



Minister van Economische Zaken en Klimaat
Staatssecretaris Koninkrijksrelaties en Digitalisering
Postbus 20401
2500 EK 's-Gravenhage

Den Haag, 16 februari 2023

Aantal bijlagen :
Uw kenmerk : DGED-DE / 25704608
Ons kenmerk : ACM/UIT/590055
Contactpersoon :
Onderwerp : ACM/22/181389 Uitvoerings- en handhavingstoets Datagovernanceverordening

Geachte mevrouw Adriaansens, geachte mevrouw van Huffelen,

Bij brief van 16 januari 2023 heeft u de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) verzocht een uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets (hierna: UHT) uit te brengen ten aanzien van het 'wetsvoorstel uitvoeringswet Datagovernanceverordening' (hierna: wetsvoorstel). De ACM waardeert de voorafgaande afstemming op dit onderwerp. In deze brief vindt u de conclusies van de UHT.

De ACM acht het wetsvoorstel uitvoerbaar en handhaafbaar, mits de hierna volgende opmerkingen in acht worden genomen. De ACM verwacht structureel 2,5 FTE nodig te hebben voor toezicht op de DGA verordening. De ACM verwacht daar boven op eenmalig 2,5 FTE nodig te hebben voor de voorbereiding van het toezicht. De ACM streeft er naar om tijdig, voor het moment van allocatieve weging 2, een inschatting te geven van de benodigde middelen voor het pakket Europese regelgeving rond digitale markten (DMA DSA, DGA, DA), zodat dit later dit jaar, na accordering, in de meerjaren begroting van de ACM worden meegenomen.

1.1.1 Uitvoerbaarheid en handhaafbaarheid

De ACM brengt hierna een aantal punten onder de aandacht met betrekking tot de effectiviteit van haar toezicht op de Data Governance Act (hierna: DGA).

Aanwijzing toezichthouder

In het wetsvoorstel wordt in artikel 5 de ACM aangewezen als toezichthouder op de hoofdstukken 2 (hergebruik), 3 (databemiddelingsdiensten), 4 (data-altruïsme) en 7 (internationale toegang en doorgifte van de verordening). Het wetsvoorstel bepaalt dat: "Met het toezicht op de naleving van (...) zijn belast de ambtenaren van de Autoriteit Consument en Markt." Doordat het voorstel de woorden "ambtenaren van de ACM" gebruikt, wijst het artikel dus niet de ACM aan als toezichthouder, maar ambtenaren van de ACM. Het gevolg van deze formulering is dat de Instellingswet ACM en de daarin vastgelegde regels niet van toepassing zijn op ons toezicht op basis van artikel 5 van het voorstel. Deze regels uit de Instellingswet gaan onder meer over toezicht, handhaving en bekendmaking van besluiten. Zie ook de door EZK gehanteerde formuleringen in de Mededingingswet, de Elektriciteitswet 1998 en de Gaswet, de Telecommunicatiewet en alle andere EZK-wetgeving waarin de ACM wordt aangewezen. De ACM verzoekt u daarom "ambtenaren van de Autoriteit Consument en Markt" te wijzigen naar "Autoriteit Consument en Markt".

Samenwerking AP

Het wetsvoorstel bepaalt dat de AP advies uitbrengt aan de ACM over of een aanbieder van databemiddelingsdiensten die persoonsgegevens verwerkt voldoet aan de voorwaarden in artikel 12, onderdelen m en n, DGA en of een de erkende organisatie voor data-altruïsme die persoonsgegevens verwerkt voldoet aan de voorwaarden in artikel 21, derde lid, DGA. De ACM vindt het goed dat het wetsvoorstel nadrukkelijke afspraken bevat ten aanzien van de reikwijdte van het advies en de termijn waarbinnen dit advies dient te worden gegeven. De ACM is echter van mening dat de reikwijdte dient uitgebreid te worden naar – in ieder geval – artikel 12, onderdeel e, DGA, nu dit onderdeel ziet op de elementen ‘doelbinding’ en ‘toestemming’ in de zin van de AVG.

Net als dat er, in het belang van effectief toezicht, een grondslag is voor de verstrekking van persoonsgegevens door de AP aan andere toezichthouders¹, is het wenselijk dat er een grondslag komt voor het geval dat de AP niet-persoonsgegevens aan de ACM wil verstrekken in het kader van handhaving op het gebied van de DGA. De ACM ziet daarom graag dat een dergelijke bepaling in de uitvoeringswet wordt opgenomen.

Algemeen belang

Bij een aanmelding van een organisatie voor data-altruïsme, zou de ACM onder de DGA een beoordeling moeten maken of de desbetreffende organisatie is opgericht om doeleinden van het algemeen belang te verwezenlijken. Het begrip *algemeen belang* is in de DGA weliswaar van voorbeelden voorzien, maar niet gedefinieerd. Van de mogelijkheid om het begrip nationaal in te vullen, maakt de wetgever in het wetsvoorstel of in de MvT geen gebruik. Dit zou wel wenselijk zijn en dit zou ook passen bij hoe met het juridische begrip algemeen belang in het nationale en het Europese recht wordt omgegaan.

De ACM heeft niet het democratische mandaat om te bepalen wat het algemeen belang is. Een voorbeeld waarin dit goed duidelijk wordt is de discretionaire bevoegdheid voor overheden, zoals bijv. gemeenten en provincies, om een economische activiteit die plaatsvindt in het algemeen belang uit te zonderen van de WM&O² door middel van een zgn. algemeen belangbesluit.³ Dergelijke activiteiten vallen buiten het toezicht van de ACM, terwijl de ACM uit te dient te gaan van het (democratisch gelegitimeerde) algemeen belangbesluit. Op Europees niveau geldt ook dat het aanwijzen van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) is voorbehouden aan nationale of decentrale overheden.⁴ Ook deze besluiten zijn democratisch gelegitimeerd.

Onder de uitvoeringswet zou het aan de ACM zijn om het begrip algemeen belang nader in te vullen bij het toepassen van de DGA. De ACM zou daarmee voor het eerst dit begrip in het kader van een toezichtstaak moeten gaan invullen. Een toezichthouder zoals de ACM is daarvoor niet de aangewezen instantie. Het is vanuit het oogpunt van democratische legitimiteit en rechtszekerheid wenselijk dat de wetgever de nadere invulling van het begrip algemeen belang naar zich toe kan trekken door bijvoorbeeld deze via een AMvB verder in te vullen. De ACM verzoekt de Minister daarom om deze mogelijkheid in de uitvoeringswet op te nemen.

Boetebevoegdheid ACM en AP (ne bis in idem)

In de concept-memorie van toelichting (hierna: MvT) wordt toegelicht dat het niet mogelijk zou zijn dat voor dezelfde overtreding van dezelfde persoon of organisatie tegelijkertijd een boete wordt opgelegd op grond van de DGA door de ACM en op grond van de Algemene Verordening gegevensbescherming (hierna: AVG) door de Autoriteit Persoonsgegevens (hierna: AP). De ACM stelt voor deze passage uit de MvT te schrappen, omdat deze passage vanuit het oogpunt van het *ne bis in idem* beginsel allereerst anders geformuleerd zou moeten worden (de ACM en de AP hebben andere wettelijke grondslagen voor

¹ Artikel 19 lid 2 uitvoeringswet AVG.

² Op grond van artikel 25h, vijfde lid, Mw.

³ Op grond van artikel 25h, zesde lid, Mw.

⁴ In Protocol 26 bij het Werkingsverdrag EU.

beboeting, dus van dezelfde overtreding is geen sprake, wel van dezelfde 'gedraging'), maar daarnaast ook overbodig is, omdat het *ne bis in idem* beginsel door autoriteiten en rechters ambtshalve worden toegepast en getoetst. Bovendien, gezien de (ontwikkeling van) jurisprudentie⁵, is het beginsel nu onvoldoende genuanceerd en laat het daarmee te weinig ruimte om boetes van de ACM en de AP in bepaalde gevallen wél te cumuleren.

Ten aanzien van artikel 7 van het wetsvoorstel merkt de ACM op dat er al een samenwerkingsprotocol tussen de ACM en de AP bestaat.⁶ Deze zal, waar nodig, worden aangepast zodat deze ook ziet op de DGA. Indien een aanpassing niet voldoende blijkt te zijn, dan zal worden gekeken of er hiertoe een apart samenwerkingsprotocol moet worden vastgesteld.

Klachtenrecht en recht op een doeltreffende voorziening in rechte

De ACM constateert dat artikelen 27 en 28 DGA het klachtenrecht en het recht op een doeltreffende voorziening in rechte vestigen. Deze artikelen staan met elkaar in verband en behoeven een nadere toelichting. Zo is onduidelijk bij welke onpartijdige instantie met de nodige deskundigheid een klager terecht kan voor een doeltreffende voorziening in rechte.

Wanneer de ACM geen gevolg geeft aan een klacht, stelt de ACM de klager daarvan in kennis⁷ en kunnen klagers c.q. alle betrokken personen terecht bij twee instanties voor een doeltreffende voorziening in rechte, namelijk i) de bestuursrechter van de rechtbank Rotterdam⁸ of ii) een onpartijdige instantie met de nodige deskundigheid.⁹

Het is onduidelijk tot welke onpartijdige instantie met de nodige deskundigheid de betrokken personen zich vervolgens kunnen wenden. Dit is niet alleen van belang voor deze personen, maar is ook van belang voor de ACM om op een correcte manier te kunnen wijzen op de rechtsmiddelen als bedoeld in artikel 28 DGA.¹⁰ De ACM vraagt het ministerie in deze kwestie duidelijkheid te scheppen in de uitvoeringswet en/of de memorie van toelichting.

Wet Markt & Overheid

De ACM signaleert dat er een raakvlak bestaat tussen hoofdstuk II van de DGA enerzijds en de Wet Markt en Overheid, hoofdstuk 4b van de Mededingingswet (WM&O) anderzijds. De ACM doet daarom de suggestie om dit raakvlak en de verhouding tussen die regelgeving (bij wet) te regelen.

Los van de vraag of de WM&O de keuzemogelijkheden voor bestuursorganen om data voor hergebruik beschikbaar te stellen op grond van artikel 6, eerste lid, DGA en om hiervoor een vergoeding te vragen op grond van artikel 6, tweede lid, de DGA wel kan beperken, omdat de DGA hogere regelgeving is dan de WM&O, signaleert de ACM het volgende. Het is mogelijk dat de verplichting tot integrale kostendoorberekening van artikel 25i, eerste lid, Mw van toepassing is wanneer bestuursorganen¹¹ die op grond van hoofdstuk II van de DGA data voor hergebruik beschikbaar stellen. Dit is tevens relevant bij het uitvaardigen van een AMvB op grond van artikel 3 van de uitvoeringswet. De ACM zal in voorkomend geval moeten beoordelen of een bestuursorgaan in dat geval een activiteit verricht die verbonden is met de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag.¹² In dat geval is de verplichting tot integrale kostendoorberekening niet van toepassing. Daarnaast signaleert de ACM dat de verplichting tot integrale

⁵ HvJ 20 maart 2018, zaak C-524/15 (Menci), r.o. 63, HvJ 22 maart 2022, zaak C-117/20 (BPost), HvJ 22 maart 2022, zaak C-151/20 (Nordzucker) en de momenteel aanhangige prejudiciële vragen aan het HvJ in de zaak C-27/22 (Volkswagen), waaraan de Nederlandse Staat (waaronder de Minister van EZK en de ACM) deelneemt.

⁶ Zie [Staatscourant 2020, 36741](#)

⁷ Op grond van artikel 27, tweede lid, onder a, DGA.

⁸ Op grond van artikel 28, tweede lid, DGA en artikel 9 van de uitvoeringswet.

⁹ Op grond van artikel 28, derde lid, DGA.

¹⁰ Op grond van artikel 27, tweede lid, onder b, DGA.

¹¹ In de concept-MvT wordt toegelicht dat het begrip 'openbare lichamen' een ruimer bereik heeft dan enkel bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De WM&O is alleen van toepassing voor zover het gedrag c.q. (economische) activiteiten van bestuursorganen betreft.

¹² HvJ 12 juli 2012, zaak C-138/11 (Compass-Datenbank) en 7 november 2019, zaak C-687/17 P (TenderNed). Zie ook de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) van 14 mei 2019, ECLI:NL:CBB:2019:204 en 8 december 2020, ECLI:NL:CBB:2020:923 en van de rechtbank Rotterdam van 10 november 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:9563.

kostendoorberekening evenmin van toepassing is wanneer een bestuursorgaan gegevens deelt waarover het bestuursorgaan beschikt in het kader van publiekrechtelijke bevoegdheden.¹³ Die gegevens komen niet noodzakelijkerwijs overeen met de gegevenscategorieën als bedoeld in artikel 3, eerste lid, DGA.

Gezien het hiervoor gesignaleerde raakvlak tussen de WM&O en de DGA (en de uitvoeringswet) en de vragen en risico's die zich dit zich meebrengt, doet de ACM de suggestie om de verhouding tussen deze regelgeving (bij wet, dus in de uitvoeringswet of in de Mw) te regelen.

1.1.2 Uitvoeringslasten

Het wetsvoorstel heeft tot gevolg dat de ACM een nieuwe bevoegdheid krijgt met bijbehorende extra werkzaamheden. De ACM moet de komst van deze nieuwe bevoegdheid voorbereiden, door bijvoorbeeld beoordelingskaders op te stellen ten aanzien van de beoordeling van aanvragen voor registratie van erkende databemiddelingsdiensten en erkende organisaties voor data-altruïsme. Ook dient de ACM hierover informatie op haar website te plaatsen en interne processen aan te passen. De nieuwe bevoegdheden bestaan ook uit structurele werkzaamheden, bijvoorbeeld ten aanzien van het registreren van databemiddelingsdiensten en het daadwerkelijk beoordelen of eerder genoemde statussen toegekend kunnen worden. Tevens kan de ACM klachten binnenkrijgen van gebruikers over vermeende overtredingen van artikel 5, lid 14, artikel 11 en HIII, HIV en HVII. De ACM zal onderzoek kunnen doen aan de hand van deze klachten. De ACM kan ook ambtshalve onderzoek doen.

Gelet op bovengenoemde extra werkzaamheden heeft de ACM op jaarbasis structureel extra middelen in de vorm van FTE nodig. De ACM heeft een inschatting gemaakt van de benodigde FTE voor de komende jaren. De ACM verwacht structureel 2,5 FTE nodig te hebben voor toezicht op de DGA verordening. De ACM verwacht daar bovenop eenmalig 2,5 FTE nodig te hebben voor de voorbereiding van het toezicht. De ACM streeft er naar om tijdig, voor het moment van allocatieve weging 2, een inschatting te geven van de benodigde middelen voor het pakket Europese regelgeving rond digitale markten (DMA DSA, DGA, DA), zodat dit later dit jaar, na accordering, in de meerjaren begroting van de ACM worden meegenomen.

Ik vertrouw erop u hiermee voldoende te hebben geïnformeerd. Ik ben voornemens deze brief openbaar te maken. Graag treed ik met u in overleg over het exacte tijdstip van publicatie, conform de Regeling gegevensuitwisseling ACM en de ministers.

Heeft u vragen?

Neem dan contact op met [redacted], die uw zaak in behandeling heeft, bereikbaar via 070 [redacted] of [redacted]. Uw zaak is geregistreerd onder zaaknummer ACM/22/181389. Wilt u dit nummer vermelden als u contact met ons opneemt?

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

drs. M.R. Leijten
bestuurslid

¹³ Artikel 25i, tweede lid, Mw.