Tilburg University

Machtsmisbruik op basis van big data

van Damme, Eric; Graef, Inge; Sauter, Wolf

Published in:
Markt en Mededinging

DOI:
[10.5553/MenM/138762362018021003006](https://doi.org/10.5553/MenM/138762362018021003006)

Publication date:
2018

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Damme, E., Graef, I., & Sauter, W. (2018). Machtsmisbruik op basis van big data. *Markt en Mededinging*, 2018(3), 124-134. <https://doi.org/10.5553/MenM/138762362018021003006>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Artikel

Machtsmisbruik op basis van big data

Eric van Damme, Inge Graef en Wolf Sauter*

Inleiding

In een eerder artikel kwamen wij tot de conclusie dat er nieuws onder de zon is wat de economische effecten van *big data* betreft en dat het relevante begrippenkader van het mededingingsrecht aan verversing toe is.¹ In deze bijdrage gaan wij in op de volgende vraag: brengen *big data* ons nieuwe vormen van misbruik en bestaan hier adequate remedies tegen op basis van het vigerende mededingingsrecht? We focussen daarbij op het gebruik van *big data* als zodanig, zonder specifieke aandacht voor algoritmische aspecten.²

Als we ons beperken tot het kader van artikel 102 VWEU, kunnen we ook in het geval van *big data* het gebruikelijke onderscheid maken tussen gedragingen die primair de uitsluiting van concurrenten dan wel de uitsluiting van afnemers beogen. Uitsluitingsmisbruik omvat gedragingen die concurrenten van de markt verdrijven waardoor consumenten indirect schade lijden in de vorm van hogere prijzen, een beperking van de kwaliteit, verminderde keuzemogelijkheden of vertraagde innovatie.³ Uitsluitingsmisbruik schaadt consumenten rechtstreeks en omvat bijvoorbeeld het opleggen van

buitensporige prijzen of oneerlijke contractvoorwaarden. Daarnaast is er de derde categorie van discriminatie, die onder een van beide, of beide tegelijkertijd gerangschikt kan worden en in ons andere artikel in dit nummer al vanuit een meer economische perspectief werd besproken. Verder kunnen *big data* leiden tot problemen met betrekking tot gegevensbescherming die mogelijk ook relevant zijn voor mededinging, in het bijzonder als het gedrag van ondernemingen met een economische machtspositie betreft.

In het navolgende bespreken we aan de hand van dit onderscheid een aantal gedragingen gerelateerd aan het gebruik van *big data* en gaan we na in hoeverre bestaande opvattingen over machtsmisbruik van toepassing zijn op dit nieuwe fenomeen. Vervolgens gaan we in op de mogelijke remedies. De vraag is niet alleen of de toepassing maar ook het instrumentarium van het mededingingsrecht zich mee moet ontwikkelen met de technologische mogelijkheden. Moet wellicht het mededingingsrecht zelfs gaan rennen om op zijn plaats (en daarmee hopelijk relevant) te blijven?⁴ We zien de opkomst van *big data* hierbij als een fenomeen dat bedrijven meer mogelijkheden geeft om data, waaronder ook persoonsgegevens, te verzamelen en te gebruiken op manieren die ook misbruik van economische machtspositie kunnen opleveren. Elementen van de gegevensbescherming zijn meegenomen omdat deze als specifieke regulering op een aantal punten relevant is.

* Prof. dr. E. van Damme is verbonden aan Tilburg University en aan het onderzoeksinstituut TILEC aldaar. Dr. mr. I. Graef is verbonden aan Tilburg University en aan de onderzoeksinstituten TILEC en TILT aldaar. Prof. mr. dr. W. Sauter is verbonden aan Tilburg University en aan het onderzoeksinstituut TILEC aldaar en daarnaast in dienst bij de ACM. Zijn bijdrage is op persoonlijke titel.

1. E. van Damme, I. Graef en W. Sauter, 'Big data en mededingingseconomie', zie eerder in dit nummer.
2. Zie daarvoor het artikel van Gerbrandy en Custers in dit nummer.
3. Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *PbEU* 2009, C 45/7, par. 19.

4. E.A. Posner en E.G. Weyl, *Radical markets: uprooting capitalism and democracy for a just society*, Princeton University Press 2018, p. 176 onder verwijzing naar de Rode Koningin in Lewis Carroll's, *Through the Looking Glass – and what Alice found there*, 1871.

Uitsluitingsmisbruik

Wat betreft uitsluitingsmisbruik behandelen we twee soorten gedragingen: de weigering tot het geven van toegang tot data en het gekruist gebruik van data waarbij gegevens die verzameld zijn in de ene markt worden gebruikt om een machtspositie in een andere markt te verkrijgen.⁵

Leveringsweigering

De meest verregaande vorm van uitsluitingsmisbruik is de leveringsweigering. Hierbij weigert een onderneming met economische machtspositie een derde toegang te (blijven) geven tot een bepaalde infrastructuur, faciliteit (of algemener: inputproduct) die deze nodig heeft om zelf een product of dienst op de markt te brengen. Door middel van zo'n leveringsweigering kan een onderneming met economische machtspositie derden van de markt verdrijven en zo de mededinging in het gedrang brengen. In de literatuur wordt in dit verband ook wel verwezen naar de *essential facilities doctrine* waarop concurrenten een beroep kunnen doen om toegang te krijgen tot noodzakelijke inputs op basis van het mededingingsrecht.⁶

In de Europese rechtspraak van de afgelopen twintig jaar, zoals *Magill*, *IMS Health* en *Microsoft*, zijn vier voorwaarden ontwikkeld waaronder een leveringsweigering in 'uitzonderlijke omstandigheden' tot misbruik leidt:

1. de weigering moet een product of een dienst betreffen dat/die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit op een aanverwante markt;
2. de weigering moet elke mededinging op die afgeleide markt uitsluiten;
3. de weigering moet in de weg staan aan de introductie van een nieuw product en;
4. er mag geen objectieve rechtvaardigingsgrond zijn voor de weigering.⁷

Voor het verkrijgen van die toegang staat het de betreffende onderneming (vanzelfsprekend) vrij een redelijke vergoeding te vragen. In een *big data*-context kan een leveringsweigering bijvoorbeeld zien op een dataset die een derde nodig heeft om zelf data-analysediensdiensten aan te kunnen bieden aan klanten. Zo was er reeds in 2012 een zaak in de Verenigde Staten waarbij Twitter bij voorlopige voorziening gedwongen werd door te gaan met het leveren van toegang tot haar data aan People-

Browsr, een bedrijf dat analyses maakt op basis van Twitterdata. PeopleBrowsr slaagde erin de rechtbank in San Francisco ervan te overtuigen dat Twitter de enige bron was voor de informatie die zij (PeopleBrowsr) nodig had om diensten te leveren aan klanten.⁸ Volgens PeopleBrowsr konden de tweets niet worden vervangen door data van andere online sociale netwerken zoals Facebook omdat deze platforms niet over een gelijkwaardige set van openbare data over de gevoelens en invloed van gebruikers beschikken.⁹

Onontbeerlijkheid

Van de vier genoemde voorwaarden zal de eerste, dat een bepaalde dataset daadwerkelijk 'onontbeerlijk' is voor het ontwikkelen van een aanverwante activiteit, vermoedelijk de nodige bewijsproblemen voor concurrenten opleveren. Het feit dat één onderneming bepaalde gegevens heeft verzameld belet een andere onderneming niet altijd om identieke gegevens te verkrijgen. Daar komt bij dat de waarde van data niet zozeer zal afhangen van de verzamelde gegevens zelf, maar meer van de informatie of kennis die uit de data gehaald kan worden. Dit betekent ook dat meerdere bedrijven dezelfde kennis kunnen verwerven door verschillende soorten data te verzamelen. Een aanbieder van een zoekmachine kan bijvoorbeeld de muziekvoorkeuren van een bepaalde gebruiker leren kennen door de zoekopdrachten te analyseren die een gebruiker heeft ingevoerd, terwijl een aanbieder van een sociaal netwerk dezelfde kennis kan opdoen door te kijken naar de profielinformatie die de gebruiker heeft gedeeld op het platform.¹⁰ De partij die toegang tot data verzoekt, zal dus moeten aantonen dat er geen andere mogelijkheid is om tegen een zodanige vergoeding gegevens te krijgen dat die een reëel alternatief kunnen vormen voor de dataset van de onderneming met machtspositie.

In *Bronner* heeft het Hof van Justitie een strikte benadering aangenomen om het criterium 'onontbeerlijkheid' te toetsen. Toegang is niet onontbeerlijk als er reële of potentiële alternatieven bestaan, zelfs als die minder gunstig zijn.¹¹ Het gaat dan om ofwel andere op de markt beschikbare mogelijkheden ofwel door de verzoeker zelf te creëren alternatieven door middel van reproductie van de gevraagde input. Wat het laatste betreft,

5. Voor een analyse van deze en andere vormen van uitsluitingsmisbruik, zie Autorité de la concurrence & Bundeskartellamt, 'Competition Law and Data', 10 mei 2016, p. 17-20.
6. Voor een discussie over de verhouding tussen leveringsweigeringen en de *essential facilities doctrine*, zie D. Geradin, 'Limiting the scope of Article 82 EC: What can the EU learn from the U.S. Supreme Court's judgment in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?', *CMLRev* 2004, p. 1525-1526.
7. Zie o.a. HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *Magill*, ECLI:EU:C:1995:98, r.o. 50-56; HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, *IMS Health*, ECLI:EU:C:2004:257, r.o. 38 en Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, r.o. 332-333.

8. 'PeopleBrowsr Wins Temporary Restraining Order Compelling Twitter to Provide Firehose Access', 28 november 2012, beschikbaar via <http://blog.peoplebrowsr.com/2012/11/peoplebrowsr-wins-temporary-restraining-order-compelling-twitter-to-provide-firehose-access/>.
In april 2013 hebben de partijen een schikking getroffen die inhoudt dat PeopleBrowsr vanaf 2014 geen directe toegang heeft tot Twittergegevens maar heeft moeten overstappen naar een van de door Twitter geautoriseerde 'Data Resellers'. Zie 'PeopleBrowsr and Twitter settle Firehose dispute', 25 april 2013, beschikbaar via <http://blog.peoplebrowsr.com/2013/04/peoplebrowsr-and-twitter-settle-firehose-dispute/>.
9. Declaration of John David Rich in the case *PeopleBrowsr v. Twitter* in the Superior Court of the State of California, County of San Francisco, november 2012, par. 4-5, beschikbaar via www.scribd.com/document/114846303/Rich-Declaration-PB-v-TW-Restraining-Order-28-Nov-12.
10. I. Graef, 'Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms', *World Competition* 2015, p. 479.
11. HvJ EG 26 november 1998, zaak C-7/97, *Bronner*, ECLI:EU:C:1998:569, r.o. 41 en 43.

kan er geen sprake zijn van onontbeerlijkheid als er geen 'technische, reglementaire of zelfs economische hindernissen' zijn die het dupliceren 'onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk maken'.¹² De economische haalbaarheid van reproductie moet bovendien niet getoetst worden aan het bereik van de activiteiten van de verzoeker maar op een schaal die qua afnemers vergelijkbaar is met die van de onderneming die toegang moet geven.¹³ De verzoeker wordt dus geacht dezelfde investering te doen als de onderneming met economische machtspositie, vergelijkbaar met een *as efficient competitor*-test. Maar is de *as efficient competitor*-test wel geschikt als de uiteindelijke toepassing van de data een hele andere is dan die van de houder van de *big data*-machtspositie? Mogelijk moeten data gegeneerd in hoofdmarkten die gekenmerkt zijn door sterke netwerkeffecten, zoals zoekmachines en socialenetwerkplatforms, eerder als onontbeerlijk gezien worden omdat het vanwege de economische eigenschappen van deze markten vrijwel onmogelijk is voor derden om een even grote en gevarieerde dataset op te bouwen voor activiteiten in een afgeleide markt.¹⁴ Ten slotte is het overigens wel de vraag in hoeverre de data daadwerkelijk essentieel zijn. Is het bijvoorbeeld mogelijk door herhaling en verfijning van lerende processen op basis van een meer limitatieve dataset een vergelijkbaar of zelfs beter resultaat te bereiken?¹⁵ Over zulke kwesties kunnen geen algemene conclusies getrokken worden; deze vragen dienen steeds per geval beantwoord te worden.

Het is belangrijk te constateren dat het Gerecht (in *Microsoft*) een lagere standaard heeft toegepast voor de verschillende voorwaarden. Met betrekking tot de onontbeerlijkheid van toegang bepaalde het Gerecht dat het noodzakelijk is voor concurrenten op gelijke voet met Microsoft te kunnen samenwerken met het Windowsbesturingssysteem om op rendabele wijze te kunnen concurreren.¹⁶ Het Hof van Justitie had in *Bronner* echter nog bepaald dat toegang niet onontbeerlijk is wanneer er alternatieven voorhanden zijn, ook al zijn die minder gunstig.¹⁷ Ook bepaalde het Gerecht in *Microsoft* dat het enkele gevaar dat de weigering elke daadwerkelijke mededinging op de markt uitschakelt voldoende is voor het aannemen van een schending van artikel 102 VWEU.¹⁸ Over het nieuw product-criterium overwoog het Gerecht dat het beletten van de introductie van een nieuw product niet de enige manier is om te bepalen of een licentieweigering nadelig voor consumenten is. Van een dergelijk nadeel kan ook sprake zijn wanneer de

technologische ontwikkeling wordt belemmerd.¹⁹ Ondanks het feit dat de concurrenten van Microsoft geen nieuw product konden identificeren, was er toch voldaan aan dit criterium aangezien de weigering van Microsoft de technologische ontwikkeling (innovatie) beperkte.²⁰

Als objectieve rechtvaardiging voor de licentieweigering voerde Microsoft aan dat het verschaffen van de interoperabiliteitsinformatie een negatieve invloed zou hebben op haar bereidheid om te innoveren. Het Gerecht oordeelde echter dat Microsoft voor deze stelling niet genoeg bewijs had geleverd, omdat zij slechts vage, algemene en theoretische argumenten had aangevoerd en niet had gepreciseerd in welke technologie of producten haar bereidheid om te investeren zou afnemen.²¹ Omdat Microsoft niet in hoger beroep is gegaan, is niet duidelijk of deze lagere standaarden voor het aannemen van misbruik bij een licentieweigering ook door het Hof van Justitie worden onderschreven.

In *Bronner* en in *Microsoft* hebben de Europese rechters in feite een dubbele standaard gecreëerd. De rol die het Gerecht aan innovatie gaf in *Microsoft* zou ook als overweging passen bij het bepalen of toegang tot *big data* aangewezen is. Over het antwoord op de vraag welke norm ten aanzien van *big data* geldt, is verschil van mening mogelijk. Mogelijk is *Bronner* primair relevant voor netwerken/faciliteiten met een zekere duplicatie van de daarover aangeboden diensten en *Microsoft* voor gegevens/inputs die ook voor een heel ander doel gebruikt kunnen worden.

Voor wat betreft het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond kan opgemerkt worden dat data een niet-rivaliserend goed zijn, wat inhoudt dat het gebruik door de een het gebruik door een ander niet in de weg staat. Een technische of economische rechtvaardigingsgrond voor leveringsweigering ligt dus niet meteen voor de hand. Anderzijds zijn data een uitsluitbaar goed: toegang kan geweigerd worden.²²

Nieuw product

Wat betreft het nieuw product-criterium is ook de Nederlandse zaak *NOS/De Telegraaf* interessant. De NOS weigerde om aan De Telegraaf programmeergegevens ter beschikking te stellen die zij nodig had voor het opstellen van programmaoverzichten als bijlage bij de zaterdageditie van haar dagblad. Daarvoor had het Hof van Justitie op Europees niveau uitspraak gedaan in een soortgelijke zaak waarin drie Ierse omroepmaatschappijen weigerden Magill hun wekelijkse programmaoverzichten ter beschikking te stellen. Wat betreft het nieuw product-criterium stelde het Hof van Justitie dat de weigering van de omroepmaatschappijen de introductie van een nieuw product belette waarnaar potentiële vraag was, aangezien er nog geen alomvattende wekelijkse tv-gids bestond. Aangezien de omroepmaatschappijen de

12. *Bronner*, r.o. 44.

13. *Bronner*, r.o. 45-46.

14. J. Drexler, 'Designing Competitive Markets for Industrial Data. Between Propertisation and Access', *JIPITEC* 2017, p. 282 no. 135.

15. Directeur-generaal van DG Concurrentie Laitenberger stelde zich de vraag: 'How much of the attractiveness of a product depends on data? How easily does data translate into product improvements?', Toespraak J. Laitenberger, 'Competition at the digital frontier', Consumer and Competition Day Malta, 24 april 2017, p. 8.

16. Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289, r.o. 421.

17. *Bronner*, r.o. 38.

18. *Microsoft*, r.o. 563.

19. *Microsoft*, r.o. 647.

20. *Microsoft*, r.o. 665.

21. *Microsoft*, r.o. 697-698.

22. In economisch jargon: data zijn geen publiek goed, maar een 'club good'.

enige bron waren van de basisgegevens die het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een tv-gids vormen, had de licentieweigering tot gevolg dat de tv-stations zich de afgeleide markt voor wekelijkse tv-gidsen voorbehielden door elke mededinging op die markt uit te sluiten.²³

Bij het CBb deed de NOS een beroep op het nieuw product-criterium en stelde dat de bijlage bij de zaterdageditie van De Telegraaf niet gezien kon worden als een nieuw product, omdat al meerdere televisieprogramma-gidsen op de markt aangeboden werden.²⁴ Volgens de NMa moest het nieuw product-criterium echter zodanig uitgelegd worden dat elk product waarnaar bij de consument een duidelijke vraag bestaat, nieuw is.²⁵ Het CBb bepaalde echter dat het programmablad dat door De Telegraaf aan de zaterdageditie zou worden toegevoegd niet als een nieuw product kon worden gekwalificeerd. Het CBb overwoog hierbij dat het enkele feit dat het om een programmagids zou gaan die niet aan een omroep gelieerd is niet voldoende was om het als een nieuw product te beschouwen. Bovendien was niet duidelijk gemaakt waarom dit de aard van het product in aanmerkelijke mate zou veranderen. Ook het feit dat het een bijlage bij de krant zou zijn waarvoor niet apart betaald hoefde te worden, leidde niet tot het aannemen van een nieuw product. Het CBb volgde de stelling van de NMa dat uit het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product kan worden afgeleid dat het als een nieuw product moet worden aangemerkt, niet. Volgens het CBb kon namelijk niet worden aanvaard dat een product al als nieuw kan worden gezien als het zich alleen van bestaande producten onderscheidt door een in belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden.²⁶

Terwijl er al programmagidsen op de markt waren vergelijkbaar aan de editie die De Telegraaf wilde introduceren, vormde de tv-gids die Magill van plan was te maken werkelijk een nieuw product omdat dit de eerste gids zou zijn die de wekelijkse programmaoverzichten van verschillende Ierse omroepen zou samenbrengen. Het is de vraag hoe het nieuw product-criterium toegepast zal worden in een *big data*-context en of bijvoorbeeld een vorm van *follow-on* innovatie al voldoende kan worden geacht.²⁷ Een ruime interpretatie in lijn met het *Microsoft*-arrest van het Gerecht is ons inziens aangewezen vanwege het belang van innovatie dat door toegang tot datasets mogelijk wordt gemaakt.

Uitsluiting van de mededinging op een afgeleide markt

Naast de voorwaarde van onontbeerlijkheid kan ook de tweede voorwaarde van uitsluiting van de mededinging

op de afgeleide markt problemen opleveren voor concurrenten om toegang te krijgen tot de benodigde data. Een van de kenmerken van *big data* is dat het ten tijde van het verzamelen vaak onduidelijk is voor welke latere doelen de gegevens gebruikt kunnen worden. Het is daarom goed denkbaar dat derden een beroep zullen doen op een dataset van een onderneming met economische machtspositie om activiteiten te ontwikkelen in een markt waarop die onderneming zelf niet actief is. In de Europese zaken waarin leveringsweigeringen als misbruik aangemerkt zijn, ging het echter steeds om verticaal geïntegreerde ondernemingen die zelf actief waren in de aanverwante markt die de derde zou gaan betreden. In *Tiercé Ladbroke* (1997) werd het Gerecht geconfronteerd met een scenario waarin de onderneming met economische machtspositie niet aanwezig was op de afgeleide markt. Ladbroke, een bedrijf dat gokdiensten aanbiedt op de Belgische markt, kreeg geen transmissievergunning voor geluid en afbeeldingen van Franse paardenraces. Een van de redenen waarom het Gerecht oordeelde dat de weigering geen misbruik in de zin van artikel 102 VWEU opleverde, was dat de organisatoren van de Franse paardenraces geen concurrenten van Ladbroke waren op de relevante markt voor het aanbieden van gokdiensten in België en daarom niet die afgeleide markt voor zichzelf hielden.²⁸

De voorwaarde voor uitsluiting van de mededinging op de afgeleide markt werd hier dus strikt geïnterpreteerd. Hierdoor levert, althans onder een strikte benadering, het weigeren van toegang tot een input geen misbruik op wanneer een onderneming met economische machtspositie een derde zo verhindert een markt te betreden waarop zijzelf niet actief is. (Ook al wordt deze daardoor in feite wel uitgesloten.) In deze gevallen gaat het immers niet om *'leveraging'* van een economische machtspositie in de hoofdmarkt naar een afgeleide markt waarop ze haar positie wil versterken door middel van het weigeren van toegang tot haar dataset. Eigenlijk zijn zulke situaties juist schadelijker voor mededinging en innovatie dan *'leveraging'*, omdat de onderneming met economische machtspositie zo de ontwikkeling van nieuwe markten kan tegenhouden die zonder de toegang niet tot stand kunnen komen. Aan de ene kant zijn zulke situaties minder waarschijnlijk omdat een onderneming met economische machtspositie geen reden heeft om toegang te weigeren. Aangezien de onderneming zelf niet actief is op de afgeleide markt, hoeft ze haar positie op die markt niet te beschermen en kan ze dus juist inkomsten verkrijgen door tegen betaling toegang te verlenen. Toch kan de onderneming alsnog een reden hebben om toegang te weigeren als ze van plan is in de nabije toekomst zelf de aanverwante markt te betreden of de groei van toekomstige concurrenten op haar hoofdmarkt in de kiem wil smoren. In dit soort gevallen biedt artikel 102 VWEU echter op basis van zijn huidige restrictieve interpretatie geen soelaas.

23. *Microsoft*, r.o. 53-56.

24. CBb 15 juli 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AQ1727, r.o. 3.

25. CBb 15 juli 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AQ1727, r.o. 4.

26. CBb 15 juli 2004, ECLI:NL:CBB:2004:AQ1727, r.o. 49.

27. Zie P. Larouche, 'The European *Microsoft* case at the crossroads of competition policy and innovation', *Antitrust Law Journal* 2008, p. 612-614.

28. Gerecht 12 juni 1997, zaak T-504/93, *Tiercé Ladbroke*, ECLI:EU:T:1997:84, r.o. 133.

Bij het ontbreken van verticale integratie rijst daarom de vraag of toepassing van de *essential facilities doctrine* mogelijk is om mededingingszorgen gerelateerd aan toegang tot data weg te nemen, zelfs als de ruimere interpretatie van *Microsoft* gevolgd wordt in een *big data*-context. In het verband van discriminatie laat de recente *MEO*-uitspraak van het Hof van Justitie echter zien dat ook in afwezigheid van verticale integratie toch de mogelijkheid voor misbruikelijke discriminatie tussen afnemers kan worden aangenomen.²⁹ Het ging in *MEO* niet om het verkrijgen van toegang als zodanig maar over de voorwaarden waaronder die toegang werd geboden.³⁰ Toch zou het zuivere verbod op discriminatie tussen afnemers dat hier onder bepaalde voorwaarden (vooral het daadwerkelijk vervalsen van de concurrentie *downstream*) werd aangenomen mogelijk ook voor het beargumenteren van een recht op toegang aangevoerd kunnen worden.

Gekruist gebruik van datasets

Op Europees niveau kennen we weliswaar *Magill* over programmeergegevens alsmede *IMS Health* en *Microsoft* over de verwerkingsstructuur van medische data respectievelijk software interfaces, maar bestaan er nog geen zaken over leveringsweigeringen met betrekking tot data in nauwere zin.³¹ Wel zijn er wat betreft het gebruik van datasets in een andere markt dan waarin deze verkregen zijn, het zogenoemd gekruist gebruik van datasets, twee belangrijke nationale mededingingszaken.

In september 2014 heeft de Franse Autorité de la concurrence een tussentijdse beslissing genomen waarin zij vaststelde dat GDF Suez in staat was haar economische machtspositie op de markt voor aardgas, waarin zij voor liberalisering een voormalig monopolie hield, te misbruiken. GDF Suez gebruikte klantendossiers die zij verkregen had tijdens haar voormalige monopolie om aanbiedingen te doen tegen marktprijzen buiten het bereik van haar openbaredienstverplichting die sinds de liberalisering op haar van toepassing was. In haar beslissing stelde de Autorité dat dit soort praktijken onder het mededingingsrecht beoordeeld moeten worden op basis van de omstandigheden waarin het bedrijf de klantenbasis heeft gevestigd. Ook is het van belang of concurrenten de mogelijkheid hebben om de noodzakelijke informatie te reproduceren. Indien de gegevens door de onderneming met economische machtspositie zijn verkregen in het kader van '*competition on the merits*' en door even efficiënte concurrenten tijdig op de markt kunnen worden gereproduceerd tegen redelijke financi-

ele voorwaarden, is het gekruist gebruik van een klantenbestand geen misbruik van economische machtspositie volgens de Autorité.³²

De Belgische Mededingingsautoriteit verwees in een beslissing uit september 2015 naar deze aanpak van de Autorité in een zaak waarin zij de Nationale Loterij een boete oplegde vanwege misbruik van economische machtspositie op de Belgische markt voor openbare loterijen waar zij een wettelijk monopolie heeft. Bij het betreden van de competitieve markt voor sportwedenschappen in 2013 gebruikte de Nationale Loterij de contactgegevens van personen die zich in een databank bevonden die zij in het kader van haar wettelijke monopolie had opgesteld om een eenmalige promotionele e-mail te sturen voor de lancering van haar nieuwe product voor sportwedenschappen.³³ Volgens de Belgische Mededingingsautoriteit waren de contactgegevens van de Nationale Loterij niet verkregen op basis van '*competition on the merits*', maar vloeiden deze voort uit haar activiteiten in het kader van haar wettelijke monopolie. Bovendien konden de gegevens, gezien hun aard en omvang, volgens de Belgische Mededingingsautoriteit niet op de markt tegen redelijke financiële voorwaarden en binnen een redelijke termijn door concurrenten worden gereproduceerd.³⁴

Beide nationale mededingingszaken zagen op het gebruik van gegevens verkregen in het kader van een monopolie waardoor de redenering niet volledig hetzelfde kan zijn voor situaties waarin data zijn verzameld in competitieve omstandigheden zoals veelal zal gelden in de context van *big data*. Omdat deze twee zaken de situatie betreffen waarbij data verzameld in een monopoliemarkt worden ingezet in een concurrerende markt, lijkt de doelstelling eerder het creëren van een *level playing field* dan het voorkomen van uitsluiting. Niettemin kan de verwijzing door beide mededingingsautoriteiten naar redelijke financiële voorwaarden en een redelijke termijn voor het beoordelen van de mogelijkheid voor concurrenten om een dataset te reproduceren, ook van belang zijn bij het beoordelen van de economische haalbaarheid van duplicatie in competitieve markten.

29. HvJ EU 19 april 2018, zaak C-525/16, *MEO – Serviços de Comunicações e Multimédia SA/Autoridade da Concorrência*, ECLI:EU:C:2018:270.

30. Zie ook de bespreking van de *MEO*-zaak in Oxera Agenda mei 2018, 'Discrimination or differentiation? Price discrimination as an abuse of dominance'.

31. De auteursrechtelijk beschermde tv-programmaoverzichten in *Magill* (HvJ EG 6 april 1995, gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P, *Magill*, ECLI:EU:C:1995:98) en technische informatie over interoperabiliteit in *Microsoft* (Gerecht 17 september 2007, zaak T-201/04, *Microsoft*, ECLI:EU:T:2007:289) kunnen beide ook gezien kunnen worden als een specifiek soort 'data'.

32. Autorité de la concurrence, Décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, par. 146, beschikbaar via www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/14mc02.pdf.

33. Belgische Mededingingsautoriteit, Beslissing n° BMA-2015-P/K-27-AUD van 22 september 2015, zaken nr. MEDE-P/K-13/0012 en CONC-P/K-13/0013, *Stanleybet Belgium NV/Stanley International Betting Ltd en Sagevas S.A./World Football Association S.P.R.L./ Samenwerkende Nevenmaatschappij Belgische PMU S.C.R.L. t. Nationale Loterij NV*, par. 44-48, beschikbaar via www.mededinging.be/nl/beslissingen/15-pk-27-nationale-loterij.

34. Belgische Mededingingsautoriteit, Beslissing n° BMA-2015-P/K-27-AUD van 22 september 2015, Zaken nr. MEDE-P/K-13/0012 en CONC-P/K-13/0013, *Stanleybet Belgium NV/Stanley International Betting Ltd en Sagevas S.A./World Football Association S.P.R.L./ Samenwerkende Nevenmaatschappij Belgische PMU S.C.R.L. t. Nationale Loterij NV*, par. 69-70.

Uitbuitingsmisbruik

Terwijl mededingingsautoriteiten veelal prioriteit geven aan het verhelpen van uitsluitingsmisbruik,³⁵ lijken vooral de mogelijkheden voor bedrijven om consumenten rechtstreeks uit te buiten groter dan ooit door het gebruik van ‘*big data analytics*’. Het verzamelen van persoonsgegevens staat bedrijven toe betere en meer gepersonaliseerde diensten aan te bieden maar geeft hun ook de gelegenheid de informatie over de voorkeuren en het gedrag van consumenten te gebruiken om hun winst te vergroten en consumenten uit te buiten.³⁶ Hieronder gaan we in op twee vormen van uitbuitingsmisbruik: buitensporige prijzen en oneerlijke contractvoorwaarden.

Buitensporige prijzen

Consumenten krijgen veelal gratis toegang tot digitale en online diensten in ruil voor hun persoonsgegevens. Zij betalen dus met hun persoonsgegevens in plaats van met geld. Zoals Eurocommissaris Vestager in een toespraak duidelijk maakte hoeft dit geen probleem te zijn ‘*as long as people are happy that the data they share is a fair price to pay for the services they get in return*’.³⁷ Dit roept echter de vraag op wat, in de context van gegevensverzameling, een ‘eerlijke prijs’ is en of bij ondernemingen met economische machtspositie in geval van buitensporige verzameling van gebruikersdata van misbruik sprake kan zijn.³⁸

Met betrekking tot buitensporige prijzen heeft het Hof van Justitie in *United Brands* gesteld dat ‘een te hoge prijs, die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie’ misbruik in de zin van artikel 102 VWEU kan opleveren.³⁹ In haar ‘*Preliminary Opinion*’ over ‘*Privacy and competitiveness in the age of big data*’ uit maart 2014 lijkt de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming⁴⁰ zich te baseren op deze uitspraak van het Hof van Justitie door te stellen dat uitbuitingsmisbruik kan plaatsvinden als ‘*the “price” paid through the surrender of personal*

information [is] to be considered excessive in relation to the value of the service consumed’.⁴¹ Zoals in ons eerdere artikel in dit nummer betoogd werd, is het maar zeer de vraag of van de (objectieve) waarde van een dienst gesproken kan worden. Als de waarde subjectief is, is de voorgestelde toets niet bruikbaar. Kortom, of een prijs buitensporig is, is al moeilijk vast te stellen,⁴² en de vraag of van excessieve gegevensverzameling sprake is, is zeker niet eenvoudig te beantwoorden.

Om dit probleem aan te pakken zouden relevante beginselen uit andere rechtsgebieden gebruikt kunnen worden. Zo zou het gegevensbeschermingsrecht gebruikt kunnen worden om te bepalen of een bepaalde vorm van gegevensverzameling misbruik van economische machtspositie onder het mededingingsrecht oplevert.⁴³ Een bedrijf kan via verwerking van persoonsgegevens meer inzicht krijgen in de voorkeuren van consumenten, wat tot uitbuiting en benadeling kan leiden. Aldus zou betoogd kunnen worden dat een inbreuk op de gegevensbeschermingswetgeving een aanwijzing vormt voor de buitensporigheid van gegevensverzameling als een vorm van uitbuitingsmisbruik onder het mededingingsrecht. Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan verwerking van persoonsgegevens op een manier die verdergaat dan nodig om een bepaald doel te bereiken of het bewaren van persoonsgegevens voor een langere periode dan voor dit doel nodig is.⁴⁴ Op deze manier kunnen beginselen als gegevensminimalisering en doelbinding uit het gegevensbeschermingsrecht ingezet worden om te bepalen wanneer een gedraging uitmondt in oneerlijke concurrentie in strijd met artikel 102 VWEU. Het mededingingsonderzoek van het Duitse Bundeskartellamt tegen Facebook lijkt gebaseerd te zijn op zulke overwegingen.

129

35. Zo zien de richtsnoeren over de handhavingsprioriteiten van de Commissie onder art. 102 VWEU alleen op uitsluitingsmisbruik.
36. Daarnaast kan ook sprake zijn van andere vormen van individuele discriminatie of van hele bevolkingsgroepen. Zie A. Ezrachi en M.E. Stucke, *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm driven economy*, Cambridge Mass.: Harvard University Press 2016 en C. O'Neill, *Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy*, Londen: Penguin/Random House 2017.
37. Toespraak Eurocommissaris Vestager, ‘Making data work for us’, Data Ethics event on Data as Power Copenhagen, 9 september 2016, beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en.
38. Zie ook A. Gebicka en A. Heinemann, ‘Social Media & Competition Law’, *World Competition* 2014, p. 165 die stellen dat ‘*an undue increase in the use of personal data may very well be compared to excessive prices*’.
39. HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands*, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 250.
40. De Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming is een EU-orgaan dat erop toeziet dat de EU-instellingen bij de verwerking van persoonsgegevens de privacyvoorschriften in acht nemen. Ook adviseert de toezichthouder EU-instellingen over de verwerking van persoonsgegevens en bij het beleid en de wetgeving daarover.

41. Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming, *Preliminary Opinion* ‘Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy’, maart 2014, p. 29.
42. Ondanks recente verduidelijkingen in uitspraken van het Hof van Justitie, met name in HvJ EU 14 september 2017, zaak C-177/16, *AKKA/LAA*, ECLI:EU:C:2017:689. Zie voorts de excessieve-prijzenzaken in de farmaceutische sector in het Verenigd Koninkrijk, www.gov.uk/government/news/cma-fines-pfizer-and-flynn-90-million-for-drug-price-hike-to-nhs en in Italië, <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2339-a480-price-increases-for-cancer-drugs-up-to-1500-the-ica-imposes-a-5-million-euro-fine-on-the-multinational-aspen.html> in 2016 en 2017, waarover nog geen definitieve rechterlijke uitspraak heeft plaatsgevonden.
43. Zie ook F. Costa-Cabral en O. Lynskey, ‘Family Ties: The Intersection Between Data Protection and Competition in EU Law’, *CMLRev* 2017, p. 33-37. In *AstraZeneca* (HvJ EU 6 december 2012, zaak C-457/10 P, *AstraZeneca*, ECLI:EU:C:2012:770) en *Allianz Hungaria* (HvJ EU 26 april 2013, zaak C-32/11, *Allianz Hungaria*, ECLI:EU:C:2013:160) heeft het Hof van Justitie al erkend dat de schending van een ander rechtsgebied een factor kan zijn in de beoordeling of er ook sprake is van een inbreuk op het mededingingsrecht.
44. Art. 5 lid 1 sub b en c 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, AVG), *PbEU* 2016, L 119/1.

Oneerlijke contractvoorwaarden

In maart 2016 opende het Bundeskartellamt een onderzoek tegen Facebook op verdenking dat zij haar economische machtspositie in de markt voor sociale netwerken misbruikte door het overtreden van gegevensbeschermingsregels.⁴⁵ Het Bundeskartellamt kwam in december 2017 tot de voorlopige beoordeling dat het verzamelen en het gebruik van gegevens door Facebook afkomstig van derden misbruik van economische machtspositie oplevert. Volgens het Bundeskartellamt misbruikt Facebook haar economische machtspositie door het gebruik van haar sociale netwerk afhankelijk te maken van het verzamelen van alle soorten gegevens die gegenereerd zijn door het gebruik van websites van derden en deze samen te voegen met het Facebookaccount van de gebruiker. Aangezien gebruikers slechts de keuze hebben ofwel *'the whole package'* te accepteren ofwel helemaal niet in staat zijn Facebook te gebruiken, is het Bundeskartellamt van mening dat niet kan worden aangenomen dat gebruikers daadwerkelijk instemmen met deze vorm van gegevensverzameling. Het Bundeskartellamt kwalificeert de algemene voorwaarden van Facebook als een schending van het gegevensbeschermingsrecht. Deze schending vormt vervolgens ook een indicator voor het bestaan van uitbuitingsmisbruik. Volgens het Bundeskartellamt moeten consumenten meer controle krijgen over de manier waarop gegevens worden verzonden van websites en apps naar Facebook, en Facebook moet consumenten voorzien van geschikte opties om deze gegevensverzameling effectief te beperken.⁴⁶

De *Facebook*-zaak vormt een eerste poging door een mededingingsautoriteit om belangen uit het gegevensbeschermingsrecht te integreren in de mededingingsanalyse. Het valt nog te bezien of de ontwikkelingen in Duitsland passen in een mogelijk patroon van een verhoogde aandacht voor uitbuitingsmisbruik in het algemeen.⁴⁷ Afhankelijk van hoe het onderzoek verloopt, kan het Bundeskartellamt een nieuw precedent scheppen waar-

onder mededingingshandhaving ook een rol heeft bij het voorkomen van consumentenuitbuiting in de vorm van oneerlijke voorwaarden voor het verzamelen van persoonsgegevens.

Mededingingsrecht, gegevens- en consumentenbescherming

Ook is het de vraag of het mededingingsrecht zich breder zou moeten ontwikkelen naar directe interventie ten opzichte van uitbuiting gezien de mogelijkheden die *big data* bedrijven bieden voor consumentenuitbuiting. Als het mededingingsinstrumentarium op discriminatie van eindgebruikers wordt toegepast en logischerwijs non-discriminatie ten aanzien van eindgebruikersprijzen wordt verlangd, geldt dat ongelijke gevallen in beginsel nog steeds ongelijk behandeld mogen (en zelfs moeten) worden.⁴⁸ Dit is lastiger dan het wellicht lijkt – vergelijk de regels over getrouwheidskortingen – tenzij handzame vuistregels (voor een algoritme vatbaar?) ontwikkeld worden. Het is denkbaar dat deze nuancering dermate moeilijk handhaafbaar is dat een *one size fits all*-oplossing ook om praktische redenen toch als rechtvaardiger wordt gezien. Mogelijk biedt het sectorspecifieke toezicht op netneutraliteit hier aanknopingspunten.⁴⁹

Ten slotte rijzen wat betreft de samenhang tussen uitbuiting en gegevensbescherming nog steeds nieuwe vragen. Hoe zit het bijvoorbeeld met het breed toegepaste (veelal door ongelezen weggklikken van een hinderlijk schermplje) toestemmingsvereiste voor gepersonaliseerde reclame, vooral in verband met de daaraan gekoppelde prijsdiscriminatie in een *big data*-context? Kan men daarmee eigenlijk wel geacht worden in de zin van artikel 4 lid 11 en artikel 6 lid 1 sub a Algemene Verordening Gegevensbescherming toestemming gegeven te hebben? Niet alleen om persoonlijk te worden benaderd met aanbiedingen, maar ook met een geïndividualiseerd tarief op basis van bereidheid en vermogen om te betalen – gekoppeld aan een rijke dataset tot en met recente aankopen en kredietgeschiedenis, of juist ook kenmerken die het waarschijnlijk maken dat men weinig keuze heeft of het aanbod niet kritisch kan beoordelen? Het antwoord op deze vraag is nog niet duidelijk, evenmin als de uitkomst van mogelijke samenloop met het consumentenrecht. In alle gevallen lijkt dit een constellatie die mede op basis van het mededingingsrecht zou moeten kunnen worden geadresseerd als discriminatie tussen consumenten inderdaad als inbreuk wordt gezien.

45. Persbericht Bundeskartellamt, 'Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules', 2 maart 2016, beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568.

46. Persbericht Bundeskartellamt, 'Preliminary assessment in Facebook proceeding: Facebook's collection and use of data from third-party sources is abusive', 19 december 2017, beschikbaar via www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=3591568.

47. Zie ook M. Snoep, "Creative destruction" van het mededingingsrecht', *M&M* 2017/1, p. 30 die wijst op de hernieuwde aandacht voor onbillijke prijzen als vorm van machtsmisbruik met een verwijzing naar een toespraak van Eurocommissaris Vestager, 'Protecting consumers from exploitation', Chillin' Competition Conference Brussel, 21 november 2016, beschikbaar via https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/protecting-consumers-exploitation_en, waarin zij stelt: 'So a lot of our work protects consumers indirectly, by keeping markets competitive. But we're still bound to come across cases where competition hasn't been enough to provide a real choice. Where dominant businesses are exploiting their customers, by charging excessive prices or imposing unfair terms. We have to be careful in the way we deal with those situations. (...) But there can still be times when we need to intervene'. Zie ook de excessieve-prijzenzaken hierboven in noot 42.

48. Over billijkheid of eerlijke concurrentie zie M. Trebilcock en Francesco Ducci, 'The Multifaceted nature of fairness in competition policy', *CPI Antitrust Chronicle* October 2017, p. 1-6.

49. Art. 7.4a lid 1 Telecomwet (welk artikel deel uitmaakt van Hfdst. 7 Eindgebruikersbelangen), stelt: als hoofdregel: 'Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiens ten worden geleverd en aanbieders van internettoegangsdiens ten belemmeren of vertragen geen diens ten of toepassingen op het internet'. Hierbij gaat het om het benadelen van aanbieders van diens ten, maar daarmee indirect ook van eindgebruikers. Zie voor een geval waar deze regels juist niet geschonden werden geacht: ACM, Afwijzing handhavingverzoek Bits of Freedom, Persbericht 11 oktober 2017.

Remedies

Passende (en dus proportionele) remedies voor een misbruik van economische machtspositie zijn per definitie toegesneden op de aard van het concrete probleem dat oplossing behoeft. Hier gaan wij echter alleen in algemene zin en bij wijze van overzicht op remedies in.

Systematisch gezien en in lijn met het *lex specialis*-beginsel, dat voorrang voor specifieke regels boven algemene behelst, is het logisch eerst een korte blik te werpen op de maatregelen buiten de nauwere context van het mededingingsrecht die als oplossing voor de gesignaleerde dataperikelen kunnen functioneren. Kort geformuleerd valt dit samen met het organiseren van tegenmacht – per definitie al door direct beschermende regelgeving, maar bijvoorbeeld, in het geval van persoonlijke data, ook door dataportabiliteit. Vervolgens kijken we binnen het mededingingsrecht naar het voorkomen van problemen en pas daarna naar de sancties voor ongewenst gedrag. Dat dit geen messcherp onderscheid is, blijkt al uit het feit dat specifieke maatregelen van gegevensbescherming mogelijk een plek kunnen krijgen binnen de handhaving van het mededingingsrecht zoals in de context van een toezeggingsbesluit; zie bijvoorbeeld de discussie over de *Facebook*-zaak van het Bundeskartellamt hiervoor. Omgekeerd kan de mededingingsdimensie mogelijk een rol spelen in het specifieke domein, bijvoorbeeld bij dataportabiliteit. Een dergelijke samenloop bestaat overigens ook tussen sector-specifieke regels zoals aanmerkelijke marktmacht (AMM, in telecommunicatie, post en zorg) en het algemene mededingingsrecht, of tussen consumentenrecht en mededingingsrecht. Zijn deze regels complementair, substitueert, alternatief, of hangt dit in de praktijk veelal af van de context? Op zijn minst kan sprake zijn van kruisbestuiving.

Ten besluit van dit deel kijken we kort vooruit naar de *brave new world* van het mogelijke gebruik van *big data* en algoritmes door mededingingsautoriteiten ter detectie van misbruik, en staan we stil bij het bredere vraagstuk van efficiency versus compliance en integriteit dat in dit verband rijst.

Compenseren van machtspositie: de *lex specialis*-variant

Mede vanwege het beperkte toepassingsgebied van de *essential facilities doctrine* bij mededingingszorgen in een *big data*-context zoals hiervoor besproken, verdienen maatregelen die *buiten het mededingingsrechtelijk kader* economische machtspositie kunnen compenseren ook aandacht. Momenteel worden in een aantal sectoren specifieke maatregelen ontwikkeld die het stimuleren van toegang tot data beogen.

1. Op grond van artikel 66 en 67 van de Betalingsdienstenrichtlijn II (die sinds 13 januari 2018 van toepassing is),⁵⁰ kunnen derden met instemming van de

rekeninghouder toegang krijgen tot zijn rekening-informatie om betalingsinitiatiediensten of rekening-informatiediensten aan te bieden. Wat betreft betalingsinitiatiediensten worden banken verplicht functionaliteit te ondersteunen die derden in staat stelt betaaltransacties in gang te zetten via een internettoepassing. Bij rekeninginformatiediensten gaat het om het geven van toegang tot rekeninginformatie die derde partijen in staat stelt om die informatie van één of meer rekeningen te gebruiken in één toepassing. Zo compenseert de Betalingsdienstenrichtlijn II de bestaande macht van banken op betaalmarkten door ruimte te bieden aan fintech-startups die innovatieve diensten willen aanbieden.⁵¹

2. In het kader van haar Europese data-economie-initiatief wil de Europese Commissie toegang tot data verder stimuleren voor wat betreft niet-persoonsgegevens.⁵² Voorlopig richt de Commissie zich hierbij vooral op de landbouw en de automobiellindustrie.⁵³
 - Binnen de 'intelligente landbouw' worden data-analysetechnieken ingezet om een zowel meer productieve als duurzame landbouw te bevorderen. Hierbij is een zorg dat de benodigde data onder controle van de fabrikanten van landbouwmachines blijven, terwijl de boeren en levensmiddelenbedrijven de gegevens feitelijk verzamelen.
 - Bij de automobiellindustrie gaat het om toegang tot de data die in en door het voertuig worden verzameld, waarvan bedrijven die actief zijn in reparatie- en andere na-verkoopmarkten afhankelijk zijn om innovatieve diensten te kunnen aanbieden.
3. Vanuit het perspectief van de mededinging is vooral het nieuwe recht op dataportabiliteit uit artikel 20 van de Algemene Verordening Gegevensbescherming zeer belangrijk.⁵⁴ Dit is een nieuw recht voor natuur-

51. Over dit thema, zie ook ACM, 'Fintechs in the payments system: the risk of foreclosure', december 2017, www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf.

52. Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Bouwen aan een Europese data-economie', 10 januari 2017, COM(2017)9 final, en Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's, 'Naar een gemeenschappelijke Europese gegevensruimte', 25 april 2018, COM(2018)232 final.

53. Synopsis report, Consultation on the 'Building a European Data Economy' initiative, 7 september 2017, p. 6, beschikbaar via <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/synopsis-report-public-consultation-building-european-data-economy>. Zie ook de recent door de industrie zelf ontwikkelde *Code of Conduct on agricultural data sharing*, beschikbaar via http://cema-agri.org/sites/default/files/publications/EU_Code_2018_web_version.pdf, en de Mededeling van de Europese Commissie van 17 mei 2018 over 'On the road to automated mobility: An EU strategy for mobility of the future', COM(2018)283 final.

54. Art. 20 AVG geeft, indien persoonsgegevens geautomatiseerd worden verwerkt, een betrokkene (een persoon) 'het recht de hem betreffende persoonsgegevens, die hij aan een verwerkingsverantwoordelijke heeft verstrekt, in een gestructureerde, gangbare en machineleesbare vorm te verkrijgen, en hij heeft het recht die gegevens aan een andere verwerkingsverantwoordelijke over te dragen, zonder daarbij te worden gehinderd door de verwerkingsverantwoordelijke aan wie de persoonsgegevens waren verstrekt.'

50. Richtlijn (EU) 2015/2366 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 betreffende betalingsdiensten in de interne markt, *PbEU* 2015, L 337/35.

lijke personen om eerder verstrekte persoonsgegevens in een gestructureerde, gangbare en machineleesbare vorm te verkrijgen en over te (doen) dragen naar een andere aanbieder.⁵⁵ Deze horizontale maatregel geldt voor alle sectoren waar gegevens worden verwerkt via geautomatiseerde procedés en op basis van toestemming of een overeenkomst.⁵⁶ Waar dit technisch mogelijk is, heeft de betrokkene ook het recht zijn persoonsgegevens rechtstreeks door de ene aanbieder aan de andere te laten doorgeven.⁵⁷ Hoewel het oorspronkelijke doel van het recht op dataportabiliteit vooral was om natuurlijke personen meer controle te geven over hun persoonsgegevens,⁵⁸ zal het ook de mate van mededinging en innovatie op de markt beïnvloeden omdat consumenten gemakkelijker van aanbieder kunnen wisselen. Ook vergemakkelijkt dataportabiliteit meer indirect ook het delen en hergebruiken van data, en bevordert het daarmee de ontwikkeling van nieuwe diensten. Bovendien heeft een persoon aldus het recht zijn persoonlijke en automatisch verwerkte gegevens direct van onderneming/houder A (zoals *big data incumbent*) naar onderneming/houder B (bijvoorbeeld een toetreder) te laten overhevelen, zodat hiermee effectieve concurrenten in het zadel geholpen kunnen worden, mogelijk als remedie voor een concreet mededingingsprobleem. Het ligt in de rede dat het mededingingsrecht ook dataportabiliteit faciliteert. Een vervolgvraag is of voor een bedrijf met een machtspositie een weigering om aan dataportabiliteit mee te werken als zodanig ook al een overtreding van de Mededingingswet kan vormen.

Aspecten van samenloop verder terzijde latend kijken we nu eerst naar het voorkomen van misbruik, alvorens een blik te werpen op de bestraffing daarvan.

Preventie

Een prikkelende vraag is hoe, in het tijdperk van *big data*, omgegaan moet worden met de bijzondere verantwoordelijkheid voor ondernemingen met een economische machtspositie 'om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt'.⁵⁹ Zoals bekend betekent dit dat bedrijven met een machtspositie zich niet alleen moeten onthouden van praktijken die de consument direct benadelen, maar ook van gedragingen die deze consument indirect kunnen benadelen doordat zij ingrijpen in de structuur van de markt en aldus de mededinging verstoren. Mogelijk impliceert deze verantwoordelijkheid dat bedrijven met een machtspositie

de negatieve impact van hun gedrag op consumenten in algemene zin actief moeten voorkomen. Zo ja, aan welke activiteiten kan dan gedacht worden?

In dit kader komt het ons redelijk voor om te vereisen dat algoritmes zo geprogrammeerd worden dat misbruik in beginsel niet mogelijk is, ook als ze zelflerend zijn. De programmeur (en daarmee zijn opdrachtgever) blijft verantwoordelijk.⁶⁰ Om dezelfde reden moeten logischerwijs bij het gebruik van data te allen tijde de gegevensbeschermingsregels gerespecteerd worden. Ook kan worden gedacht aan transparantie-eisen, zoals dat de onderliggende data en toegepaste algoritmes openbaar of opvraagbaar zijn en controleerbaar voor toezichthouders, waaronder mogelijk de mededingingsautoriteit. Denk hierbij ook aan een plicht tot het voorkomen en corrigeren van misleidende informatie. Dit kan ver gaan als het de kenbaarheid van informatie en de objectieve en non-discriminatoire presentatie van resultaten betreft. (Van het laatste is de hieronder aangehaalde *Google Shopping*-zaak een voorbeeld.)

Deze suggestie van een verplichting tot proactief vermijden van misbruik en de mogelijke invulling daarvan lijkt misschien vergezocht. Maar er kan aangehaakt worden bij bestaande redeneringen in het mededingingsrecht waar niets doen niet volstaat, zoals de plicht tot actief afstand nemen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in het kader van informatie-uitwisseling.⁶¹ Ook kan verwezen worden naar andere rechtsgebieden zoals het financieel toezicht, waar (ondanks de vrij systematische schending van consumentenbelangen in deze sector) naar verluidt integriteit als inhoudelijk respecteren van de strekking van een norm geldt, in plaats van de letter van de wet.

Kan een dergelijke ontwikkeling leiden tot een actieve zorgplicht en compliancevereisten voor partijen die een economische machtspositie hebben? En zo ja, hoe weet je als marktpartij dan dat je een dergelijke machtspositie hebt? Kan iemand de mededingingsregels op dit punt effectief en adequaat (of zelfs in een algoritme) samenvatten? Wat ons betreft zijn dit nog open vragen. Maar mogelijk is het juist vanwege de daarover bestaande onzekerheid wenselijk dat zulke verplichtingen nog breder zouden gelden dan voor partijen met een *big data*-machtspositie, en wel voor eenieder die de toegang tot data controleert, dit naar analogie van de verplichting tot interoperabiliteit uit de telecomwetgeving

55. Zie art. 29 Working Party, 'Guidelines on the right to data portability', 5 april 2017, 16/EN WP 242 rev.01 voor een interpretatie van het nieuwe recht.

56. Art. 20 lid 1 sub a en b AVG.

57. Art. 20 lid 2 AVG.

58. Overweging 68 AVG.

59. HvJ EG 9 november 1983, zaak 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin/Commissie*, ECLI:EU:C:1983:313, r.o. 57. Zie ook www.maverick-law.com/en/trends-2018/abuse-of-a-dominant-position-in-the-spotlight.html.

60. In de context van art. 101 VWEU, zie bijvoorbeeld de volgende uitspraak van Eurocommissaris Vestager: 'That's also how businesses need to think when they design and use algorithms. They may not always know exactly how an automated system will use its algorithms to take decisions. What businesses can – and must – do is to ensure antitrust compliance by design. That means pricing algorithms need to be built in a way that doesn't allow them to collude.' Toespraak Eurocommissaris Vestager, 'Algorithms and competition', Bundeskartellamt 18th Conference on Competition, Berlin, 16 maart 2017, beschikbaar via <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/veslager/announcements/bundeskartellamt-18th-conference-competition-berlin-16-march-2017>.

61. Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 17 juli 2007, nr. 06/28, *Giant BV e.a./NMA*, ECLI:NL:RBROT:2007:BB0440; HvJ EU 21 januari 2016, zaak C-74/14, 'Euras' *UAB e.a./Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, ECLI:EU:C:2016:42.

– door eenieder die toegang controleert tot een eindgebruiker, om wederzijdse communicatie via eind-tot-eindverplichtingen mogelijk te maken.⁶²

Misbruik bestraffen en gedrag corrigeren

In feite is er over sancties nog weinig concreets te zeggen. In algemene zin geldt voor misbruik van machtspositie gebaseerd op en/of door middel van *big data* het bekende palet van boete, last (tot specifieke correcties van gedrag of afstoten activiteiten), en toezegging waarbij de onderneming een scala aan eigen remedies kan inbrengen. Op dit moment zijn hier nog nauwelijks of geen voorbeelden van. Buiten de reikwijdte van dit artikel in nauwe zin geeft de *Google*-beschikking van de Europese Commissie in juni 2017 wel een voorbeeld van de toepassing van de eerste twee instrumenten. Hier werd aan Google een boete van 2,42 miljard euro en een verplichting om de misbruikelijke gedragingen binnen 90 dagen te beëindigen onder het verbeuren van een dwangsom van 5 procent van haar dagelijkse omzet per dag opgelegd⁶³ wegens misbruik van haar machtspositie op basis van haar zoekmachine teneinde de Google-prijsvergelijkingdienst te bevoordelen. In deze zaak is overigens de stelling van de Commissie dat het hier gaat om de normale toepassing van een non-discriminatiebeginsel.

Behalve om bestraffen van misbruik gaat het bij het toepassen van de genoemde instrumenten ook om het corrigeren van gedrag. De mogelijkheid om in dit verband bijvoorbeeld via een toezeggingsbesluit materieel de normen of instrumenten (zoals een verder aangeklede versie van dataportabiliteit) van de gegevensbescherming te incorporeren is eerder al genoemd. Denk bij deze verlengde arm-constructie van het mededingingsrecht bijvoorbeeld aan het recente toezeggingsbesluit van de Europese Commissie ten aanzien van Gazprom.⁶⁴

Partijen die schade hebben geleden door een misbruik van economische machtspositie kunnen deze in theorie verhalen, hetgeen (onder meer) een nog sterker afschrikkend effect beoogt. Dit is in de EU tot nu toe eigenlijk altijd alleen een realistisch perspectief als het misbruik als zodanig eerst door een mededingingsautoriteit is aangetoond. (Waarom in de VS relatief meer private schadezaken en minder handavingszaken voorkomen, gaat buiten het bereik van deze bijdrage.) Gezien de hier

waarschijnlijk nog zwakkere bewijspositie van afnemers en concurrenten (omdat machtsmisbruik op basis van *big data* moeilijk van buiten vast te stellen is zonder toegang te krijgen tot gegevens en de wijze waarop deze gebruikt worden, dus algoritmes) lijkt dit nog sterker te gelden als het misbruik van economische machtspositie door het gebruik van *big data* plaatsvindt, mogelijk met uitzondering van de toegangsweigering.⁶⁵

Detectie

Het ligt voor de hand dat, in een *big data*-context, algoritmes in beginsel ook kunnen worden ingezet om mogelijk misbruikelijk gedrag (of andere overtredingen van de Mededingingswet) te detecteren. *Web crawlers* of *spiders* (een bot of computerprogramma) die bijvoorbeeld prijzen en prijsbewegingen volgen, bestaan al langer en kunnen door zowel marktpartijen als toezichthouders worden ingezet. Verschillende EU-toezichthouders werken inmiddels aan verder ontwikkelde detectiemethoden. De vraag is wat er nodig is om dit een succes te doen zijn: monitoring van open data, geheime detectie, of juist een combinatie van beide?⁶⁶ Wat kan een mededingingsautoriteit van ondernemingen vragen qua medewerking?

Een verdere vraag is wat de relevante bewijsstandaard is. Het belang van mogelijke alternatieve verklaringen in de context van onderling afgestemde feitelijke gedragingen is duidelijk, bij misbruik van economische machtspositie zijn daarnaast ook een objectieve rechtvaardiging en een doelmatigheidsverweer mogelijk, die tot dusver zelden met succes werden aangevoerd,⁶⁷ en de *meeting competition defense*.⁶⁸ Hoewel een algoritme verdachte patronen kan detecteren, spreekt het gezien al deze excepties voor zich dat voor de beoordeling daarvan en de eventuele kwalificatie als misbruik ten slotte in ieder geval een menselijke toets nodig zal zijn – alleen al om te toetsen op alternatieve verklaringen.

Efficiency versus compliance en integriteit

Zoals eerder al gesteld is het nog de vraag of het mededingingsrecht zich op het punt van *big data* zou kunnen ontwikkelen in de richting van een soort zorgplicht tot het vermijden van consumentenschade. Hoewel mogelijk, is zoiets niet noodzakelijk wenselijk; het gaat immers met kosten gepaard. Zou in dit verband een kosten-batenanalyse passen, en volgt daarop dan een kostbare *battle of the reports*? Of gaat het om minimumnor-

62. Hoofdstuk 6 Telecommunicatiewet, interoperabiliteit van diensten en vertrouwelijkheid van informatie. Art. 6.1: 'Een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten, die daarbij de toegang tot eindgebruikers controleert, treedt op verzoek van een aanbieder van openbare elektronische communicatienetwerken of openbare elektronische communicatiediensten met die aanbieder in onderhandeling met het oog op het sluiten van een overeenkomst op basis waarvan de nodige maatregelen worden genomen, waaronder zo nodig door middel van interconnectie van de betrokken netwerken, opdat eind- tot eindverbindingen tot stand worden gebracht.'

63. Samenvatting van het besluit van de Commissie van 27 juni 2017 in zaak AT.39740, *Google Search (Shopping)*, PbEU 2018, C 9/11.

64. Statement by Commissioner Vestager on Commission decision imposing binding obligations on Gazprom to enable free flow of gas at competitive prices, Brussel 24 mei 2018, SPECH/18/3928.

65. Richtlijn 2014/104/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 november 2014 betreffende bepaalde regels voor schadevorderingen volgens nationaal recht wegens inbreuken op de bepalingen van het mededingingsrecht van de lidstaten en van de Europese Unie, PbEU 2014, L 349/1.

66. M.P. Schinkel 'Market Oversight Games', intreerede UvA, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1692733.

67. Zie Mededeling van de Commissie, Richtsnoeren betreffende de handavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, PbEU 2009, C 45/7, par. 28-31.

68. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 14 februari 1978, zaak 27/76, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV/Commissie*, ECLI:EU:C:1978:22, r.o. 189-191; Gerecht 7 oktober 1999, zaak T-228/97, *Irish Sugar plc/Commissie*, ECLI:EU:T:1999:246, r.o. 112.

men die altijd gerespecteerd moeten worden, zoals eerder gesuggereerd mogelijk op basis van horizontale regulering analoog aan de interoperabiliteit, dan wel een combinatie van beide? Het ligt in ieder geval voor de hand dat het anticiperen op en voorkomen van wat mogelijk tot misbruik zou kunnen leiden kosten met zich mee brengt in termen van efficiency en innovatie aan de kant van de *big data*-partij. Dit betekent dat ook voor de consument bepaalde voordelen van *big data* teloor zullen gaan als prijs voor het voorkomen van de potentiële nadelen. Hoewel dit type probleem inherent is aan het mededingingsrecht raakt het de kern van het nut van *big data*.

Conclusie

Zowel uitsluitings- als uitbuitingsmisbruik kan aan de orde zijn bij *big data*. De preferente oplossing van mededingingsproblemen is het eerst tegengaan van uitsluiting, om zo ook uitbuiting te verhelpen of te voorkomen – en bovendien is het in de praktijk ook moeilijk om uitbuiting direct op te lossen. Een machtspositie gebaseerd op *big data* die in de kern gebaseerd is op exclusieve controle over gegevens kan een toetredingsbarrière vormen voor bedrijven die niet over die data beschikken. Hier ligt het dan ook in de rede om te denken aan vormen van toegang, wat de vraag oproept of er sprake is van een essentiële faciliteit (ofwel essentiële input) onder het mededingingsrecht.

Zoals hiervoor besproken is er echter een aantal haken en ogen aan de toepassing van de *essential facilities doctrine* op data. Daardoor is het onwaarschijnlijk dat toepassing ervan alle mededingingszorgen gerelateerd aan toegang tot data kan wegnemen. Hier ligt op dit moment nog een spanningsveld bij de vraag of er (1) een vereiste van een *as efficient competitor* geldt (en wat een *as efficient competitor* hier precies is), of (2) dat juist eerder een nieuw product is vereist (en wat een nieuw product dan is), of (3) dat het gaat om het beschermen van de mogelijkheden tot afgeleide innovatie als zodanig. Dit laatste is in de praktijk wellicht het eenvoudigst. Maar in alle gevallen zijn ook de prikkels voor oorspronkelijke innovatie relevant, wat ook de derde variant compliceert.

Ook bij uitbuitingsmisbruik leiden *big data* tot nieuwe vragen die bestaande concepten bij het bepalen van buitensporige prijzen en oneerlijke contractvoorwaarden op spanning zetten. Daarnaast is van belang of en zo ja hoe discriminatie tussen verschillende consumenten in de zin van uitbuiting van eindgebruikers effectief aan banden kan worden gelegd binnen het mededingingsrecht. Hierover is veel nog onduidelijk. Wel is het zo dat verschillende vormen van billijkheid in verhouding tot afnemers/eindgebruikers in Europa op dit moment breder in de belangstelling staan, zoals ten aanzien van excessieve prijzen.

Voorts is er voor de monitoring van *big data* en algoritmes wellicht een benadering nodig waarbij meer aan-

dacht besteed moet worden aan het compenseren van machtspositie en het ontwikkelen van een zorgplicht met compliance ter preventie van mededingingsproblemen. De rol van persoonsgegevens is hierbij mogelijk cruciaal: de wijze waarop dataportabiliteit wordt toegepast opent in beginsel mogelijkheden voor consumenten om te stemmen met hun voeten respectievelijk gegevens, en om hiermee *en passant* een concurrent in het zadel te helpen. Een ondersteunende rol van het mededingingsrecht bij het operationaliseren van dit nieuwe gegevensbeschermingsrecht kan mogelijk een belangrijke bijdrage leveren aan het beteugelen van de uitwassen van *big data*. Vrije consumentenkeuze en een concurrerende marktstructuur liggen immers aan de basis van effectief werkende markten.