefenen welke uit artikel 17, 1., van het EU-Verdrag volgt, aangevuld met een verplicht marktonderzoek.⁷²

Naast het concept kernplatformdienst zullen de verplichtingen slechts van toepassing zijn indien de aanbieder ook werkelijk een poortwachter is waarbij zij: “(a) een aanzienlijke impact heeft op de interne markt, (b) een kernplatformdienst exploiteert die voor zakelijke gebruikers als een belangrijke toegangspoort fungeert om eindgebruikers te bereiken; en (c) met betrekking tot haar activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie inneemt of naar verwachting in de nabije toekomst een dergelijke positie zal innemen”.⁷³ Het gaat om criteria die te maken hebben met de grootte van de aanbieder, de eventuele economische afhankelijkheid t.o.v. deze aanbieder en de duurzaamheid van een zwakkere interplatform concurrentie die de betrokken poortwachter in staat stelt zijn marktpositie te verankeren.⁷⁴

Deze criteria worden verder kwantitatief uitgewerkt met welbepaalde drempelwaarden die als vermoeden fungeren bij de bepaling van het statuut van poortwachter. De drempelwaarden waarvan sprake zijn als volgt⁷⁵:

Criterium	Drempelwaarden	Periode
A. Aanzienlijke impact op interne markt	Jaaromzet van > 6,5 miljard EUR in de EER en actief in ten minste 3 lidstaten, <i>of</i>	3 laatste boekjaren
	Marktkapitalisatie van > 65 miljard EUR en actief in ten minste 3 lidstaten	Laatste boekjaar
B. Kernplatformdienst is toegangspoort	> 45 miljoen actieve eindgebruikers ¹ in EU gevestigd of die zich in de EU bevinden, <i>en</i>	Maandelijks
	> 10.000 actieve zakelijke gebruikers in de EU gevestigd	Jaarlijks
C. Stevig verankerde en duurzame positie of verwachting van dergelijke positie in nabije toekomst	Drempels voor kernplatformdienst als toegangspoort (B) is in elk van de voorgaande 3 boekjaren voldaan.	

1. Wat overeenkomt met ongeveer 10% van de totale bevolking in de EU.

Indien men aan de drempelwaarden voldoet werkt dit als een vermoeden dat men de status van poortwachter heeft. Het voorstel voorziet dat een aanbieder de Commissie kennis moet geven dat hij deze drempels bereikt (en dit binnen de 3 maanden na het bereiken van de desbetreffende drempels).

In de praktijk zullen de geïsoleerde aanbieders zich dus na de inwerkingtreding van het voorstel moeten aanmelden als poortwachters bij de Commissie. Doen zij dat niet, dan kan de Commissie nog steeds ambtshalve de aanbieders als poortwachter aanduiden.⁷⁶ Een aanbieder kan echter ook

⁶⁹. Voor definitie van “kernplatformdienst”: art. 2, (2) DMA.

⁷⁰. Zie EC Impact Assessment, 38.

⁷¹. Art. 17 DMA.

⁷². Zie A. DE STREEL, R. FEASEY, J. KRÄMER and G. MONTI, CERRE Recommendations Paper, *Making the Digital Markets Act more resilient and effective* (hierna “CERRE Recommendations Paper”), 13.

⁷³. Art. 3, 1. DMA.

⁷⁴. Zie EC Impact Assessment, § 135. Andere methodes zoals bv. het gebruik van het concept aanmerkelijke marktmacht zoals in *ex ante* telecomregulering werden verworpen gezien business modellen inzake platformen zeer uiteenlopend en verschillend zijn en daarom moeilijk te vatten zijn volgens de Commissie in dergelijke benadering (zie EC Impact Assessment, § 138).

⁷⁵. Art. 3, 5. DMA voorziet overigens dat de Europese Commissie via een gedelegeerde handeling de methode kan vastleggen aan de hand waarvan deze drempels kunnen worden vastgesteld.

⁷⁶. Art. 3, 3., tweede lid DMA.

“onderbouwde argumenten” aanvoeren om aan te tonen dat hij niet voldoet aan de drie bovenvermelde criteria (ook al haalt hij de drempels). Wat deze argumenten zouden kunnen zijn wordt niet specifiek uitgelegd, maar men zou ervan uit moeten kunnen gaan dat de kwalitatieve criteria (nl. het beantwoorden aan de beschrijving van “aanzienlijke impact op de markt”, als “toegangspoort” fungeren voor andere spelers, en over een “stevig verankerde en duurzame positie” wat deze eerdere kenmerken betreft beschikken) duidelijk niet vervuld zijn ondanks het vervullen van de kwantitatieve criteria (bv. door het bestaan van voldoende concurrentie door een “*multihoming*” praktijk die er op korte termijn toe kan leiden dat de marktpositie fundamenteel wijzigt). Voorts wordt in de consideransen aangegeven dat argumenten zoals efficiëntieverbeteringen, welke in het mededingingsrecht een rechtmatige verdediging kunnen uitmaken voor een welbepaalde praktijk of transactie, niet relevant zouden zijn voor de eventuele ontheffing van een aanduiding als poortwachter.⁷⁷

Omgekeerd kan de Commissie ook aanbieders aanduiden als poortwachters wanneer deze niet aan de drempels voldoen op grond van een beoordeling die rekening houdt met omzet, marktkapitalisatie, aantal zakelijke gebruikers die afhankelijk zijn van het platform, toetredingsdrempels, schaal- en breedtevoordelen van de aanbieder, lock-in situatie of andere structurele kenmerken van de markt.⁷⁸ De Commissie zal hiervoor een marktonderzoek moeten uitvoeren welke kan uitmonden in een besluit van identificatie van de kernplatformdiensten en aanwijzing als poortwachter.⁷⁹ Dergelijk onderzoek kan tot 12 maanden in beslag nemen, inclusief de mogelijkheid voor de leverancier om op de voorlopige bevindingen te reageren (na 6 maanden). Ook een leverancier die nog niet aan de voorwaarde van stevig verankerde of duurzame positie zou beantwoorden kan desalniettemin als poortwachter worden aangeduid indien hij deze voorwaarden in de nabije toekomst zou kunnen vervullen.⁸⁰ In dergelijk geval zijn echter een beperkter aantal verplichtingen van toepassing.⁸¹ De criteria die de Commissie gebruikt voor een dergelijke aanduiding zijn dezelfde als diegene die welke opgesomd werden als eigenschappen van de kernplatformdiensten, nl.: omvang (omzet of marktkapi-

talisisatie), aantal afhankelijke zakelijke gebruikers en aantal eindgebruikers, toetredingsdrempels als gevolg van netwerkeffecten, schaal- en breedtevoordelen, lock-in van zakelijke en eindgebruikers en andere structurele kenmerken van de markt.⁸²

Eens men als poortwachter aangeduid is, stelt de Commissie een lijst op van de betrokken kernplatformdiensten van de onderneming waartoe de poortwachter behoort en die afzonderlijk als belangrijke toegangspoort fungeren voor zakelijke gebruikers.⁸³ 6 maanden nadat de lijst is opgesteld worden de verplichtingen welke het voorstel verder oplegt van toepassing.⁸⁴

Het voorstel voorziet geen modulering door de Commissie van de verplichtingen (zoals dat in de *ex ante* regulering van de elektronische communicatiemarkt wel het geval is), noch in een procedure welke het mogelijk maakt om o.b.v. een “*efficiency defence*” te ontsnappen aan de verplichtingen (zoals dit bv. in de context van het mededingingsrecht kan ingeroepen worden). De enige uitzonderingen zijn een opschorting van de verplichtingen (enkel voor zover nodig) wegens het in gevaar brengen van de levensvatbaarheid van de poortwachter in de EU (buiten de wil van de poortwachter) door de verplichting⁸⁵ en een vrijstelling op grond van dwingende redenen van algemeen belang (welke vreemd genoeg limitatief opgesomd worden in het voorstel met name voor de bescherming van “*openbare zedelijkheid; de volksgezondheid; de openbare veiligheid*”).⁸⁶

Zowel de hoedanigheid van poortwachter als de lijst van kernplatformdiensten die de poortwachter aanbiedt worden ten minste om de 2 jaar herzien.⁸⁷ Deze periode is redelijk kort aangezien een stevig verankerde of duurzame positie meestal niet structureel wijzigt in een periode van 2 jaar. Tegelijkertijd biedt dit ook de mogelijkheid om rekening te houden met een snel evoluerende digitale sector.

Volgens de verwachtingen⁸⁸ zouden de poortwachters op z’n minst de volgende spelers moeten omvatten: Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft. Ook andere spelers worden vernoemd onder de huidige criteria waarvan de status als poortwachter echter meer ter discussie staat.⁸⁹

77. Zie considerans (23) DMA.

78. Art. 3, 6. DMA.

79. Art. 15 DMA.

80. Art. 15, 4. DMA.

81. *Id.*

82. Art. 3, 6. DMA.

83. Art. 3, 7. DMA.

84. Art. 3, 8. DMA.

85. Art. 8 DMA.

86. Art. 9 DMA.

87. Art. 4 DMA.

88. J. ANDERSON en M. MARINELLO, “Regulating big tech: the Digital Markets Act”, 16 februari 2021.

89. D. GERADIN, “What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?”, 18 februari 2021, 13. Vrije vertaling: “Hoewel ik geen toegang heb tot de gegevens die het mogelijk maken om te bepalen welke CPS-aanbieders onder de kwantitatieve drempels zouden vallen, hebben sommige waarnemers gesuggereerd dat ze tot 15 bedrijven konden bevatten, waaronder enkele bedrijven die toevallig groot zijn (AirBnB, Booking.com, Oracle, SAP, enz.), maar lijken geen poortwachterpositie te hebben op de kernplatformdienst.”

Eén van de discussiepunten voor het concept poortwachter is de vraag of het voldoende is om aanbieder te zijn van één kernplatformdienst. Reeds in het EC Impact Assessment-document is overwogen om slechts tot dergelijke aanduiding over te gaan wanneer men minstens twee dergelijke platformdiensten zou aanbieden. Ook de IMCO-rapporteur in het Europees Parlement heeft dergelijke wijziging opgenomen in zijn amendementen.⁹⁰ De impact hiervan zou uiteraard zijn dat er minder poortwachters aangeduid worden.

2. Verplichtingen die op de poortwachters rusten

2.1. Algemeen

De verplichtingen worden uiteengezet in de artikelen 5 en 6. Hierbij bevat artikel 5 de verplichtingen die rechtstreeks van toepassing zijn naar aanleiding van de aanwijzing als poortwachter, terwijl artikel 6 de verplichtingen oplijst die verder kunnen worden uitgewerkt door de Commissie⁹¹ (al dan niet op initiatief van de poortwachter⁹²). Naast de artikelen 5 en 6 bevat artikel 12 ook specifieke transparantieverplichtingen die toepasselijk zijn op fusies en overnames door een poortwachter.⁹³ Ten slotte moeten poortwachters ook een beschrijving geven (gecontroleerd door een onafhankelijke instantie) van de toegepaste profileringstechnieken (van consumenten) op de aangeduide kernplatformdiensten.⁹⁴

De verplichtingen worden hieronder verder onderzocht. Voorafgaandelijk is het echter nuttig om aan te geven dat deze verplichtingen kaderen in de voornaamste doelstelling die zij beogen. Deze doelstelling wordt in considerans (79) uiteengezet:

“Het doel van deze verordening is te zorgen voor een betwistbare en eerlijke digitale sector in het algemeen en betwistbare en eerlijke kernplatformdiensten in het bijzonder, met het oog op de bevordering van innovatie, kwaliteitsvolle digitale producten en diensten, eerlijke en concurre-

rende prijzen, alsmede hoge kwaliteit en keuzevrijheid voor eindgebruikers in de digitale sector.”

Betwistbaarheid (“contestability”) en eerlijkheid (“fairness”) zijn dus de rode draad in de opgelegde verplichtingen.⁹⁵ Wat het eerste betreft gaat het eerder om de bescherming van de mededinging op zich, door te zorgen dat platformdiensten steeds door innoverende concurrenten kunnen worden uitgedaagd op de markt, los van de economische macht die poortwachters uitgebouwd hebben. Wat het tweede betreft gaat het eerder om het herstellen van een vorm van onevenwicht tussen platformen die poortwachters zijn en de gebruikers van dergelijke platformen.⁹⁶ Dit laatste was ook reeds de doelstelling van de eerder aangenomen P2B-verordening⁹⁷ hoewel de nadruk van de DMA eerder ligt op de bescherming van de mededinging eerder dan dat het een instrument van directe consumentenbescherming is. De verplichtingen vinden ook veelal hun oorsprong in de mededingingsrechtelijke precedentes die eerder besproken werden in Deel II, waarbij de Commissie aangeeft dat deze een bijzonder negatieve impact hebben op zakelijke en eindgebruikers.⁹⁸ De DMA kijkt echter ook naar de toekomst en voorziet een open bepaling waarbij de Commissie via een gedelegeerde handeling de verplichtingen van artikelen 5 en 6 kan “actualiseren” om praktijken aan te pakken die nog niet gedekt zijn door de bestaande verplichtingen, maar welke ook als oneerlijk worden beschouwd, of als beperkend voor de betwistbaarheid.⁹⁹ Net als de toevoeging van nieuwe diensten aan de lijst van kernplatformdiensten moet aan een voorstel voor actualisering van de verplichtingen een markt-onderzoek voorafgaan.¹⁰⁰

Ten slotte valt op te merken dat sommige verplichtingen door hun inhoud specifiek zijn voor welbepaalde kernplatformdiensten, daar waar andere verplichtingen duidelijk op alle kernplatformdiensten van toepassing zijn. Dit is doorgaans uit de context van de verplichtingen af te leiden maar kan aanleiding geven tot discussies.¹⁰¹ Het resultaat hiervan is dat sommige poortwachters slechts enkele verplichtingen opgelegd zullen krijgen (dit is met name het geval voor num-

⁹⁰ Zie Verslag Europees Parlement (A. SCHWAB), “Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council Contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)”, 1 juni 2021, 2020/0374(COD), 37. Wijziging van art. 3, 2., b) waarbij er een vereiste zou zijn om “twee of meer” kernplatformdiensten te leveren.

⁹¹ Art. 7, 2. DMA.

⁹² Art. 7, 7. DMA.

⁹³ Meer bepaald moeten poortwachters de EC inlichten van elke voorziene overname van een andere digitale dienst (niet enkel kernplatformdiensten), ongeacht de aanmeldingsdrempels die volgen uit verordening nr. 139/2004. Het betreft hier enkel een informatieplicht. Een goedkeuring van de EC alvorens de transactie te kunnen afsluiten is niet voorzien.

⁹⁴ Art. 13 DMA.

⁹⁵ Ook voor de “nieuwe verplichtingen” (die nog niet in de DMA staan) is eerlijkheid en betwistbaarheid het uitgangspunt zoals uiteengezet in art. 10 van het DMA.

⁹⁶ Zie EC Impact Assessment, § 109-110. Zie ook art. 10 DMA waar er sprake is van “onevenwicht [...] tussen de rechten en plichten van zakelijke gebruikers en de poortwachter een voordeel verkrijgt van zakelijke gebruikers dat niet in verhouding staat tot de dienst die de poortwachter aan zakelijke gebruikers verleent”.

⁹⁷ Considerans (51) P2B-verordening.

⁹⁸ Zie EC Impact Assessment, § 154-157 (en meer bepaald Table 2); considerans (33) DMA.

⁹⁹ Art. 10 DMA.

¹⁰⁰ Art. 17 DMA.

¹⁰¹ Voor een overzicht van de omvang van de verplichtingen die in de DMA vooropgesteld worden en hun relevantie voor de specifiek geviseerde platformen, zie *CERRE Recommendations Paper*, p. 51.

meronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten zoals bv. aangeboden door Skype), terwijl andere poortwachters eerder een meerderheid aan verplichtingen zullen moeten ondergaan (met name onlinetussenhandeldiensten zoals App Store, Google Play of Amazon deze aanbieden). Het gaat echter niet om een “modulair” systeem waar er nog gekozen kan worden tussen verschillende verplichtingen die opgelegd kunnen worden.

2.2. Specifieke verplichtingen voor poortwachters

Een gedetailleerde beschrijving van de verplichtingen valt in huidig bestek niet te maken. Algemeen zijn de specifieke verplichtingen onder te verdelen naar gelang het soort van praktijk welke de DMA wil verbieden. Men zou deze kunnen terugbrengen tot welbepaalde categorieën van praktijken die schadelijk worden geacht voor een betwistbare en eerlijke markt, zoals het gebrek aan transparantie, koppelverkoop, discriminatie, toegangsweigering, beperkingen op de gebruikersmobiliteit (“*anti-steering*”), of gewoonweg oneerlijke (“*unfair*”) bedingen.

Wat artikel 5 betreft (onmiddellijk uitvoerbare verplichtingen) zijn de volgende verplichtingen van toepassing op de relevante poortwachters:

- artikel 5, (a) vereist dat een poortwachter de eindgebruikers een specifieke keuze voorlegt en hun toestemming vraagt indien hij van plan is persoonsgegevens die afkomstig zijn van zijn kernplatformdiensten, te combineren met persoonsgegevens die zijn verzameld via andere diensten die hij aanbiedt of met persoonsgegevens van diensten van derden. Een voorbeeld van deze praktijk is de hoger aangehaalde Duitse *Facebook*-zaak. Deze verplichting is relevant voor alle kernplatformdiensten die als poortwachter aangeduid zijn en kan gelinkt worden aan het verbieden van oneerlijke praktijken waarbij het evenwicht tussen de rechten van de gebruiker en de rechten van de poortwachter zoek is;
- artikel 5, (b) verplicht poortwachters om zakelijke gebruikers toe te staan hun diensten aan betere prijzen of voorwaarden aan te bieden via concurrerende platformen welke met de poortwachters concurreren. Een voorbeeld hiervan is de zaak *E-book MFNs and related matters (Amazon)*, waarin Amazon van leveranciers van e-boeken heeft geëist (i) Amazon in kennis te stellen van gunstigere of alternatieve voorwaarden die zij elders aanbieden; en/of (ii) aan Amazon voorwaarden

ter beschikking te stellen die direct of indirect afhankelijk zijn van de voorwaarden die aan een andere e-boekverkoper worden aangeboden.¹⁰² Ook de Franse zaak tegen Booking.com is hier een voorbeeld van.¹⁰³

Dergelijke praktijken beperken de betwistbaarheid van de dienst doordat gebruikers worden beknót in hun eigen commerciële vrijheid om via andere platformen betere tarieven en/of diensten aan te bieden dan diegene die via het kernplatform worden aangeboden;

- artikel 5, (c) is een artikel dat gericht is tegen de zogenaamde *anti-steering* praktijken.¹⁰⁴

Het verplicht de poortwachters zakelijke gebruikers toe te staan aanbiedingen te promoten aan eindgebruikers die via de kernplatformdienst zijn verworven. De zakelijke aanbieders moeten contracten kunnen sluiten met de eindgebruikers en eindgebruikers moeten via de kernplatformdiensten van de poortwachter toegang kunnen krijgen tot inhoud, abonnementen, functies of andere artikelen door middel van de softwaretoepassing van een zakelijke gebruiker. Deze praktijken worden met name besproken in de lopende zaken rond *app stores*.¹⁰⁵ Ze zijn eveneens relevant voor onlinetussenhandelsdiensten (“*market places*”);

- artikel 5, (d) verbiedt de poortwachters zakelijke gebruikers te beletten of te beperken bij een overheidsinstantie problemen aan te kaarten in verband met praktijken van de poortwachters. Dit leunt dicht aan bij een soort van klokkenluidersconcept tegen poortwachters die een klager mogelijks kunnen bestraffen op allerhande wijzen;
- artikel 5, (e) verbiedt de poortwachters zakelijke gebruikers te verplichten van hun identificatiedienst gebruik te maken. Het gaat hier meer bepaald om identificatietools om in te loggen op digitale diensten waarbij poortwachters hun eigen inlogsysteem opleggen voor de zakelijke gebruikers die hun diensten ter beschikking stellen aan eindgebruikers via het kernplatform. Ook hier is er een potentieel probleem van betwistbaarheid dat relevant is voor de meeste kernplatformdiensten;
- artikel 5, (f) bepaalt dat de poortwachters een van hun kernplatformdiensten niet aan een andere kernplatformdienst mogen koppelen. Het gaat hier wel degelijk om de koppeling tussen twee kernplatformdiensten, wat wil zeggen dat het om een poortwachter gaat die twee dergelijke diensten aanbiedt. De Commissie verwijst in haar Impact Assessment o.a. naar de *Google Android*-zaak¹⁰⁶ waar de Google Search gekoppeld werd aan de pre-installatie van Google Play Store. Der-

¹⁰² § 2, EC, AT. 40153, *E-book MFNs and related matters (Amazon)*, 4 mei 2017.

¹⁰³ Zie Autorité de la concurrence, décision 15-D-06, 21 april 2015, www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/decision/sur-les-pratiques-mises-en-oeuvre-par-les-societes-bookingcom-bv-bookingcom-france-sas-et.

¹⁰⁴ Hierbij kan een zakelijke gebruiker bv. niet rechtsreeks via de app de eindgebruiker naar zijn eigen website sturen (voor bv. meer voordelige tarieven). Dit is met name voor mediabedrijven een heet hangijzer.

¹⁰⁵ Impact Assessment, Table 2.

¹⁰⁶ Zie *supra*.

gelijke koppeling beperkt, volgens de Commissie, de betwistbaarheid (en dus de concurrentie op de markt);

- artikel 5, (g) verplicht poortwachters om adverteerders en uitgevers aan wie de poortwachter advertentiediensten verleent op hun verzoek informatie te verstrekken over de prijs die de adverteerder en de uitgever hebben betaald, alsook over het bedrag of de vergoeding die aan de uitgever is betaald. Deze bepaling is relevant voor advertentiediensten die een kernplatform uitmaken en laat voornamelijk toe om de transparantie te verhogen in de tarieven van een dergelijke poortwachter zodat deze kosten vergelijkbaar zijn met die van alternatieve aanbieders. De complexiteit van het programmatische adverteren maakt tarieven ondoorzichtig.¹⁰⁷

Wat artikel 6 betreft gaat het om verplichtingen die nader kunnen worden gespecificeerd, meer bepaald:

- artikel 6, 1., (a) verbiedt de poortwachters te concurreren met zakelijke gebruikers door gebruik te maken van niet voor het publiek beschikbare gegevens die via hen worden gegenereerd. Dit is een praktijk die men typisch terugvindt bij verticaal geïntegreerde spelers die over informatie beschikken over hun rivalen via een wholesale of B2B-activiteit en waar bijvoorbeeld “Chinese walls” voor gebruikt worden om (ongeoorloofde) overdracht van informatie te vermijden. Ook poortwachters kunnen een “dubbele pet” dragen en hiervan profiteren om informatie te krijgen over hun concurrenten. Een voorbeeld van dergelijk probleem stelt zich in de zaak *Amazon Marketplace* waar de Europese Commissie het gebruik van niet publiek beschikbare gegevens van zakelijke gebruikers door Amazon, via haar platformdiensten verkregen, ten gunste van haar eigen retaildiensten als een mogelijk misbruik van machtpositie bestempelt¹⁰⁸;
- artikel 6, 1., (b) bepaalt dat de poortwachters de eindgebruikers in staat moeten stellen voorgeïnstalleerde softwaretoepassingen op hun kernplatformdienst te verwijderen. Ook hier verwijst de Commissie naar de *Google Android*-zaak en het gevaar van de “consumer bias” ten voordele van voorgeïnstalleerde software. Anderzijds bepaalt artikel 6, 1., (c) dat de poortwachters de installatie en het daadwerkelijk gebruik van softwaretoepassingen of *app stores* van derden mogelijk moeten maken. Dit moet de betwistbaarheid van kernplatformdiensten vrijwaren en de gebruiker toelaten om de software van zijn keuze te gebruiken. Voor

beide gevallen voorziet de DMA in voorbehouden (die proportioneel toe te passen zijn door de poortwachter) om de werking of integriteit van het besturingssysteem of eigen hardware niet in het gedrang te brengen¹⁰⁹;

- artikel 6, 1., (d) verbiedt de poortwachters de diensten en producten die door de poortwachter zelf of door een tot dezelfde onderneming behorende derde worden aangeboden, gunstiger te behandelen bij de rangschikking (“*self preferencing*”). Hier wordt verwezen naar de *Google Shopping*-zaak waarbij Google Search de nevendienst “*Google Shopping*” positief discrimineerde¹¹⁰;
- artikel 6, 1., (e) verbiedt de poortwachters om een technische beperking op te leggen in de mogelijkheid voor de eindgebruikers om over te schakelen tussen – en zich te abonneren op – verschillende softwaretoepassingen en -diensten. Concreet zou het mogelijk moeten zijn om over te stappen van de diensten van de poortwachter naar de diensten van een andere aanbieder, wat “*switching*” en “*multi-homing*” moet toelaten voor de eindgebruiker en de concurrentie moet vrijwaren;
- artikel 6, 1., (f) verplicht de poortwachters zakelijke gebruikers en aanbieders van ondersteunende diensten toegang te geven tot en te interageren met hun eigen ondersteunende diensten. Dit is met name relevant voor financiële diensten die gelinkt willen worden aan de betalingsdiensten van de poortwachter¹¹¹;
- artikel 6, 1., (g) vereist dat de poortwachters adverteerders en uitgevers toegang verschaffen tot de instrumenten van de poortwachter voor prestatiemeting en tot de informatie die adverteerders en uitgevers nodig hebben om hun eigen onafhankelijke verificatie van de advertentieportefeuille uit te voeren. Net als artikel 5, (g) gaat het hier om een maatregel die toegespitst is op online advertentiediensten voor zakelijke gebruikers waar vastgesteld werd dat de voorwaarden vaak ondoorzichtig zijn¹¹²;
- artikel 6, 1., (h) is gericht op de overdraagbaarheid van gegevens. Het verplicht de poortwachters te zorgen voor de daadwerkelijke overdraagbaarheid van gegevens die zijn gegenereerd door de activiteit van een zakelijke gebruiker of eindgebruiker, en de eindgebruikers instrumenten aan te reiken om dit te vergemakkelijken. De verplichting preciseert dat dit “*continue toegang in real time*” moet zijn. Deze verplichting is potentieel relevant voor alle kernplatformdiensten

¹⁰⁷. Considerans (42) DMA.

¹⁰⁸. Zie *supra*, vn. 50.

¹⁰⁹. Art. 6, 1., b) en c) en considerans (47) DMA. De vraag die gesteld kan worden voor deze bepaling is hoe dergelijk verbod staat tegenover een bevoordeling die voor een objectivering vatbaar is (bv. wegens het efficiënter werken van de “eigen” dienst op basis van objectief meetbare parameters). Daar waar de preambule spreekt over “geen enkele vorm van gedifferentieerde of preferentiële behandeling” wordt eveneens verwezen naar een “eerlijke rangschikking” (zie considerans (49) DMA).

¹¹⁰. Impact Assessment, tabel 2.

¹¹¹. Zie bv. www.acm.nl/en/publications/big-tech-and-dutch-payment-market-tightening-rules-needed-maintain-level-playing-field.

¹¹². Zie considerans (53) DMA.

die als poortwachter worden aangeduid. De overdraagbaarheid van persoonsgegevens wordt reeds in de context van de GDPR opgelegd¹¹³, maar wordt hier opgelegd als bredere verplichting (het gaat niet enkel om persoonsgegevens) die een *enabler* is voor eindgebruikers of zakelijke gebruikers om tot een concurrerend aanbod over te stappen¹¹⁴;

- volgens artikel 6, 1., (i) moeten poortwachters zakelijke gebruikers toegang geven tot en gebruik toelaten van bepaalde geaggregeerde of niet-geaggregeerde gegevens. Kernplatformnetwerken beschikken over een grote hoeveelheid gegevens die door dergelijke zakelijke gebruikers worden geleverd of gegenereerd. Deze specifieke gegevens moeten (binnen de grenzen van de GDPR-regels) voor de zakelijke gebruiker gratis ter beschikking staan; ook hier moet dit in real time gebeuren. Volgens de Impact Assessment zijn platformen de feitelijke eigenaars van een hele reeks gegevens over klanten van zakelijke gebruikers van het platform. Hierdoor beschikken deze zakelijke gebruikers (bv. de uitgever van een krant) niet over de gegevens van hun eindklanten – het platform treedt als het ware op als “*desintermediator*” tussen de zakelijke gebruiker en zijn klant. Deze verplichting wordt opgelegd om deze desintermediatie tegen te gaan;
- artikel 6, 1., (j) verplicht de poortwachters aan derde aanbieders van onlinezoekmachines op hun verzoek onder eerlijke, redelijke en niet-discriminerende voorwaarden toegang te verlenen tot gegevens over rangschikkingen, zoekopdrachten, clicks en weergaven in verband met gratis en betaalde zoekopdrachten die door eindgebruikers op onlinezoekmachines van de poortwachter zijn gegenereerd, onder voorbehoud van het anonimiseren van rangschikkingen, zoekopdrachten, clicks en weergaven die persoonsgegevens vormen. Deze verplichting lijkt eerder specifiek toegespitst op concurrerende onlinezoekmachines van poortwachters die dergelijke diensten leveren. De beperking van toegang tot deze gegevens verhindert de betwistbaarheid van dergelijke diensten wanneer een poortwachter reeds actief is op de markt. Dit probleem werd met name aangehaald in *Google Shopping*¹¹⁵;
- ten slotte vereist artikel 6, 1., (k) dat de poortwachters eerlijke en niet-discriminerende algemene voorwaarden voor de toegang van zakelijke gebruikers tot hun

app store toepassen. In de preambule van het voorstel wordt verwezen naar ongelijke onderhandelingspositie tussen poortwachters en zakelijke gebruikers, en wordt een nadere uitleg gegeven over wat “*oneerlijke*” voorwaarden zouden zijn.¹¹⁶

De verplichtingen van artikel 6 doen uiteraard vragen rijzen rond de verhouding met andere regels en andere doelstellingen. Er is reeds verwezen naar het belang van coherentie met privacyregels (“GDPR”) maar ook de veiligheid en de integriteit van gegevens en softwaresystemen moeten bij de naleving van deze verplichting in acht worden genomen door alle betrokken partijen, en ook zeker de poortwachters. Het voorstel voorziet hiervoor een “*regelgevingsdialoog*”¹¹⁷ welke mogelijk moet maken om verduidelijkingen te verstrekken over de manier waarop bepaalde verplichtingen worden uitgevoerd.

3. Institutionele structuur en procedure

3.1. Een gecentraliseerde benadering

Op institutioneel vlak valt op dat in het voorstel de Commissie het leeuwendeel van de uitvoering en handhaving van de toekomstige verordening naar zich toetrekt. Gezien de doelstelling om een geharmoniseerd kader op te leggen en de waarschijnlijke “poortwachters” die voor de toepassing van de DMA aangekondigd worden, verbaast dit niet. Het gaat veelal om globale spelers (Apple, Google, Facebook, Microsoft, Amazon, enz.) die er een regionale, zo niet globale handelspolitiek op nahouden en die in meerdere lidstaten of de hele EU actief zijn. Voor zover er sprake is van een marktfalen waar *ex ante* regulering nodig is, gaat de Commissie dus uit van een marktfalen die minstens pan-Europees is. Het is ook op die basis dat het gekozen instrument een verordening is die strekt tot harmonisatie van de wetgeving (o.b.v. art. 114 EU-Verdrag). Het gevaar bestond ook dat iedere lidstaat zijn eigen wetgeving ging uitwerken (of niet) welke van toepassing zou zijn op dergelijke spelers.¹¹⁸ Deze trend was reeds begonnen met Duitsland en Frankrijk die elk nationale wetgeving hebben aangenomen (of aan het aannemen zijn) over ditzelfde onderwerp.¹¹⁹

Terwijl het gebruik van een verordening voorlopig weinig in vraag wordt gesteld, is er meer discussie rond de rol die de

¹¹³ Art. 13, 2., b) verordening (EU) nr. 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van richtlijn nr. 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming).

¹¹⁴ Zie considerans (54) DMA.

¹¹⁵ Zie Impact Assessment, Table 2, p. 60.

¹¹⁶ Zie considerans (57) DMA.

¹¹⁷ Considerans (58) DMA.

¹¹⁸ Zie DMA, Toelichting, p. 5.

¹¹⁹ FRANKRIJK, “Rapport d’information déposé par la commission des affaires économiques sur les plateformes numériques”, 24 juni 2020, www.assemblee-nationale.fr/dyn/opendata/RINFANR5L15B3127.html; DUITSLAND, “The decision of the German Bundestag on the GWB Digitalisation Act”, 19 januari 2021, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html?sessionId=B70931F7ECF28F7BBC3E07558A2DF2BA.1_cid371?nn=10321672.

Europese Commissie zich toebedeelt in het kader van de DMA.¹²⁰ Met de DMA zou de Europese Commissie een quantumsprong maken in de oprichting van wat men gerust een Europese digitale regulator zou kunnen noemen. De Commissie is volgens de DMA belast met de volgende taken:

- aanduiding van de poortwachters die kernplatformdiensten leveren;
- precisering van de verplichtingen (waar nodig);
- uitwerking van nieuwe verplichtingen (waar nodig) via een delegatiebevoegdheid;
- uitvoering van marktonderzoeken (voor de opname van nieuwe kernplatformdiensten, de aanduiding van nieuwe poortwachters, de oplegging van nieuwe verplichtingen, de controle op de naleving van de verplichtingen, ...);
- controle op naleving van de verplichtingen (incl. inspecties, opleggen sancties, dwangsommen, voorlopige maatregelen, opnemen van toezeggingen en deze bindend maken, ...).

De onderzoeks- en handhavingsbevoegdheden zijn minstens vergelijkbaar met wat er voor de controle op concentraties bestaat. Gezien deze substantiële verhoging van het takenpakket wordt de vraag dan ook gesteld of de capaciteit die voor de handhaving van deze verordening wordt voorzien (nl. 80 VTE¹²¹) voldoende zal zijn en of er geen grotere rol gegeven moet worden aan de lidstaten voor de handhaving.^{122,123} Deze laatste beschikken immers via hun eigen regulatoren (sector- of mededingingsautoriteiten) ook over expertise en capaciteit om potentieel op te treden in de uitvoering van de DMA.¹²⁴ Vooral aan de zijde van de klagers kan deze lokale verankering van belang zijn.¹²⁵

Voor de lidstaten is hoe dan ook een rol weggelegd via het “*raadgevend comité digitale markten*”.¹²⁶ Deze laatste staat de Commissie bij door adviezen te geven (welke niet bindend zijn) alvorens de Commissie individuele besluiten

neemt (ter aanduiding van poortwachters, in het kader van marktonderzoeken, bij het opleggen van voorlopige maatregelen, boetes enz.). Gezien dit advies pas laat in het beslissingstraject wordt gegeven door de vertegenwoordigers van de lidstaten (conform de comitologieprocedure die vervat zit in verordening nr. 182/2011), kan men enkel besluiten dat lidstaten wellicht een zeer beperkte rol zullen krijgen. Hoewel drie of meer lidstaten de Commissie om een marktonderzoek kunnen vragen¹²⁷, zal de Commissie zelf de voornaamste handelingen in de procedure stellen (van initiatief tot besluitvorming).

3.2. Handhavingstechnieken

De handhavingstechnieken die de DMA voorziet zijn zeer uitgebreid en divers. Het gehele pakket van handhavingstechnieken staat, gelet op de structuur van steeds ingrijpendere maatregelen, ook wel bekend als “piramidaal systeem”. De Commissie kan in de eerste plaats tussenkomen via een “regulatoire dialoog” met de potentiële poortwachters die – om te beginnen – reeds zelf moeten bepalen of ze zich als poortwachter aanmelden.¹²⁸ Daarnaast is deze dialoog ook vooral van belang voor de specificatie van de verplichtingen die in artikel 6 van de DMA vervat zitten en welke complexe vraagstukken rond de technische uitvoering van de verplichtingen moet helpen oplossen. Gezien ook hier de poortwachter een rol kan vervullen door zelf de voorgenomen maatregelen voor te stellen aan de Commissie¹²⁹ kan men hier bijna spreken van een vorm van co-regulering (ook al volgen de contouren van de verplichting duidelijk uit de verordening en valt hier niet over te onderhandelen).

De DMA voorziet ook ruime onderzoeksbevoegdheden¹³⁰ die het mogelijk moeten maken om de typische asymmetrie in informatie tussen de regulator en de gereguleerde partij te milderen. Zo kan de Commissie alle nodige informatie verzamelen aan ondernemingen en ondernemingsverenigingen

^{120.} Zie BEREC-opinie, “For a swift, effective, and future-proof regulatory intervention: BEREC opinion on the European Commission’s proposal for a Digital Markets Act”, 11 maart 2021, BoR (21) 35, 6, ([www.berec.europa.eu/files/document_register_store/2021/3/BoR%20\(21\)%2035%20BEREC%20Opinion%20on%20the%20DMA%20-%20final.pdf](http://www.berec.europa.eu/files/document_register_store/2021/3/BoR%20(21)%2035%20BEREC%20Opinion%20on%20the%20DMA%20-%20final.pdf)); zie CERRE, *supra*, amendementsvoorstel art. 33, a). Ook de IMCO-rapporteur voorziet een grotere rol voor nationale autoriteiten. *Supra*, zie onder meer amendementsvoorstellen 5, 77, 78.

^{121.} DMA, p. 12 (gevolgen voor de begroting).

^{122.} DE STREEL *et al.*, CERRE, *supra*, p. 73.

^{123.} De Nederlandse, Franse en Duitse regeringen hebben begin september 2021 een gezamenlijke nota gepubliceerd waarin enkele wijzigingen aan de DMA worden voorgesteld. De drie lidstaten dringen er bv. op aan dat nationale regelgevende instanties (“NRI’s”) en gegevensbeschermingsautoriteiten (“DPA’s”) deel gaan uitmaken van het adviescomité voor digitale markten, dat de Commissie zou bijstaan bij het bestuur en de handhaving van de DMA. “Strengthening the Digital Markets Act and its Enforcement” www.permanentrepresentations.nl/permanent-representations/pr-eu-brussels/documents/publications/2021/09/9/strengthening-the-digital-markets-act-and-its-enforcement, 2.

^{124.} BEREC rapport, “BEREC report on the ex ante regulation of digital gatekeepers”, 30 september 2021, BoR (21) 34, www.berec.europa.eu/eng/document_register/subject_matter/berec/reports/10043-berec-report-on-the-ex-ante-regulation-of-digital-gatekeepers, 40 *et seq.*

^{125.} Er wordt soms verwezen naar de mogelijke rol die ook nationale rechtbanken hierbij kunnen spelen. De technische expertise die vereist zal zijn om deze verplichtingen concreet toe te passen en te controleren doet echter vermoeden dat de nationale rechtbank niet de allereerste plaats zal zijn waar partijen zich zullen wenden in geval van probleem.

^{126.} Art. 32 DMA.

^{127.} Art. 33 DMA.

^{128.} *Supra*, III, 1.

^{129.} Art. 7, 7. DMA.

^{130.} Zie art. 19, 20 en 21. Bij inspecties ter plaatse kan de Commissie zich laten bijstaan door onafhankelijke deskundigen of auditoren (zie art. 24, 2. DMA).

met het oog op toezicht, uitvoering en handhaving van de verordening. Zij kan ook alle natuurlijke of rechtspersonen die daarin toestemmen horen en heeft tevens de bevoegdheid om inspecties ter plaatse te verrichten.

Naast de regulatoire dialoog kan een poortwachter ook toezeggingen doen voor de naleving van de verplichtingen van artikelen 5 en 6. De Commissie kan deze toezeggingen bindend maken via besluit.¹³¹ Zoals voor andere besluiten (o.a. besluiten over de specificatie van de art. 6-verplichtingen) die in het kader van de DMA worden genomen is niet steeds duidelijk welke stakeholders hun mening zullen kunnen geven over dergelijke besluiten.¹³² In het belang van een kwaliteitsvolle regelgeving lijkt het echter van belang om alle relevante partijen – ook gebruikers of (potentiële) concurrenten van de kernplatformdiensten – te kunnen horen (en niet enkel de betrokken poortwachter).¹³³

Een verdere tussenkomst bestaat er in een “besluit van niet-naleving” te nemen waarin de Commissie kan preciseren welke maatregelen de poortwachter moet nemen om de niet-naleving te beëindigen.¹³⁴ In geval van systematische niet-naleving kan dit leiden tot gedragscorrigerende of zelfs

structurele maatregelen (zoals het afstoten van een bedrijf of een bedrijfs onderdeel¹³⁵).¹³⁶ Deze laatste moeten proportioneel zijn en zouden enkel kunnen worden opgelegd indien er geen gedragscorrigerende maatregel is die even doeltreffend is. Het besluit van niet-naleving kan eveneens vergezeld worden van het opleggen van een geldboete van ten hoogste 10% van de totale omzet van de poortwachter. In dringende gevallen (risico tot ernstige en onherstelbare schade) kan de Commissie ook voorlopige maatregelen opleggen. Ten slotte voorziet het DMA-arsenaal ook dwangsommen die de Commissie kan opleggen om besluiten te doen naleven, inlichtingen te krijgen, toegang tot databanken of algoritmes te waarborgen, enz.¹³⁷

Het is voorlopig onduidelijk hoe en in welke volgorde de Commissie deze diverse handhavingstechnieken zal toepassen. Een piramidale benadering zoals beschreven door de Streel e.a. in de CERRE-studie lijkt echter aangewezen.¹³⁸ Voorts ligt, althans initieel, een dialoogmodel eerder voor de hand gezien het kleine aantal spelers waar het potentieel om zou draaien.

IV. SLOTBESCHOUWINGEN

Ex ante regulering is niet nieuw en er is in de meeste landen (ook buiten Europa) een sterke politieke wil om digitale markten aan meer regelgeving te onderwerpen. Wat wel nieuw is in het DMA-voorstel van de Commissie, is de aanpak.

Qua doelstellingen valt eerst en vooral op dat het niet enkel gaat om de mededinging te vrijwaren, noch om een zogenaamd marktfalen aan te pakken maar ook om “eerlijkheid” (“*fairness*”) te bereiken in de relaties tussen enerzijds platformen die poortwachters zijn en haar gebruikers (zowel zakelijke als eindgebruikers). Het concept van de eerlijkheid is zowel juridisch als economisch moeilijk te omschrijven en houdt daarom ook een redelijke mate van subjectiviteit in. Desalniettemin wordt het in de DMA naar voor geschoven als één van de voorname doelstellingen naast de betwistbaarheid van de markt welke op zijn beurt nauw aanleunt bij wat men reeds kent onder het mededingingsrecht en de *ex ante*

regulering van telecommunicatiemarkten bijvoorbeeld.

Opmerkelijk is ook de eerder statische aanpak waarbij de regels zoveel als mogelijk in een allesomvattend keurslijf worden gegoten en deze rechtstreeks van toepassing zijn (via verordening) opdat de verplichtingen snel (zonder omzetting) in werking kunnen treden.¹³⁹ Deze statische aanpak geldt zowel voor de betrokken diensten die vooraf in de wet gedefinieerd worden (i.p.v. in een aanbeveling bv. van de Commissie die geregeld aangepast wordt aan de marktevolutie zoals dit in de elektronische communicatiemarkten gebeurt) alsook de toepasselijke verplichtingen die *in extenso* en limitatief worden uitgewerkt in de DMA. Uiteraard is er speelruimte via de *regulatory dialogue* van artikel 6, maar die is eerder beperkt en heeft betrekking op de technische uitvoering van gedetailleerd uitgeschreven verplichtingen. Beter zou zijn dat de dialoog, in plaats van enkel met de betrokken poortwachters ook gevoerd zou wor-

¹³¹. Art. 23 DMA.

¹³². Het “hoorrecht” alvorens een besluit te nemen wordt hoe dan ook beperkt tot de “betrokken poortwachter” (art. 30 DMA).

¹³³. Zie BEREC Opinie, “BEREC Opinion on the European Commission’s proposal for a Digital Markets Act: For a swift, effective and future-proof Regulatory intervention”, BoR (21) 35, section 2.1; zie ook ontwerpopinie van ECON-comité (S. YON-COURTIN), “Draft opinion on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)”, 7 juli 2021, 2020/0734 (COD), 21, www.europarl.europa.eu/doceo/document/ECON-PA-693930_EN.pdf.

¹³⁴. Art. 25 DMA.

¹³⁵. Considerans (64) DMA.

¹³⁶. Art. 16 DMA.

¹³⁷. Art. 27 DMA.

¹³⁸. DE STREEL *et al.*, CERRE, *supra*, p. 67.

¹³⁹. Het Europees Parlement zal hier ook zijn rol spelen en daar blijkt de ongeduldigheid qua toepassing van de verplichtingen nog groter te zijn nu de voorstellen van de rapporteurs er toe nopen om implementatietermijnen (die reeds strak zijn voor wat normaal gezien gangbaar is in *ex ante* regulering) verder in te korten.

den met allerlei relevante potentiële belanghebbenden (zoals zakelijke gebruikers, potentiële concurrenten, consumentenverenigingen, het maatschappelijk middenveld). Een gestructureerde regelgevende dialoog zal van cruciaal belang zijn om een effectieve interventie te ontwerpen en af te dwingen en om het aantal rechtszaken te verminderen. Om een regelgevend kader effectief te laten zijn, moeten gedegegen kennis en een gedetailleerd begrip van de bedrijfsmodellen en technische aspecten van de sector(en) worden opgebouwd, niet in het minst in zeer technische sectoren met aanzienlijke informatieasymmetrieën zoals deze.

Daarnaast is het ook waar dat de delegatieprocedure de Commissie moet toelaten om bijkomende verplichtingen op te leggen (maar niet om verplichtingen weg te nemen) of de lijst van kernplatformdiensten uit te breiden. Dit vergt echter steeds een wetgevende interventie wat altijd zwaarder is dan een aanpassing van “*soft law*” (die daarenboven meer ruimte laat voor een dynamische interpretatie) of een uitvoeringsbesluit.

Uiteraard is het voorstel voor een stuk het resultaat van wat de Commissie geleerd heeft in de mededingingszaken die vermeld worden in Deel II. Het stoelt dus op concrete ervaring en concrete praktijken die rechtsreeks het voorwerp uitmaken van een vertaling in de wetgeving. De vraag is echter hoe deze regels de tand des tijds zullen doorstaan. Hoe relevant zal bijvoorbeeld voorgeïnstalleerde software nog zijn binnen 3 jaar? In welke mate zullen de platformen vermeld in artikel 2, (2) nog de poortwachters van morgen zijn? De praktische relevantie van de *tech*-zaken uit het verleden in het mededingingsrecht is eerder het principe dat aangepakt werd meer dan het product of de dienst en de remedie die toen opgelegd werd. De vraag is dan ook of de statische en detailistische aanpak waar men op korte termijn resultaten mee wil bereiken de juiste is ten opzichte van een meer principiële aanpak (“*principles-based regulation*”). Deze laatste vorm van regulering vraagt wellicht meer tijd en ruimte voor verdere uitwerking maar is vaak duurzamer.¹⁴⁰ De meeste verplichtingen vallen immers terug te brengen tot misbruikpraktijken die men reeds kent, o.a. uit het mededingingsrecht. Sommige verplichtingen lezen dan ook bijna als concrete uitwerkingen van deze zaken maar dan omgezet in wetgeving. Aangezien digitale omgevingen snel evolueren is het van primordiaal belang ervoor te zorgen dat de DMA toekomstbestendig is. Dit betekent dat de Europese Commissie in staat moet zijn om nieuw opduikende problemen, die niet adequaat via artikelen 5 en 6 kunnen worden aangepakt, onder handen te nemen. Aanvullend op het DMA-kader zou er dus een bevoegdheid moeten bestaan om remedies op te leggen voor vastgestelde problemen die op een effectieve en evenredige manier aangepakt kunnen worden op basis van een aantal in de wet vastgelegde principes.

Anderzijds valt op te merken dat de mededingingszaken waarop een groot deel van de vooropgestelde verplichtingen van de DMA gebaseerd zijn voor een stuk nog het voorwerp uitmaken van diverse geschillen- en beroepsprocedures. Uit deze procedures leert men dat uitkomsten niet altijd eenduidig zijn (zie bv. de verschillende uitkomsten rond de toepassing van MFN-clausules in reisplatformen). Er kan dus nog wat bewegen rond de mededingingsrechtelijke uitkomsten, ook al hebben deze zaken concreet aanleiding gegeven tot het oplijsten van verplichtingen in de DMA. Ook hier zou meer flexibiliteit aangewezen kunnen zijn rond de herziening van remedies die mogelijks ongeschikt zijn.

Gezien het pan-Europese bereik van de belangrijkste digitale poortwachters lijkt de voorgestelde centrale aanpak de beste manier voor de handhaving. Een geharmoniseerde aanpak is van cruciaal belang voor Europese bedrijven om fragmentatie en inconsistentie bij de implementatie van de DMA in verschillende lidstaten te vermijden. Tegelijkertijd lijkt de voorgestelde samenwerking met de lidstaten op basis van de comitologieprocedure te beperkt. Waarom zou de raadplegingsprocedure zoals uiteengezet in artikel 32, 4., ook niet van toepassing kunnen zijn op artikel 17 (“Marktonderzoek naar nieuwe diensten en nieuwe praktijken”)? Ook nationale experts kunnen de Europese Commissie bijstaan bij allerhande taken zoals dataverzameling en het continue monitoren van de nationale markten, enz. Nationale onafhankelijke instanties kunnen ook zorgen dat ze op nationaal niveau van nationale spelers feedback of eventuele klachten ontvangen omtrent de gangbare marktpraktijken.

Eén van de voornaamste innovaties van de DMA is de *shortcut* die het bewerkstelligt wat de marktdefinitie en het bewijs van dominantie betreft, alvorens boetes of verplichtingen op te leggen aan dergelijke spelers. En laat dit nu vaak de heetste hangijzers zijn van elk onderzoek onder de mededingingsregels. Zeker in hoogtechnologise diensten zoals platformdiensten die op verschillende vlakken spelen (veelzijdige markten) is de definitie van de relevante markt of de berekening van een marktaandeel hierop een complexe oefening die tijdrovend en juridisch delicaat is. De complexiteit van de oefening is echter wel een garantie voor een zorgvuldige en economisch onderbouwde aanpak. Deze complexe stap wordt door de DMA overgeslagen en onnodig, nu de kernplatformdiensten vooraf worden gedefinieerd en de “poortwachters” (alternatief op het concept van dominantie of SMP in de telecom) eveneens worden aangeduid, alsook de interventie die op zich niet gestoeld is op het mededingingsrecht. De vraag die zich dan ook stelt bij deze aanpak is of de DMA door haar definities van kernplatformdiensten en door de aanduiding van de poortwachters o.b.v. de criteria van de DMA een te ruime toepassingsfeer zal krijgen of dat die juist eerder te beperkt zal zijn. Een reactie (vanuit het Parlement) op het voorstel van de Commissie was bijvoor-

¹⁴⁰. Hoewel het wetgevend kader voor elektronische communicatie reeds meerdere malen aangepast is blijven de voornaamste regels uit 2002 (!) nog steeds relevant en de hoofdbrok uitmaken van de *ex ante* regulering in deze sector.

beeld om te vereisen dat men minstens twee (i.p.v. een) kernplatformdiensten moest aanbieden om als poortwachter te worden aangeduid, wat het aantal poortwachters zou verminderen. Anderen lijken dan weer meer diensten te willen aanpakken via de DMA.¹⁴¹ Hoe dan ook blijft het mededingingsrecht van toepassing voor de “ongelukkige” kandidaten die uit de boot zouden vallen.¹⁴² Hierbij kan de DMA eventueel tot inspiratie dienen om bepaalde praktijken al dan niet aan te pakken. Een omgekeerde beïnvloeding is dus zeker niet uit te sluiten voor partijen die niet als *gatekeeper* worden aangeduid maar desalniettemin wel onder het mededingingsrecht kunnen vallen.

We moeten afwachten wat de onderhandelingen met het Europees Parlement opleveren. Ook al is er zeker nog wat schaaftwerk nodig aan het voorstel van de Commissie, toch blijkt duidelijk uit het arsenaal aan handhavingstechnieken dat de Europese Commissie het serieus meent met haar voorstel. Echter is het zoals met elk nieuw recept: *“the proof of the pudding is in the eating”* en momenteel zijn er nog verschillende koks die hun zeg hebben op het recept. Het is dus nog uitkijken of de Commissie haar ambities voor een betwistbare en eerlijke digitale omgeving kan waarmaken.

^{141.} Zie voorstel amendement 2, ECON-comité (S. YON-COURTIN), “Draft opinion on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)”, 7 juli 2021, 2020/0734 (COD), 21, www.europarl.europa.eu/doceo/document/ECON-PA-693930_EN.pdf.

^{142.} Ook voor poortwachters blijft het mededingingsrecht overigens van toepassing volgens het voorstel van de Commissie en kan er dus sprake zijn van overlappende toepassing van regels op een zelfde feit (zie considerans (10)).