



ADVIES

CRB 2021-1600

Het voorstel voor een verordening van de
Europese Commissie: Digital Markets Act

CCE
Conseil Central de l'Economie
Centrale Raad voor het Bedrijfsleven
CRB





**Advies over het voorstel voor een verordening van de Europese
Commissie: Digital Markets Act (DMA)**

**Brussels,
3 juni 2021**

Inbehandelingneming

Tijdens een gezamenlijke vergadering op 11 februari 2021 van de brc's Mededinging, Verbruik en Onrechtmatige bedingen enerzijds en de beleidscel van minister Dermagne anderzijds, heeft de heer Lagasse (vertegenwoordiger van deze beleidscel) een korte uiteenzetting gegeven over het voorstel van de Europese Commissie voor een verordening over de digitale markten, doorgaans "Digital Markets Act" genoemd (hieronder: het "DMA-voorstel").

Tijdens de vergadering van de brc Mededinging van 4 maart 2021 heeft mevrouw Léonard (fod Economie) op haar beurt bevestigd dat de brc Mededinging een adviesvraag over dit DMA-voorstel zou ontvangen.

Om nadere toelichting te krijgen over de inhoud van dit DMA-voorstel, heeft de brc Mededinging twee vergaderingen georganiseerd, onder het voorzitterschap van de heer Bourgeois. De eerste werd gehouden op 1 april 2021 en de tweede op 11 mei 2021, met de deelname van prof. A. de Streeel (UNamur) als spreker.

Aangezien de brc Mededinging uiteindelijk geen adviesvraag heeft ontvangen, heeft ze beslist op eigen initiatief een advies op te stellen, omdat ze uit goede bron wist dat de Belgische regering nog steeds vragende partij was voor een advies over dit Europese wetgevingsinitiatief, dat momenteel in behandeling is bij de Raad van de EU en het Europees Parlement.

Het ontwerpadvies werd op 3 juni 2021 unaniem goedgekeurd na een schriftelijke procedure.

Inleiding

De Europese Commissie heeft haar [DMA-voorstel](#) op 15 december 2020 ingediend.

Dit wetgevingsinitiatief ligt in het verlengde van de mededeling "[De digitale toekomst van Europa vormgeven](#)", waarin de Europese Commissie vaststelde dat de toepassing van de huidige mededingingsregels ontoereikend is om de betwistbare praktijken van een handvol grote spelers op de digitale markten (met name de GAFAM) te verhelpen, en waarin ze haar voornemen te kennen gaf bijkomende ex-anteregels in te voeren.

Volgens de memorie van toelichting van het DMA-voorstel, en bij wijze van samenvatting (blz. 1), worden de digitale markten waarin dat handvol grote spelers opereren gekenmerkt door gigantische platforms die als tussenpersoon fungeren voor het merendeel van de transacties tussen de zakelijke gebruikers en de eindgebruikers. Door hun rol als tussenpersoon kunnen deze platforms (die talrijke voordelen genieten, zoals netwerkeffecten, schaalvoordelen en feedback loops) controle uitoefenen op de toegang tussen deze twee soorten van gebruikers (rol van "poortwachters"), hetgeen: (a) deze paar grote spelers in staat stelt om voor zichzelf, via hun platform(s), een stevig verankerde, stabiele en duurzame positie op de betrokken markten te creëren, waardoor er weinig ruimte is voor nieuwkomers om met hen te concurreren; b) leidt tot een hoge mate van afhankelijkheid van zakelijke gebruikers, hetgeen in sommige gevallen leidt tot oneerlijke praktijken jegens hen; c) de betwistbaarheid van de betrokken platformdiensten vermindert door het bestaan van toetredingsdrempels; en d) wegens de geringe betwistbaarheid aanleiding geeft tot vrees voor negatieve effecten zoals, enerzijds, het ontstaan van "renten", d.w.z. de mogelijkheid om de consumenten hogere prijzen aan te rekenen voor producten en diensten van mindere kwaliteit, en, anderzijds, een vertraging van de innovatie. Bovendien volgen en profileren veel van deze platforms hun eindgebruikers, waardoor zij veel over hen te weten kunnen komen om hen in hun eigen voordeel te manipuleren.

Met het DMA-voorstel dat ter advies voorligt, wordt dan ook beoogd een oplossing te bieden voor de problemen in verband met de poortwachters. Het doel ervan is tweeledig. Enerzijds moeten eerlijke en open markten ("*fair and contestable markets*") worden gegarandeerd door op EU-niveau de meest opvallende gevallen van oneerlijke praktijken en de geringe betwistbaarheid aan te pakken. Dit is in feite een doel dat complementair is aan het klassieke doel van het mededingingsrecht, namelijk *vrije en onvervalste mededinging*. Anderzijds moet een versnippering van het EU-regelgevingslandschap als gevolg van de initiatieven die op dit vlak op het niveau van de lidstaten reeds werden genomen of gepland zijn, worden voorkomen. Het doel is hier de samenhang en de rechtszekerheid te versterken om de interne markt te vrijwaren.

Concreet, en in een notendop, betekent het DMA-voorstel het volgende:

- Het spitst zich uitsluitend toe op acht digitale diensten waarvan wordt aangenomen dat ze het meest worden gebruikt door de zakelijke gebruikers en de eindgebruikers en waarvan de aanbieders als poortwachters fungeren. Deze diensten worden "kernplatformdiensten" genoemd.
- Het stelt de voorwaarden vast waaronder aanbieders van kernplatformdiensten als poortwachters moeten worden aangewezen, hetzij op basis van een reeks objectieve criteria (op basis van een weerlegbaar vermoeden), hetzij na een beoordeling per geval in het kader van een marktonderzoek. Voorts worden ook de voorwaarden vastgesteld waaronder de aanwijzing van een poortwachter kan worden heroverwogen en wordt een verplichting vastgesteld om een dergelijke aanwijzing regelmatig te herzien.
- Het stelt verplichtingen vast waaraan de als poortwachter aangewezen onderneming moet voldoen. Ook wordt de mogelijkheid geboden om sommige van deze verplichtingen op maat toe te snijden door middel van een dialoog tussen de betrokken aangewezen poortwachter en de Commissie.
- Het geeft de regels aan die de Europese Commissie moet naleven bij het uitvoeren van haar marktonderzoeken.
- Het legt de aangewezen poortwachter de verplichting op om elke voorgenomen concentratie aan te melden, alsook de verplichting voor de aangewezen poortwachter om alle technieken voor het profileren van consumenten die hij toepast op zijn kernplatformdiensten, aan een onafhankelijke audit te onderwerpen.
- Het bevat bepalingen over de uitvoering en handhaving van de verordening. Een daarvan voorziet in de oprichting van een "raadgevend comité digitale markten", dat moet worden geraadpleegd vóór de aanneming van gedelegeerde handelingen of de vaststelling van individuele besluiten die gericht zijn tot poortwachters, terwijl een andere voorziet in de mogelijkheid dat drie of meer lidstaten de Commissie kunnen verzoeken een marktonderzoek in te stellen.

ADVIES

1 Algemene opmerkingen

De Europese Commissie betoogt dat de zeer grote platforms die als poortwachters fungeren de goede werking van de digitale markten verstoren en dat er zo snel mogelijk een oplossing moet worden gevonden voor de problemen die ze veroorzaken. De brc Mededinging acht deze analyse gegrond na prof. de Streef tot twee maal toe te hebben gehoord.

De brc Mededinging is overtuigd door het betoog van de Europese Commissie dat de huidige mededingingsregels (die *ex post* reageren) niet geschikt zijn om het hoofd te bieden aan het fenomeen van de poortwachters. De procedures om tot een besluit te komen zijn lang en ingewikkeld en de opgelegde remedies (geldboeten) hebben tot dusver niet tot de verwachte gedragsveranderingen geleid. De brc Mededinging is daarom voorstander van een nieuwe, meer preventieve aanpak. In dit verband juicht ze het DMA-voorstel toe en steunt ze de inhoud ervan, die erin bestaat een geheel van aanvullende regels van het *ex-ante* type in te voeren (en geen regels van het *ex-post* type zoals in het mededingingsrecht), op voorwaarde dat deze regels voldoende eenvoudig en nauwkeurig omschreven zijn om het begrip en de uitvoering ervan te vergemakkelijken en bijgevolg de doeltreffendheid ervan te waarborgen. Als de regels eenvoudig en duidelijk zijn, zullen ze immers vanzelf worden toegepast.

De brc Mededinging merkt op - en onderschrijft ten volle - dat het DMA-voorstel in hoge mate complementair is met de (nationale en EU-)mededingingsregels, de gegevensbescherming (in het bijzonder de zgn. [GDPR-verordening 2016/679](#)), het acquis van de EU inzake consumentenbescherming en andere bestaande EU-wetgeving, zoals met name de [verordening betreffende de betrekkingen tussen de platforms en de ondernemingen](#), of die in behandeling is, zoals het voorstel betreffende digitale diensten (DSA). Het is echter van belang dat de wisselwerking tussen de DMA, zodra deze is aangenomen, en deze verschillende instrumenten, maar ook tussen de DMA en de nationale mededingingsregels, duidelijk wordt gepreciseerd.

De brc Mededinging merkt op dat de wetgevingsprocedure betreffende het DMA-voorstel zich nog in een vroeg stadium bevindt. Ze wenst derhalve opnieuw te worden geraadpleegd indien ingrijpende wijzigingen worden aangebracht. Ze behoudt zich de mogelijkheid voor om zich uit te spreken over substantiële wijzigingen aan het DMA-voorstel.

2 Specifieke aanbevelingen

2.1 Over de criteria voor het definiëren van een poortwachter

Volgens het DMA-voorstel moet een onderneming aan een reeks cumulatieve criteria voldoen om als "poortwachter" te kunnen worden gekwalificeerd en binnen het toepassingsgebied van het voorstel te vallen. Een van de criteria waaraan moet worden voldaan, is dat de onderneming "*een aanzienlijke impact op de interne markt*" moet hebben en een kernplatformdienst moet verlenen in "*ten minste drie lidstaten*". Dit houdt in dat kleinere poortwachters waarvan de activiteit beperkt is tot één of twee nationale markten, niet binnen het toepassingsgebied van het DMA-voorstel zullen vallen en dat de problemen die zij veroorzaken niet in het kader van dit instrument zullen worden opgelost.

Volgens de brc Mededinging is er, zelfs indien voor de kleinere poortwachters kan worden teruggevallen op de toepassing van de mededingingsregels, nog steeds sprake van een lacune in de regelgeving die zij zullen kunnen benutten, aangezien de huidige mededingingsregels alleen niet volstaan om alle problemen aan te pakken die zich op digitale markten voordoen, en dat geldt al helemaal niet voor de problemen die verband houden met poortwachters, ongeacht of zij groot of klein zijn. De brc Mededinging vraagt zich bijgevolg af of het, in het geval van België, niet aangewezen zou zijn te onderzoeken in hoeverre de bestaande nationale wetgeving (bv. inzake misbruik van economische afhankelijkheid, of sommige bepalingen van het Wetboek van economisch recht, zoals die inzake oneerlijke handelspraktijken) deze lacune in de regelgeving opvult en in hoeverre deze zou moeten worden aangepast. Dit gezegd zijnde, waarschuwt de brc Mededinging voor elke overregulering op zowel Europees als nationaal niveau, die de stimulans voor investeringen en innovatie zou kunnen fnuiken.

2.2 Over de verplichtingen

In het DMA-voorstel worden 18 verplichtingen (do's en don'ts) omschreven die poortwachters zullen moeten naleven zodra ze als dusdanig zijn aangewezen. Ze zijn onderverdeeld in twee reeksen van verplichtingen: de gedetailleerde verplichtingen die direct van toepassing zijn; de min of meer gedetailleerde verplichtingen die nader kunnen worden gespecificeerd.

De brc Mededinging is van oordeel dat, zoals door prof. de Streef werd voorgesteld, deze 18 verplichtingen duidelijker zouden worden door een betere indeling in categorieën: (1) die welke rechtstreeks toepasselijk zijn, d.w.z. die welke geen verdere verduidelijking behoeven om te kunnen worden toegepast; (2) die welke naar goedgevoelen van de Europese Commissie zouden kunnen worden gespecificeerd indien blijkt dat ze niet duidelijk genoeg zijn; (3) die welke nog door de Europese Commissie moeten worden gespecificeerd en niet toepasselijk zijn zolang dat niet het geval is; en ten slotte (4) die welke in aanvulling op de vorige en op algemenere wijze worden beschreven en waarin het mogelijk zou zijn nieuwe praktijken van poortwachters op te nemen.

Er moet ook worden toegezien op de rechtszekerheid, de evenredigheid en de doeltreffendheid van dergelijke verplichtingen, rekening houdend met het feit dat het DMA-voorstel betrekking heeft op tal van sterk verschillende bedrijfsmodellen en diensten. De veiligheid en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer zijn ook criteria waarmee rekening moet worden gehouden bij de beoordeling van dergelijke verplichtingen.

2.3 Over de rol van de onafhankelijke nationale autoriteiten en van andere belanghebbenden

Het DMA-voorstel laat de lidstaten, de nationale regulerings- en mededingingsautoriteiten en de belanghebbenden weinig ruimte om een rol te spelen. Het DMA-voorstel is immers gebaseerd op een gecentraliseerd model op EU-niveau. Het geeft de Europese Commissie volledige regelgevingsbevoegdheid, alsmede de bevoegdheid tot uitvoering en toezicht op de naleving. Ze wordt alleen ondersteund door het "raadgevend comité digitale markten", dat bestaat uit vertegenwoordigers van de lidstaten (meestal van nationale ministeries) en wordt voorgezeten door een vertegenwoordiger van de Europese Commissie.

De brc Mededinging is er in het algemeen niet tegen gekant dat de Commissie een centrale rol toebedeeld krijgt en ondersteunt dit zelfs. Ze is echter terughoudender als het erom gaat alle bevoegdheden (definiëring/precisering van de regel, flexibele toepassing ervan, uitvoering van controles en oplegging van geldboeten of corrigerende maatregelen enz.) in handen van de Commissie te leggen, zoals in het DMA-voorstel het geval is. In het licht van wat er op het spel staat,

dringt ze er derhalve op aan dat dieper wordt ingegaan op de mogelijkheid van een grotere *ondersteunende rol* voor de onafhankelijke nationale autoriteiten, naast de noodzaak om te voorzien in passende procedurele waarborgen en een adequate rechterlijke toetsing op Europees niveau. Deze rol voor hen wordt des te onontbeerlijker omdat de Commissie de komende jaren over beperkte middelen (begroting, personeel, technische capaciteiten) beschikt en ook in de toekomst zal blijven beschikken. De nationale autoriteiten zouden haar op verschillende manieren kunnen ondersteunen. In de eerste plaats door een lokale verankering (zij kunnen gemakkelijker klachten ontvangen van plaatselijke zakelijke gebruikers). Ten tweede door een expertise en een ervaring met het omgaan met digitale platforms en met gegevens en algoritmen, en met het uitvoeren van een aantal van de in het DMA-voorstel opgenomen verplichtingen, zoals interoperabiliteit, toegang tot gegevens of gegevensportabiliteit. Ten derde doordat zij dicht bij het terrein staan, waardoor ze gemakkelijker kunnen toezien op de correcte toepassing van de opgelegde verplichtingen.

Voor de brc Mededinging is het aan de lidstaten om tijdens de besprekingen in de Raad van de EU het instrument te kiezen dat zal worden gebruikt om deze samenwerking tussen de Europese Commissie en de onafhankelijke nationale autoriteiten vorm te geven (bv. een netwerk van deze autoriteiten dat naast het raadgevend comité digitale markten zou bestaan), alsook de onafhankelijke nationale autoriteiten die hierbij moeten worden betrokken. (Voor België zou dat kunnen zijn: de BMA, het BIPT, de GBA of een combinatie daarvan, afhankelijk van het geval en van de aan de orde gestelde problemen. Met het oog op een betere coördinatie, en om hun rol bij de Europese Commissie doeltreffender te kunnen spelen, zouden deze onafhankelijke Belgische autoriteiten allicht een of andere vorm van onderlinge samenwerking tot stand kunnen brengen. Inspiratie zou kunnen worden gevonden in wat in het Verenigd Koninkrijk reeds wordt gedaan met het [DRCE](#), ook al heeft dat laatste een enigszins andere doelstelling).

De brc Mededinging is tevens van mening dat het interessant zou zijn dat in het DMA-voorstel zou worden overwogen andere derden te raadplegen, bijvoorbeeld de zakelijke gebruikers van de kernplatformdiensten of hun eindgebruikers, of zelfs de poortwachters zelf, via een " dialoog over te nemen regelgevingsmaatregelen", met name over de aanwijzing van de poortwachters, over de vastgestelde verplichtingen (artikel 5) en wanneer verplichtingen moeten worden gespecificeerd (artikel 6), of wanneer de Commissie toezeggingen van de poortwachters aanvaardt (artikel 23). Hoewel dit het proces complexer en tijdrovender zou maken, zou het als voordeel hebben dat zij hun standpunt kenbaar zouden kunnen maken en dat een gerichte en passende oplossing voor de problematiek in kwestie zou kunnen worden gegarandeerd.

2.4 Over het risico van concurrerende bevoegdheden

Het DMA-voorstel heeft artikel 114 VWEU als rechtsgrondslag. Deze rechtsgrondslag maakt het mogelijk wettelijke, regelgevende of bestuurlijke bepalingen van de lidstaten nader bij elkaar te brengen om een versnippering van de interne markt te vermijden. Volgens de memorie van toelichting van het DMA-voorstel is deze rechtsgrondslag gerechtvaardigd om te voorkomen dat de lidstaten uiteenlopende nationale regels toepassen of overwegen toe te passen om problemen in verband met de poortwachters op te lossen, hetgeen zou leiden tot een versnippering van de interne markt.

Bij lezing ervan lijkt de huidige tekst van het DMA-voorstel er echter niet op berekend te zijn om de beoogde versnippering te voorkomen. Integendeel, met name artikel 1, lid 5 en lid 6, zou de lidstaten de mogelijkheid bieden nationale regels aan te nemen en te handhaven die de EU-regels overlappen of verder gaan dan die regels.

De brc Mededinging stelt verder vast dat de tekst die het meest met het DMA-voorstel rivaliseert, de nieuwe Duitse mededingingswet is die op 18 januari 2021 werd aangenomen. Deze tekst voorziet in dezelfde regeling als het DMA-voorstel, maar maakt er een onderwerp van het mededingingsrecht van.

Bijgevolg zal de Duitse mededingingsautoriteit, het Bundeskartellamt, geen ander doel hebben dan vrije mededinging op een gegeven markt. Omgekeerd zou het DMA-voorstel, aangezien het wordt gepresenteerd als een internemarktmaatregel, op termijn het voorwerp kunnen worden van jurisprudentie die zou afwijken van de mededingingsdoelstelling die wordt beoogd in de Duitse tekst.

De brc Mededinging stelt zich daarom de volgende vraag: welke juridische duidelijkheid en zekerheid wordt aan de spelers geboden? Eenzelfde gedrag zal door verschillende wetten kunnen worden gesanctioneerd. Op welke basis zal eerder een procedure naar mededingingsrecht dan op basis van de DMA worden opgestart, of omgekeerd? Hoe zullen de nationale autoriteiten moeten samenwerken om dissonanten te voorkomen? Tot besluit is het voor de brc Mededinging niet duidelijk hoe de in het DMA-voorstel uitgedragen harmonisatieambitie zou kunnen worden verwezenlijkt.