

Vergaderjaar 2023–2024

36 495

Uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT ¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 18 oktober 2023 en het nader rapport d.d. 26 januari 2024, aangeboden aan de Koning door de Minister van Economische Zaken en Klimaat. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 20 juli 2023, no. 2023001761, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State (van het Koninkrijk) haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van (rijks)wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 18 oktober 2023, no. W18.23.00218/IV, bied ik U hierbij aan.

De tekst van het advies treft u hieronder cursief aan, voorzien van mijn reactie.

Bij Kabinetsmissive van 20 juli 2023, no. 2023001761, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot uitvoering van verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (Uitvoeringswet digitalemarktenverordening), met memorie van toelichting.

Met het wetsvoorstel wordt uitvoering gegeven aan de digitalemarktenverordening (DMA).² De DMA bevat regels ten aanzien van kernplatformdiensten van de grootste online platforms die door hun aanzienlijke marktpositie binnen de sector als zogenoemde «poortwachters» kwalifi-

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

² Verordening (EU) 2022/1925 van het Europees Parlement en de Raad van 14 september 2022 over betwistbare en eerlijke markten in de digitale sector, en tot wijziging van Richtlijnen (EU) 2019/1937 en (EU) 2020/1828 (digitalemarktenverordening), (PbEU 2022, L 265).

ceren.³ De handhaving van de DMA ligt uitsluitend bij de Europese Commissie (hierna: Commissie). Nationale autoriteiten hebben daarbij een ondersteunende rol. Met deze uitvoeringswet wordt de Autoriteit Consument en Markt (ACM) aangewezen als de bevoegde nationale autoriteit in Nederland. Daartoe worden haar toezichtsbevoegdheden gegeven en wordt informatie-uitwisseling met de Commissie geregeld.⁴

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert in de toelichting nader in te gaan op de mogelijke overlap tussen de bevoegdheden van de Commissie ten aanzien van de DMA en die van de ACM op grond van andere instrumenten, in het bijzonder het reguliere mededingingsrecht. Daarnaast adviseert zij in de toelichting in te gaan op de verhouding tussen de DMA en de AVG en de samenwerking tussen de Commissie en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een consistente uitleg van deels gelijklopende normen uit de DMA en de AVG te waarborgen. In verband hiermee is aanpassing van de toelichting wenselijk.

1. DMA: aanleiding, inhoud en wijze van handhaving

Grote online platforms zijn in de digitale economie steeds belangrijker geworden. Als gevolg van hun dominante marktposities en het feit dat zij over grote hoeveelheden data beschikken, zijn zakelijke gebruikers afhankelijker geworden van deze platforms om hun online diensten aan te bieden. Het bestaande juridische instrumentarium, in het bijzonder het mededingingsrecht en consumentenrecht, is niet altijd voldoende toereikend gebleken, onder meer omdat deze instrumenten alleen ingrijpen achteraf mogelijk maken.⁵

Met de DMA wordt daarom voorzien in een nieuw instrument, met ex ante toezicht op de grootste online platforms. Aan deze zogenoemde «poortwachters»⁶ stelt de DMA een aantal welomschreven verplichtingen.⁷ Deze verplichtingen zijn erop gericht oneerlijke handelspraktijken tegen te gaan en de mogelijkheid om hun (dominante) marktposities te betwisten groter te maken.

Zoals in de toelichting vermeld, vormt de DMA een aanvulling op het Europese en nationale mededingingsrecht, dat naast de verordening van toepassing blijft. Daarnaast heeft de DMA raakvlakken met onder meer de P2B-verordening,⁸ en de Algemene verordening gegevensbescherming

³ Zie artikel 2, tweede lid, van de DMA voor een definitie van kernplatformdiensten. Zie artikel 2, eerste lid, en artikel 3 van de DMA voor de definitie en de aanwijzing van poortwachters.

⁴ Artikel 2 van de Uitvoeringswet DMA.

⁵ Memorie van toelichting, paragraaf 2.3.

⁶ Artikel 3, eerste lid, van de DMA. Een onderneming wordt aangewezen als poortwachter indien die: a) een aanzienlijke impact heeft op de interne markt; b) een kernplatformdienst aanbiedt die voor zakelijke gebruikers een belangrijke toegangspoort tot eindgebruikers vormt, 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. Op 6 september 2023 heeft de Commissie de volgende poortwachters aangewezen (met daarbij aangegeven de mogelijke kernplatformdiensten): Alphabet (Google Maps, Play en Shopping, Google Search, Google Android, Youtube en Chrome), Amazon (Amazon en Marketplace), Apple (iOS, Safari, App store), ByteDance (Tiktok), Meta (Facebook, Instagram, Whatsapp, Messenger, Meta en Meta Marketplace) en Microsoft (LinkedIn, Windows PC OS).

⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 5 van de DMA. Poortwachters dienen onder andere zakelijke gebruikers kosteloos toe te laten om aanbiedingen kenbaar te maken en aan te bieden aan eindgebruikers die via zijn kernplatformdienst of via andere kanalen zijn verworven, en om met die eindgebruikers contracten te sluiten, ongeacht of zij daarvoor al dan niet gebruikmaken van de kernplatformdiensten van de poortwachter.

⁸ Verordening (EU) 2019/1150 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 ter bevordering van billijkheid en transparantie voor zakelijke gebruikers van onlinetussenhandelssdiensten (PbEU 2019, L 186).

(AVG).⁹ De DMA heeft ook raakvlakken met de digitaaldienstenverordening (DSA), die met de DMA onderdeel is van de Digital Services Package van de Europese Unie.¹⁰

In het toezicht op en de handhaving van de DMA speelt de Commissie een centrale rol. Niet alleen is het aan de Commissie te beoordelen of online platforms de status van «poortwachter» krijgen, ook heeft zij als enige instantie de bevoegdheid om op grond van de DMA handhavend op te treden en in dat verband geldboetes of dwangsommen op te leggen.¹¹

De DMA geeft, daarnaast, lidstaten de optie hun autoriteiten de bevoegdheid te geven op eigen initiatief onderzoek te doen naar mogelijke niet-naleving van de op poortwachters rustende verplichtingen op het grondgebied van de lidstaat.¹² Met het wetsvoorstel wordt van deze mogelijkheid gebruik gemaakt en wordt de ACM de benodigde bevoegdheden gegeven om op eigen initiatief onderzoek te doen.¹³ Deze bevoegdheid eindigt nadat zij verslag hebben uitgebracht aan de Commissie over de bevindingen van het onderzoek en de Commissie een handavingsprocedure start.¹⁴

2. Overlap bevoegdheden ACM en Commissie

Omdat zowel de ACM, als de Commissie de bevoegdheid heeft onderzoek te starten naar de naleving van de DMA, kan overlap in hun werkzaamheden bestaan.¹⁵ Ingevolge artikel 38, zevende lid, tweede alinea van de DMA geldt in dat geval dat de onderzoeksbevoegdheid van nationale mededingingsautoriteiten eindigt als de Commissie een onderzoek start naar dezelfde inbreuk van een poortwachter.

Zoals in de toelichting wordt onderkend, is echter op voorhand niet altijd duidelijk of een handeling van een poortwachter onder de DMA valt, dan wel mogelijk (ook) een overtreding van andere regels aan de orde is, zoals het reguliere mededingingsrecht of de P2B-verordening.¹⁶ In het laatste geval heeft de ACM niet alleen een ondersteunende rol, maar ook een zelfstandige toezichthoudende rol en kan zij handavingsmaatregelen opleggen. De DMA laat daartoe de ruimte, maar verlangt wel dat de ACM de Commissie op de hoogte stelt van onderzoeken en eventuele opgelegde maatregelen.¹⁷

In de toelichting wordt niet ingegaan op de vraag wat een eventuele beëindiging van een ACM-onderzoek naar mogelijke overtredingen van de DMA betekent voor het onderzoek dat de ACM verricht naar mogelijke overtredingen van andere normen. Deze vraag dringt zich op, omdat het

⁹ Verordening (EU) 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 95/46/EG (algemene verordening gegevensbescherming) (PbEU 2016, L 119). Zie ook overweging 12 bij de DMA.

¹⁰ Verordening (EU) 2022/2065 van het Europees Parlement en de Raad van 19 oktober 2022 betreffende een eengemaakte markt voor digitale diensten en tot wijziging van Richtlijn 2000/31/EG (digitaaldienstenverordening) (PbEU 2022, L 277). De DSA bevat regels voor aanbieders van online tussenhandelsdiensten (zoals hostingbedrijven, online platforms en zoekmachines), die beogen illegale online inhoud tegen te gaan en gebruikers daarover te informeren.

¹¹ Artikelen 30 en 31 van de DMA.

¹² Artikel 38, zevende lid, van de DMA.

¹³ Artikel 2, eerste lid, van de Uitvoeringswet DMA.

¹⁴ Paragraaf 3.6.2 van de toelichting.

¹⁵ Paragraaf 4.2.7 van de toelichting.

¹⁶ Memorie van toelichting, paragraaf 3.7.1.

¹⁷ Artikel 38, tweede en derde lid, van de DMA.

niet ondenkbaar is dat een handeling of gedraging van een poortwachter zowel een overtreding van de DMA als, bijvoorbeeld, van de reguliere mededingingsregels oplevert. Onduidelijk is of de ACM in een dergelijk geval haar onderzoek zal voortzetten of dat zij toch het onderzoek van de Commissie zal afwachten en zo ja, wat de gevolgen daarvan zijn.

De Afdeling merkt op dat het van belang is dat in de toelichting op dit punt helderheid wordt gegeven, in het bijzonder gelet op de positie van de aanbieders en gebruikers van online platforms. Voor hen moet namelijk duidelijk zijn hoe wordt omgegaan met klachten of signalen van gebruikers en of deze eventueel ook op grond van een ander instrument – zoals het generieke mededingings- of consumentenrecht of de P2B-verordening – zullen worden onderzocht.

*Daarnaast rijst de vraag hoe – in het geval de ACM op grond van het reguliere mededingingsrecht en de Commissie op grond van de DMA tot handhaving overgaan – concreet wordt gewaarborgd dat het opleggen van de verschillende handhavingsmaatregelen met een punitief karakter voor dezelfde materiële feiten niet in strijd komt met het beginsel van *ne bis in idem*.¹⁸*

In de toelichting wordt alleen opgemerkt dat met de uitwisseling van informatie tussen toezichthouders via het Europese mededingingsnetwerk (ECN) het waarborgen van dit beginsel wordt nagestreefd.¹⁹ Niet wordt ingegaan op de vereisten die in de (recente) Europese rechtspraak hieromtrent zijn ontwikkeld.²⁰ Een beschouwing hierover in de toelichting ligt in de rede, omdat dat de nodige duidelijkheid kan geven voor de rechtspraak.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting nader in te gaan op de mogelijke overlap tussen de bevoegdheden van de Europese Commissie ten aanzien van de verordening en die van de ACM op grond van andere instrumenten, in het bijzonder het reguliere mededingingsrecht. Dit advies is opgevolgd door het uitbreiden van de paragrafen 4.2.5, 4.2.7 en 7.3.3 van de toelichting.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, is het mogelijk dat de ACM onder verschillende normenkaders onderzoek doet naar eenzelfde handeling van een poortwachter. Dezelfde gedraging zou namelijk in strijd kunnen zijn met verschillende normen. In voorkomend geval kan er bijvoorbeeld sprake zijn van een onderzoek naar een mogelijke overtreding van het verbod op misbruik van een economische machtspositie (regulier mededingingsrecht) en een onderzoek naar naleving van een maatregel in de verordening.²¹ Het is noodzakelijk en gebruikelijk dat een dergelijke handeling van een poortwachter onder verschillende normenkaders kan worden onderzocht, voordat wordt bepaald onder welke norm het onderzoek wordt doorgezet en tot eventuele handhaving wordt overgegaan.

¹⁸ Niet uitgesloten is dat op grond van andere normen, zoals de P2B-verordening, het consumentenrecht of AVG, ook handhavingsmaatregelen worden genomen met een punitief karakter, waarbij het beginsel van *ne bis in idem* relevant kan zijn.

¹⁹ Memorie van toelichting, paragraaf 7.3.3.

²⁰ Vgl. onder meer HvJEU 22 maart 2022, *bpost*, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 en HvJEU 22 maart 2022, *Nordzucker*, C-151/20, ECLI:EU:C:2022:203 (zie ook de annotatie van Veenbrink in SEW (2022), 123). Zie voorts HvJEU 14 september 2023, *Volkswagen Group Italia S.p.A.*, C-27/22, ECLI:EU:C:2023:663 (in het bijzonder punten 86–96).

²¹ De DMA bepaalt dat zij van toepassing is onverminderd het Europese en nationale mededingingsrecht. Zie overwegingen 9–10 en artikel 1, zesde lid, van de verordening.

Aangezien de ACM geen handhavingsbevoegdheden heeft onder de verordening, zal zij haar onderzoek naar niet-naleving van de maatregelen in de verordening op enig moment moeten doorverwijzen naar de Europese Commissie.²² De Afdeling vraagt in haar advies wat een dergelijke doorverwijzing en beëindiging van het initiële onderzoek van de ACM betekent voor het onderzoek dat zij uitvoert naar een mogelijke overtreding van andere normen dan opgenomen in de verordening.

Poortwachters dienen ook te voldoen aan onder meer het reguliere mededingingsrecht, consumentenrecht, privacywetgeving en andere verordeningen voor digitale markten. Beëindiging van het initiële onderzoek naar niet-naleving door de ACM heeft geen directe invloed op het lopende onderzoek van de ACM naar overtreding van normen uit andere normenkaders. De regels moeten elkaar niet hinderen maar moeten elkaar juist aanvullen. Dit betekent dat de ACM een onderzoek naar overtreding van andere normen door een bedrijf dat is aangewezen als poortwachter in principe voort kan zetten. Artikel 1, zesde lid, van de verordening illustreert deze conclusie (voor het mededingingsrecht). In dat artikel is bepaald dat de verordening geen afbreuk doet aan de toepassing van de Europese en nationale mededingingsregels. Deze flexibiliteit en wisselwerking tussen de verordening en het reguliere mededingingsrecht is nadrukkelijk zo bedoeld.

Het hangt echter wel af van de omstandigheden of het voor de ACM opportuun is om een mogelijke overtreding van normen uit andere normenkaders te (blijven) onderzoeken in gevallen waarin duidelijk ook een overtreding van de verordening door een poortwachter aan de orde is. Dat zal bijvoorbeeld niet zo snel het geval zijn bij een inbreuk op maatregelen die in de verordening in detail zijn neergelegd, omdat handhaving onder de verordening dan meer in de rede ligt. De verordening biedt immers meer duidelijkheid over welk gedrag wel en niet is toegestaan, terwijl een onderzoek naar de mededingingsregels van de ACM aanzienlijk meer tijd en capaciteit zal vergen met een onzekere afloop. De keuze of de ACM het onderzoek naar andere normen doorzet en daar capaciteit op inzet, is daarom een afweging die de ACM per geval zal maken.

De Afdeling stelt in haar advies vast dat het niet duidelijk is hoe door de ACM wordt omgegaan met klachten of signalen van gebruikers over de naleving van de verordening of andere normenkaders. In het wetsvoorstel is er bewust voor gekozen om bij de uitvoering van ondersteunend toezicht op de verordening zoveel mogelijk aan te sluiten bij het toezicht in het kader van andere aangrenzende normenkaders waar de Afdeling naar verwijst en dit toezicht onder te brengen bij één nationale autoriteit. De ACM fungeert als centraal meldpunt voor ondernemers en consumenten om signalen in te dienen en coördineert vervolgens intern de inleiding van onderzoeken. Door de onderzoeksbevoegdheden voor het toezicht op de verordening toe te wijzen aan één nationale autoriteit wordt fragmentatie in de onderzoeken naar signalen onder verschillende normenkaders voorkomen. Daarnaast wordt hierdoor voor klachtenindieners duidelijk waar ze terecht kunnen met vragen over de vervolgstappen die worden gezet naar aanleiding van hun ingediende klacht.

²² Artikel 38, zevende lid, van de verordening bepaalt dat wanneer de Europese Commissie een onderzoek start op basis van artikel 20 van de verordening dit de nationale bevoegde autoriteit de mogelijk ontnemt om eenzelfde onderzoek naar naleving van de verordening te starten of te beëindigen.

Daarbij is het van belang dat het meldpunt bij de ACM aan de voorkant niet van een ondernemer of consument verwacht precies te weten onder welke regelgeving zijn klacht of probleem valt. Een signaal over een handeling van een poortwachter wordt dus behandeld zonder op voorhand vast te laten leggen binnen welk normenkader de klacht moet worden afgedaan. Na ontvangst van een signaal bepaalt de ACM onder welke kader of kaders zij de betreffende handeling gaat onderzoeken. Dit kunnen in eerste instantie dus verschillende kaders zijn waar de ACM toezicht op houdt. De ACM zal daarover ook steeds tijdig communiceren met de gebruiker die het signaal heeft ingediend, mits het belang van het onderzoek dat toelaat.

De Afdeling vraagt ook naar de handhaving op grond van de verschillende normen. Zij vraagt in haar advies om te verduidelijken hoe – in geval de ACM op grond van het reguliere mededingingsrecht en de Commissie op grond van de verordening tot handhaving overgaan – concreet wordt gewaarborgd dat het opleggen van de verschillende handhavingsmaatregelen met een punitief karakter voor dezelfde materiële feiten niet in strijd komt met het beginsel van *ne bis in idem*. Dit beginsel is in artikel 50 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie verankerd en houdt in dat een (rechts)persoon niet nogmaals mag worden vervolgd of bestraft wanneer dezelfde (rechts)persoon voor dezelfde gedraging (*idem*) reeds op basis van een eerdere definitieve beslissing is veroordeeld of vrijgesproken (*bis*). De Afdeling acht met name relevant dat wordt ingegaan op de recente Europese rechtspraak omtrent de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel in mededingingsrechtelijke zaken.

Het is niet uitgesloten dat een poortwachter voor dezelfde gedraging aan meerdere procedures wordt onderworpen onder verschillende normenkaders. In de praktijk wordt het risico op strijd met het *ne bis in idem*-beginsel echter gemitigeerd.

Allereerst wordt dit aan de voorkant tegengegaan door intensieve coördinatie tussen de Europese Commissie en nationale autoriteiten over handhavingsmaatregelen. Artikel 38, eerste tot en met zevende lid, van de verordening regelt op welke wijze de Commissie en nationale bevoegde instanties elkaar informeren over hun onderzoeken, de inzet van hun bevoegdheden coördineren en waar mogelijk samenwerken. Zo zal zowel de Europese Commissie als een nationale bevoegde autoriteit zo spoedig mogelijk melding maken van eerste formele onderzoekshandelingen en voornemens om handhavend op te treden. Aan deze coördinatie en samenwerking wordt in de praktijk invulling gegeven in de bestaande internationale samenwerkingsverbanden van mededingingsautoriteiten, zoals met name het European Competition Network (ECN).

Daarnaast kan strijd met het *ne bis in idem*-beginsel achteraf door de rechter worden gecorrigeerd. Indien in een bepaald geval de vraag opkomt of bij gelijklopende procedures sprake is van strijd met het *ne bis in idem*-beginsel, wordt de door de Afdeling aangehaalde rechtspraak relevant. In de zaken *b-post* en *Nordzucker*²³ heeft het Hof van Justitie de toepasselijkheid van het *ne bis in idem*-beginsel in mededingingsrechtelijke zaken in lijn gebracht met de toepassing van dit beginsel in andere rechtsgebieden. Dit betekent dat voor het *idem*-vereiste in mededingingsrechtelijke zaken voortaan enkel nog wordt gekeken naar de materiële

²³ HvJ EU 22 maart 2022, C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202 (*Bpost*) en HvJ EU 22 maart, C151/20, ECLI:CU:2022:203 (*Nordzucker*).

feiten en niet langer naar het te beschermen rechtsbelang²⁴. Sinds *b-post* en *Nordzucker* geldt dat indien de materiële feiten van de procedures hetzelfde zijn, aan het *idem*-vereiste is voldaan. Om te kunnen spreken van dezelfde materiële feiten, dienen de feiten identiek te zijn en in ieder geval hetzelfde grondgebied, dezelfde productmarkt en dezelfde periode te beslaan.²⁵ Wordt vervolgens ook aan het *bis*-vereiste van een eerdere veroordeling of vrijspraak voldaan, dan is er sprake van een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel.

Indien achteraf toch sprake blijkt te zijn van een inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel, kan artikel 52 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie hiervoor nog een rechtvaardiging bieden. Via dit artikel kan een inbreuk worden gerechtvaardigd, indien: (i) het optreden van de autoriteiten bij wet is voorzien (ii) het gaat om een cumulatie op grond van verschillende regelingen, welke verschillende en aanvullende doelstellingen nastreven, en (iii) het evenredigheidsbeginsel wordt gerespecteerd. Met de verordening wordt aan het eerste vereiste in ieder geval voldaan. Artikel 1, zesde lid, van de verordening staat expliciet toe dat de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten het mededingingsrecht kunnen handhaven. Voor de andere twee vereisten zijn de omstandigheden van het geval bepalend. Het is aan de rechter om te bepalen of een eventuele inbreuk op het *ne bis in idem*-beginsel kan worden gerechtvaardigd.

3. Verhouding tussen toezicht op de DMA en de AVG

Zoals hiervoor opgemerkt, heeft de DMA raakvlakken met de regels van de AVG. Zo voorziet de DMA onder andere in een verbod op het combineren van data van de kernplatformdienst met data van andere diensten van de poortwachter en mag de poortwachter eindgebruikers niet automatisch bij andere diensten van de poortwachter laten inloggen, zodat data kunnen worden gecombineerd.²⁶ Dit mag wel als de eindgebruiker de specifieke keuze heeft gekregen en toestemming heeft verleend.

Op grond van de AVG is de verwerking van persoonsgegevens, waar mede het combineren van persoonsgegevens onder wordt begrepen, alleen rechtmatig indien dit is gebaseerd op een van de rechtsgrondslagen in artikel 6 van de AVG. De DMA gaat op enkele punten verder dan de AVG. Zo kan ingevolge de DMA het verwerken van persoonsgegevens, genoemd in artikel 5, tweede lid, van de DMA niet worden gebaseerd op de grondslagen genoemd in artikel 6, eerste lid, onderdelen b en f van de AVG.²⁷

²⁴ Het te beschermen rechtsbelang ziet op de doelstelling achter de norm. Dit komt nu pas later aan de orde, nadat een inbreuk wordt vastgesteld en beoordeeld moet worden of die inbreuk kan worden gerechtvaardigd.

²⁵ Ter illustratie: in *Nordzucker* bepaalt het Hof van Justitie dat bij het vaststellen of een onderneming tweemaal wordt vervolgd en/of beboet voor een kartel op het grondgebied van een andere lidstaat moet worden gekeken of een mededingingsautoriteit daadwerkelijk heeft vastgesteld dat er een inbreuk plaatsvond op het grondgebied van een andere lidstaat. Voorts moet met deze geografische dimensie rekening worden gehouden bij het vaststellen van de eventuele boete. Het enkel noemen in een besluit dat het kartel zich uitstrekt tot het grondgebied van een andere lidstaat is niet voldoende om vast te stellen dat er sprake is van een dubbele vervolging en/of beboeting voor dezelfde feiten. Zie in dit kader ook HvJ EU 20 april 2023, X-815/21 P, ECLI:EU:CL2023:308 (*Amazon/Commissie*), r.o. 22–35.

²⁶ Artikel 5, tweede lid, van de verordening.

²⁷ Dit betreft verwerkingen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van een overeenkomst, respectievelijk voor de gerechtvaardigde belangen van de verwerkingsverantwoordelijke of een derde.

Er bestaan dus sterke inhoudelijke raakvlakken tussen de normen van de DMA en de AVG, waarbij de uitleg van de AVG ook van betekenis kan zijn voor de uitleg van de DMA en vice versa. Het toezicht en de handhaving is echter bij verschillende autoriteiten belegd. Waar de Autoriteit Persoonsgegevens op grond van de AVG handhavend kan optreden jegens poortwachters, kan de Commissie dat doen op grond van de DMA. Dit doet de vraag rijzen hoe wordt gewaarborgd dat de uitleg van de verschillende toezichthouders van deze deels gelijklopende normen (en de handhaving daarvan) met elkaar stroken.

In de toelichting wordt wel ingegaan op de samenwerking tussen de ACM en andere nationale toezichthouders, zoals de AP. Ook wordt erop gewezen dat de Commissie, vanuit haar coördinerende rol en via het ECN, kan helpen voorkomen dat onnodig overlappende onderzoeken in het kader van de DMA plaatsvinden.²⁸ Uit de toelichting wordt echter niet duidelijk hoe de afstemming tussen de Commissie en nationale gegevensbeschermingsautoriteiten, zoals de AP, plaatsvindt en of, en zo ja hoe een consistente uitleg van de AVG en DMA wordt gewaarborgd. Daarbij merkt de Afdeling op dat uit de toelichting niet blijkt dat in het kader van de voorbereiding van dit wetsvoorstel de AP hierover is geconsulteerd. Dat had naar het oordeel van de Afdeling wel in de rede gelegen.

Evenmin wordt duidelijk in hoeverre de zogenoemde «groep op hoog niveau»²⁹ in deze een rol kan spelen. Deze groep bestaat uit Europese organen en netwerken,³⁰ en geeft de Commissie advies over algemene kwesties in het kader van de uitvoering of handhaving van de DMA en beoogt een consistente reguleringsaanpak te bevorderen.³¹ Onduidelijk is of in dat gremium ook in specifieke dossiers de nodige afstemming over de uitleg en toepassing van de AVG en DMA zal en kan plaatsvinden.

De Afdeling adviseert de toelichting op deze punten aan te vullen.

De Afdeling adviseert om in de memorie van toelichting in te gaan op de verhouding tussen de verordening en de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) en de samenwerking tussen de Europese Commissie en de Autoriteit Persoonsgegevens (AP) om een consistente uitleg van deels gelijklopende normen uit de verordening en de AVG te waarborgen. Dit advies is opgevolgd door het uitbreiden van paragraaf 3.7.4, 4.2.6 en 4.2.7 van de toelichting.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt, bestaan er sterke inhoudelijke raakvlakken tussen de normen van de verordening en de AVG, terwijl het toezicht en de handhaving bij verschillende autoriteiten is belegd. Om een consistente uitleg van de normen van de verordening en de AVG te borgen, moet nauw worden samengewerkt tussen de verschillende autoriteiten. In artikel 37 van de verordening is voorzien in afstemming van handhavingsmaatregelen tussen de Europese Commissie en de (autoriteiten van) lidstaten om te zorgen voor coherente, effectieve en complementaire handhaving van beschikbare rechtsinstrumenten als de AVG.

²⁸ Memorie van toelichting, paragrafen 4.2.6 en 4.2.7.

²⁹ Artikel 40 van de DMA.

³⁰ Het betreft specifiek de volgende Europese organen en netwerken die zullen samenwerken in de groep op hoog niveau: het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en het Europees Comité voor gegevensbescherming, het Europees Mededingingsnetwerk, het samenwerkingsnetwerk voor consumentenbescherming, en de Europese Groep van regelgevende instanties voor audiovisuele mediadiensten.

³¹ Artikel 40, vijfde lid, van de DMA.

Eenzijds moet worden samengewerkt tussen de ACM en de AP. Zoals ook reeds in de toelichting vermeld, is in dit kader artikel 7 van de Instellingswet ACM van belang. Op grond van dit artikel is de ACM bevoegd om gegevens te verstrekken aan andere bestuursorganen. In de Regeling gegevensverstrekking ACM 2019 is bepaald dat de AP tot deze bestuursorganen behoort. Daarbij geldt dat de ACM ook een samenwerkingsovereenkomst heeft met de AP.³² De autoriteiten zouden zodoende voldoende in staat moeten zijn om de inhoudelijke raakvlakken tussen normen van de verordening en de AVG af te stemmen. Een belangrijke nuancing op het bovenstaande is de beperkte rol van de ACM voor wat betreft de bepalingen uit de verordening die raken aan de AVG. Immers, de ACM kan enkel onderzoek doen en neemt geen (handhavings)besluiten. Handhaving is voorbehouden aan de Europese Commissie.

Anderzijds moet worden samengewerkt tussen de Europese Commissie en de nationale gegevensbeschermingsautoriteiten (zoals de AP). De Afdeling verwijst in dit verband terecht naar de groep op hoog niveau (High Level Group; HLG). In de HLG kan inhoudelijke afstemming tussen de verordening en de AVG plaatsvinden. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming (EDPS) en het Europees Comité voor gegevensbescherming (EDPB) maken deel uit van de HLG. De AP is als nationale bevoegde gegevensbeschermingsautoriteit lid van de EDPB. De verwachting is niet dat de HLG specifieke dossiers op detailniveau zal bespreken. Echter, waar het onderdelen van specifieke zaken betreft die betrekking hebben op algemene kwesties die zien op de uitvoering of handhaving van de verordening kan de HLG advies uitbrengen aan de Commissie.

Zoals de Afdeling terecht opmerkt ziet de advisering van de HLG ook op bevordering van een consistente reguleringaanpak over de grenzen van onder andere de AVG en de verordening heen. De HLG heeft ook de bevoegdheid om een jaarverslag in te dienen bij de Commissie waarin sectordoorsnijdende reguleringskwesties in beeld worden gebracht. Dit verslag wordt eveneens aan het Europees Parlement en de Raad voorgelegd. De EDPS en de EDPB moeten de organen en netwerken die zij vertegenwoordigen raadplegen in het kader van de uitgevoerde taken binnen de HLG. De AP kan als deelnemer in de EDPB bijdragen aan standpunten die bij de HLG kunnen worden ingebracht over voorge-noemde aangelegenheden.

Tenslotte merkt de Afdeling nog op dat uit de toelichting niet blijkt of de AP is geconsulteerd in het kader van de voorbereiding van het wetsvoorstel. De AP heeft geen formeel advies uitgebracht maar is wel bij de voorbereiding van het wetsvoorstel en bij het opstellen van dit nader rapport betrokken.

4. Ambtshalve wijzigingen

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om ambtshalve enkele kleine wijzigingen aan te brengen in de memorie van toelichting van het wetsvoorstel. In paragraaf 3.7.4 en 3.7.7 van de memorie van toelichting zijn enkele aanpassingen gedaan ter verduidelijking. In paragraaf 6.1 van de toelichting is een onjuistheid over de verhouding tussen de verordening en het mededingingsrecht gecorrigeerd.

³² Samenwerkingsprotocol Autoriteit Consument en Markt en Autoriteit Persoonsgegevens, *Staatscourant 2016 nr. 58078*.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal opmerkingen bij het voorstel en adviseert daarmee rekening te houden voordat het voorstel bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal wordt ingediend.

*De vice-president van de Raad van State,
Th.C. de Graaf*

Ik verzoek U het hierbij gevoegde voorstel van wet en de memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,
M.A.M. Adriaansens