Bird & Bird & Digital Markets Act

Wat Nederlandse bedrijven moeten weten

Telecompaper

11 november 2021

About us

Marjolein Geus

Partner

Den Haag

Feyo Sickinghe

Principal Regulatory Counsel

Den Haag

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird

Agenda

Digital Markets Act – Wat Nederlandse bedrijven moeten weten

Inhoud van het voorstel en potentiële impact op bedrijven

Inzet van Nederland

Discussiepunten

Q&A

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird

Wat is het probleem

- Enkele grote platforms fungeren als toegangspoort of poortwachter tussen zakelijke gebruikers en eindgebruikers
- Zakelijke gebruikers zijn afhankelijk
- Kleine bedrijven kunnen moeilijk tot de markt toetreden
- Oneerlijke praktijken en gebrek aan concurrentie
- hogere prijzen, lagere kwaliteit, minder keuze en minder innovatie
- ten nadele van de Europese consumenten
- Ten nadele van Europese platformen

Bird & Bird

Digital Markets Act – re-setting the rules of the game

- DMA is geopolitiek instrument
- Stroom van mededingingsonderzoeken
- Toezichthouders roepen om nieuwe ex ante instrumenten
- Regelgevende druk op Big Tech nadert het kookpunt…
- Nieuwe regels voor poortwachters

© Bird & Bird LLP 2021

Doel van de wet

- Eerlijker ondernemingsklimaat
- Nieuwe kansen voor innovators en startende technologiebedrijven om te concurreren en te innoveren
- Groter aanbod voor consumenten, betere diensten, meer mogelijkheden om van provider te veranderen, ruimere toegang en eerlijkere prijzen.
- Behoud van innovatiemogelijkheden van poortwachters zelf
- Verbod op oneerlijke praktijken en oneerlijk voordeel halen uit afhankelijke klanten

Slide 6 (M)
Bron: Europese Commissie

Welke diensten?

Kernplatformdiensten:

- onlinetussenhandelsdiensten (onder meer marktplaatsen, appstores en onlinetussenhandelsdiensten in andere sectoren zoals mobiliteit, vervoer of energie)
- onlinezoekmachines
- sociale netwerken
- Videoplatformdiensten
- nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten (OTT messagingdiensten)
- besturingssystemen
- clouddiensten
- Digitale advertentiediensten, waaronder advertentienetwerken, advertentie-uitwisselingsdiensten en ander advertentietussenhandelsdiensten, indien deze advertentiediensten verband houden met een of meer van deze kernplatformdiensten

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird

Poortwachters, wie of wat zijn dat?

Aanbieders van kernplatforms (KPD) kunnen als poortwachters worden beschouwd indien zij: • een aanzienlijke impact hebben op de interne markt • een of meer belangrijke poorten voor toegang tot klanten exploiteren • met hun activiteiten een stevig verankerde en duurzame positie innemen of dit naar verwachting zullen doen (tipping risk)	Vermoeden van poortwachter status in geval van: • jaaromzet of marktkapitalisatie van ten minste 6,5 miljard EUR • Actief in ≥ 3 lidstaten • ≥ 45 miljoen maandelijkse actieve eindgebruikers en ≥ 10 000 jaarlijkse actieve zakelijke gebruikers in de EU In elk van de laatste drie boekjaren Poortwachter moet zich binnnen drie maanden bij Commissie melden
Commission kan ook andere KPD aanbieders aanwijzen als poortwachter Bedrijven kunnen daar tegen op komen met kwalitatieve gegevens	Tweejaarlijkse herziening in verband met technologische innovatie

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird

Verplichtingen (i)

- **Niet-limitatieve lijst** van do's en don'ts
- Duidelijke invloed van eerdere en aanhangige mededingingszaken:

  - Gebruikers toestaan om voorgeïnstalleerde software te verwijderen (Microsoft mediaplayer/Explorer)
  - Eigen diensten van poortwachter bevoordelen in rankings (Google)
  - In App aankopen (Epic/Apple)

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird

Verplichtingen (ii)

DIGITAL MARKETS ACT OBLIGATIONS	
Use of data	Art. 5(a) – Mandatory opt-in for personal data combination/deep consumer profiling
	Art. 6.1(a) – Mandatory separation of data sets
	Art. 13 – Obligation to inform the EU Commission of consumer profiling techniques
Data access and data portability	Art. 6.1(h) – Obligation to ensure effective data portability in real time
	Art. 6.1(i) – **Obligation to provide access to data generated by users of business users**
	Art. 6.1(j) – Obligation to provide access to search data
Distribution channels	Art. 5(b) – Prohibition of parity clauses
	Art. 5(c) – **Anti-steering provision**
Leveraging access to Core Platform Services	Art. 5(e) – Prohibition of requiring business users to use a given ID service
	Art. 5(f) – Prohibition of making access to Core Platform Services conditional on each other
Advertising	Art. 5(g) – Mandatory transparency in advertising intermediation (price)
	Art. 6.1(g) – Mandatory transparency in advertising intermediation (performance)
Device neutrality	Art. 6.1(b) – Mandatory freedom of app un-installing
	Art. 6.1(c) – Obligation to allow **side loading** of third party apps or app stores
	Art. 6.1(e) – Prohibition of restricting user switching between different apps and services
	Art. 6.1(f) – Ban on self-preferencing through access to the operating system and other features
Platform neutrality	Art. 6.1(d) – **Ban on self-preferencing in ranking**
	Art. 6.1(k) – Ban on unfair access conditions for app stores
Miscellaneous	Art. 5(d) – Prohibition to prevent contacts with authorities
	Art. 12 – Obligation to inform the EU Commission of intended acquisitions

Slide 10 (F)
Bron: Werkdocument raad van ministers

Bird & Bird

Naleving

Na 6 maanden worden de regels van kracht
Vervolgens procedure om te komen tot aanwijzing van poortwachter voor specifieke kernplatformdiensten
Commissie kan nadere regels vaststellen na marktonderzoek
Commissie kan ook nieuwe diensten en praktijken onderzoeken
Alle voorgenomen overnames/transacties melden bij de Commissie (concentratieregels blijven ongewijzigd)

© Bird & Bird LLP 2021

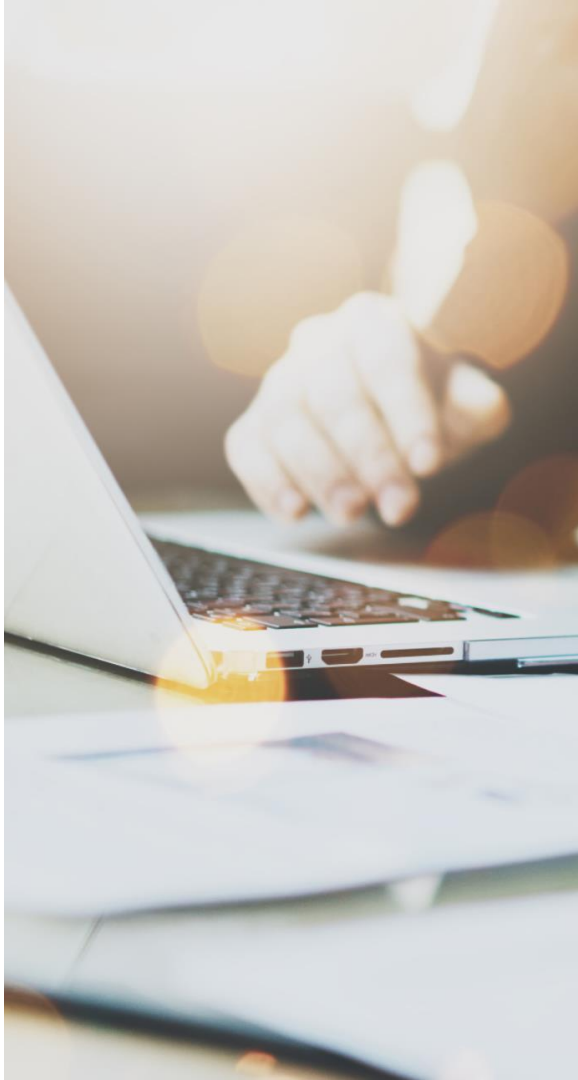
Toezicht en handhaving

- Commissie kan informatie vorderen, monitoren en bedrijfsbezoeken afleggen
- Boetes tot 10% van wereldwijde omzet en dwangsommen tot 5% van dagomzet
- Procedure voor toezeggingen (commitments)
- Bij systeeminbreuken kunnen aanvullende verplichtingen worden opgelegd
- Opsplitsen bedrijf is mogelijk
- Snelle besluitvorming

© Bird & Bird LLP 2021

Standpunt Nederland

- De combinatie van kwantitatieve en kwalitatieve criteria om te bepalen of een platform een poortwachter is leidt volgens het kabinet tot rechtszekerheid en snelheid
- Nederland vindt ook dat er een Europese toezichthouder moet komen
- Steun voor de lijsten met verplichtingen en verboden; meer flexibiliteit om maatwerk mogelijk te maken
- Verplichting voor poortwachtersplatforms om het voor ondernemers mogelijk te maken hun product of dienst op andere platforms tegen een lagere prijs aan te bieden moet ook gelden voor eigen verkoopkanalen van ondernemers, zodat ondernemers hun product of dienst bijvoorbeeld op hun eigen website tegen een lagere prijs mogen aanbieden.
- Meer aandacht voor het combineren van diensten (ecosysteemvorming)



Discussiepunten parlement (i)

- Maatwerk versus one size fits all
- Standaard versus specifieke verplichtingen
- Risico voor investeringen
- Webbrowsers, spraakassistenten, smart tv's, clouddiensten en IoT in aanmerking nemen bij het aanwijzen van poortwachters
- Striktere voorwaarden om data over online diensten te combineren => targeted advertising alleen met toestemming eindgebruiker
- Hogere/lagere drempels om poortwachters aan te wijzen
- Sideloading wel of niet toestaan

© Bird & Bird LLP 2021

Discussiepunten parlement (ii)

- Verbod op gebruik content met aanwijzingen of feitelijke kennis over raciale afkomst, politieke en religieuze opvattingen, gezondheid en seksuele geaardheid bij reclame
- Zakelijke gebruikers, concurrenten, eindgebruikers van de kernplatformdiensten moeten klacht kunnen indienen (*collective redress*)
- Lidstaten moeten meer invloed krijgen op aanwijzing van poortwachters, toezicht en handhaving
- Uitbreiding definitie van een "gebruiker" voor marktplaatsen, waaronder iedereen die de website bezoekt. Leidt tot meer poortwachters (Booking.com en Spotify)
- VS maakt zich zorgen dat DMA gericht zou zijn op Facebook, Google en Apple
- Boetes tot 20% (ipv 10%) van de jaaromzet
- Verbod op overnames bij herhaalde overtreding

Bird & Bird

Compromistekst Raad van Ministers

- Kortere doorlooptijd aanwijzing poortwachters
- Reikwijdte en verplichtingen verduidelijkt
- Nieuwe verplichting om contractbeëindiging niet onnodig moeilijk te maken
- Methodologie voor het identificeren en het berekenen van de ‘actieve eindgebruikers’ en de ‘actieve zakelijke gebruikers’.
- Toevoeging jaarlijkse rapportageverplichtingen (ook publiek)
- Uitbreiding van verbod op "ontduiking" o.a. via 'gedragsbeïnvloeding
- Versterkte rol van derde partijen en lidstaten bij aanwijzing poortwachters

Bird & Bird

Vervolgstappen

- **Europees parlement**: plenaire stemming Interne markt comité (IMCO) rapport in December
- **Raad**: compromistekst vaststellen (25 nov)
- **Triloog**: onderhandelingen parlement, Raad en Commissie om consensus te bereiken (Frankrijk voorzitter H1-2022)
- **Minimale tijdslijn**: 18 maanden (Juni 2022) + 3 maanden voor inwerkingtreding
- **Maximum tijdslijn**: overeenstemming in 2023/2024

© Bird & Bird LLP 2021

Questions & answers

Sign up *for* ***Connected,*** *our monthly round-up of regulatory developments in the field of technology, communications and media*

© Bird & Bird LLP 2021

Bird & Bird