

213. Toegang tot big data van de concurrent op basis van art. 102 VWEU?

MR. M.R. BANEKE EN MR. S.M. DIELEMANS

De afgelopen jaren heeft zich een ontwikkeling voorgedaan waarbij enkele grote spelers, zoals Google en Facebook, de beschikking hebben gekregen over enorme databases aan persoonsgegevens. Verschillende mededingingsautoriteiten hebben zich hardop afgevraagd of het beschikken over dergelijke 'big data' de betreffende ondernemingen een machtspositie verschaft ten opzichte van hun gebruikers, adverteerders en concurrenten. In dit artikel laten wij zien dat, ondanks dat de toegang tot data in toenemende mate een *toetredingsbarrière* kan vormen, het afdwingen van toegang tot databases van ondernemingen op grond van artikel 102 VWEU zeer moeilijk zal zijn, zowel om redenen van mededingingsrechtelijke aard als om privacy-redenen.

Wat is big data en waarom is het belangrijk?

Big data is een verzamelterm die wordt gebruikt voor grote hoeveelheden gegevens die worden verzameld door ondernemingen, overheden, wetenschappelijke instituten en andere instellingen. Er is geen officiële definitie van big data en er is ook geen ondergrens vastgesteld voor wanneer een verzameling gegevens onder de noemer *big data* moet worden geschaard. Het idee achter big data is echter (vrijwel) altijd hetzelfde. De eigenaar van de database probeert met behulp van algoritmes waardevolle informatie en verbanden uit de brei aan gegevens te halen. Welke informatie en verbanden precies van belang zijn verschilt per onderneming of instantie. Verzekeraars zullen bijvoorbeeld geïnteresseerd zijn in het opstellen van risico-profielen waarin zij hun klanten kunnen onderverdelen op basis van persoonlijke kenmerken, zoals leeftijd, geslacht, afkomst en opleidingsniveau. Voor justitiële instanties is het interessant om een goede inschatting kunnen maken van de kans op recidive, op basis van persoonlijke kenmerken van de dader en het soort vergrijp.

Voor ondernemingen die een online dienst aanbieden schuilt de grootste waarde van big data doorgaans in het kunnen voorspellen van het (consumenten)gedrag van hun gebruikers. Dit heeft allereerst te maken met het verdienmodel dat deze ondernemingen vaak hanteren. In plaats van dat zij geld in rekening brengen bij hun gebruikers voor de geboden dienst, maken zij de dienst te gelde door

het plaatsen van advertenties op hun website, applicatie of in het afgespeelde beeld- of geluidsbestand. Adverteerders betalen de dienstverlener voor het plaatsen of afspelen van deze advertenties. Zowel adverteerders als de online dienstverleners hebben er belang bij dat de advertenties zoveel mogelijk zijn toegesneden op de gebruiker. Adverteerders willen met hun advertenties de juiste doelgroep voor hun product bereiken en de dienstverleners zullen meer kunnen verdienen aan advertenties als zij kunnen aantonen dat deze doelgroep via hun dienst op een effectieve wijze kan worden aangesproken. Daarbij komt nog dat ook de gebruikers van de dienst liever advertenties te zien krijgen voor producten die hem of haar daadwerkelijk interesseren, dan voor willekeurige producten. In een enkel geval zal de gebruiker een advertentie zelfs als nuttig ervaren, omdat deze een (latente) behoefte aanspreekt. Gerichte advertenties vergroten dus niet alleen voor adverteerders de waarde van de dienst, maar ook voor de gebruikers. Het mes snijdt in dat opzicht aan twee kanten. Online dienstverleners brengen dan ook op grote schaal de interesses en het consumentengedrag van hun gebruikers in kaart, om zo te kunnen bepalen welke advertenties het beste aan welke gebruikers kunnen worden gekoppeld.

Een aantal ondernemingen is buitengewoon succesvol in het aantrekken van gebruikers en adverteerders en het aanleggen van databases met persoonsgegevens. Een goed voorbeeld daarvan is Facebook. Facebook heeft meer dan anderhalf miljard unieke gebruikers en staat bekend om de

actieve (of zelfs agressieve) wijze waarop zij persoonsgegevens verzamelt.¹ Deze gegevens gebruikt Facebook onder meer om haar adverteerders op een zo effectief mogelijke manier in contact te brengen met de gewenste groep gebruikers. Facebook beschikt over een enorme hoeveelheid aan gegevens en is zo bedreven in het analyseren daarvan, dat zij deze kennis nu ook buiten haar eigen diensten (zoals Facebook, Messenger en WhatsApp) exploiteert door middel van haar dochterondernemingen LiveRail en Facebook Audience Ads. LiveRail helpt uitgever van online content (zoals nieuwswebsites) met het verkopen van gerichte advertenties en maakt daarbij gebruik van de database van Facebook. Facebook Audience Ads gaat nog een stap verder en biedt ontwikkelaars van mobiele apps de mogelijkheid om advertenties van Facebook in de eigen app te plaatsen. Facebook betaalt de ontwikkelaars voor het plaatsen van de advertenties en ontvangt zelf een deel van de bedragen die de adverteerders betalen.

Maar big data helpt ondernemingen niet alleen om hun diensten zo goed mogelijk te gelde te maken. Ook de dienst zelf kan met behulp van data-analyse beter op de gebruiker worden afgestemd. Dit laat zich goed illustreren door online zoekmachines. Zoekmachines geven relevantere - en dus betere - resultaten weer naarmate zij beter kunnen inschatten waar de betreffende gebruiker naar op zoek is. Een slimme zoekmachine zal aan de hand van gegevens zoals eerdere zoekopdrachten en bezochte websites, leeftijd en locatie bijvoorbeeld kunnen inschatten of een Engelstalige gebruiker die de zoekterm “apple” invoert op zoek is naar een recept voor appeltaart of naar een nieuwe smartphone.² Een ander voorbeeld zijn websites voor online dating, die een betere dienst leveren wanneer zij hun gebruikers aan zo veel mogelijk voor hen interessante profielen weten te koppelen. Dit lukt alleen als zij hun gebruikers goed kennen en dus goed kunnen inschatten welke profielen bij elkaar passen.

Het is dus niet verwonderlijk dat big data big business is. Ondernemingen verzamelen dan ook constant informatie van en over hun gebruikers. Over diensten die gratis worden aangeboden, dat wil zeggen zonder dat daar een geldelijke vergoeding tegenover staat, kun je dan ook zeggen dat gebruikers in feite betalen met hun persoonsgegevens.

Big data als toetredingsbarrière

Het belang van big data maakt dat het voor potentiële toetreders tot bepaalde online markten die niet over uitgebreide databases met gegevens beschikken lastig kan zijn deze markten te betreden.³ In het recentelijk

gepubliceerde gezamenlijke onderzoek naar de rol van data in het mededingingsrecht van het *Bundeskartellamt* en de *Autorité de la Concurrence*⁴ wordt er dan ook op gewezen dat toegang tot persoonsgegevens een *toetredingsbarrière* kan vormen wanneer nieuwe toetreders niet in staat zijn om zelf een database aan te leggen of een database van een derde partij te kopen (zogenoemde “*data brokers*”) die in

Het belang van big data voor het ontwikkelen van nieuwe diensten zou tegenwoordig wel eens groter kunnen zijn dan een aantal jaren geleden.

omvang en gevarieerdheid te vergelijken is met de database van de gevestigde partijen op de markt.⁵

Nieuwe toetreders hebben veel minder gebruikers van wie zij de persoonsgegevens kunnen verzamelen dan de gevestigde partijen op de markt. Dit maakt het moeilijk of zelfs onmogelijk voor deze ondernemingen om zelf een database aan te leggen die in de buurt komt van de database van deze gevestigde partijen. Ook *data brokers* kunnen niet altijd data aanbieden die in kwantiteit en gevarieerdheid die van de grote gevestigde partijen evenaart. De gevestigde partijen daarentegen kunnen hun grote databases gebruiken om meer inkomsten uit advertenties te genereren en hun diensten te verbeteren, waardoor zij nog meer gebruikers aantrekken en vervolgens nog meer persoonsgegevens kunnen verzamelen.⁶

Het bovenstaande betekent niet dat een uitgebreide database – of liever het gebrek daaraan – altijd een *toetredingsbarrière* vormt voor toetreders op een online markt. Allereerst kunnen gebruikers dezelfde persoonsgegevens aan meerdere ondernemingen afgeven. In tegenstelling tot bijvoorbeeld ruwe grondstoffen zijn persoonsgegevens oneindig en non-exclusief. Toetreders hoeven dus geen toegang te krijgen tot een afgebakende, eindige bron van gegevens, die al grotendeels aan andere ondernemingen toebehoort. Daarnaast worden online markten vaak gekenmerkt door een dynamisch concurrentieproces, waarin nieuwe, innovatieve spelers snel aan terrein kunnen winnen ten koste van de gevestigde partijen. Ondernemingen zoals Uber en Snapchat zijn in korte tijd zeer succesvol geworden, ondanks het feit dat zij aanvankelijk niet over grote databases beschikten.⁷

database beschikt gemakkelijker andere markten betreden en bestaande concurrenten uit de markt drukken, zo blijkt uit het bovengenoemde voorbeeld van Facebook.

1 Het *Bundeskartellamt* onderzoekt momenteel zelfs of de wijze waarop Facebook persoonsgegevens verzamelt misbruik van machtspositie kan opleveren, zie http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568.
2 Zie Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the matter of *Google/DoubleClick* (F.T.C. File No. 071-0170), 20 december 2007, p. 7.
3 Andersom kan een onderneming die juist wel over een uitgebreide

4 *Bundeskartellamt* en *Autorité de la Concurrence*, *Competition Law and Data*, 10 mei 2016, te raadplegen via <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.html>.
5 *Bundeskartellamt* en *Autorité de la Concurrence*, *Competition Law and Data*, p. 11.
6 Zogenoemde ‘snowball effects’, *Bundeskartellamt* en *Autorité de la Concurrence*, *Competition Law and Data*, p. 13.
7 Zie G. Manne, B. Sperry, *Debunking the Myth of a Data Barrier to Entry for Online Services*, te raadplegen via <https://truthonthemarket.com/2015/03/26/debunking-the-myth-of-a-data-barrier-to-entry-for-online-services/>.

Ook Facebook en Google zijn ooit als uitdager op de markt gekomen en hebben binnen enkele jaren de gevestigde partijen (MySpace en in Nederland Hyves in het geval van Facebook en Yahoo, Lycos en AltaVista in het geval van Google), die destijds groter waren en over meer data beschikten, van hun plek gestoten.⁸ Door een aantrekkelijke en innovatieve dienst aan te bieden hebben deze ondernemingen snel grote hoeveelheden gebruikers voor zich kunnen winnen en zo een eventuele data-achterstand op hun concurrenten kunnen compenseren. Daarbij speelt het feit dat gebruikers van online diensten vaak gemakkelijk en goedkoop kunnen overstappen naar een andere aanbieder wanneer zij de alternatieve dienst beter vinden ook een rol.⁹

Dit neemt niet weg dat voor bepaalde online markten data wel degelijk een *toetredingsbarrière* kan vormen. In hun gezamenlijke onderzoek merken het *Bundeskartellamt* en de *Autorité de la Concurrence* al op dat de succesverhalen

websites de voorkeuren van hun gebruikers goed kunnen inschatten. Hiervoor is een zeer uitgebreide en gevarieerde database nodig, die niet eenvoudig en snel vanuit het niets te creëren is. In deze gevallen is het goed denkbaar dat data een *toetredingsbarrière* voor toetreders vormt, omdat het aanleggen van een adequate database een te grote investering vergt.

Toegang tot de database van concurrenten

Kan een onderneming door middel van een beroep op artikel 102 VWEU toegang tot de database van een concurrent afdwingen, om zo een online markt te kunnen betreden? Zoals wij hieronder uiteenzetten, is dit niet eenvoudig en spelen er enkele bijzondere complicaties.

Het verplichten van een dominante onderneming om potentiële concurrenten toe te laten op haar voorzieningen wordt gezien als *ultimum remedium*. Allereerst vermindert het verschaffen van toegang tot voorzieningen van de dominante onderneming de prikkel voor potentiële concurrenten om eigen, concurrerende voorzieningen te creëren. Bovendien zal de dominante onderneming in mindere mate bereid zijn om de eigen voorzieningen te investeren, wanneer zij weet dat haar concurrenten daarvan gemakkelijk kunnen profiteren.¹²

Het toelaten van potentiële concurrenten op de databases van partijen als Facebook en Google is op de korte termijn wellicht aantrekkelijk voor consumenten, omdat toetreders meteen geïndividualiseerde diensten kunnen aanbieden, maar op de lange termijn schadelijk voor de consument, omdat de eigenaren niet meer wensen te investeren in de databases waar hun concurrenten toegang toe hebben en er minder prikkels zijn voor innovatie. Zoals hiervoor al is beschreven, is het verdienmodel van dit soort ondernemingen juist gebaseerd op het aantrekken van adverteerders, die zij met behulp van data-analyse zo dicht mogelijk bij de gewenste doelgroep brengen. Wanneer concurrenten op hun verzoek toegang krijgen tot de database van bijvoorbeeld Facebook of Google, verliezen de laatstgenoemde ondernemingen een deel van hun verdiencapaciteit, waardoor zij mogelijk minder zullen investeren in de kwaliteit van de geleverde dienst of geld in rekening zullen brengen aan hun gebruikers. Een rechter die een oordeel moet vellen over een verzoek tot toegang tot de database van een dominante onderneming op grond van artikel 102 VWEU, dient dan ook een zorgvuldige afweging te maken van de verschillende conflicterende belangen.¹³

Bovendien is in de literatuur ook al gewezen op enkele specifieke problemen die spelen bij het toepassen van de

Specifiek met betrekking tot een eventuele gedwongen overdracht van databases aan concurrenten spelen er evident ook problemen vanuit het oogpunt van gegevensbescherming.

uit het verleden, zoals Facebook en Google, niet noodzakelijkerwijs representatief zijn voor de huidige situatie. In het bijzonder wijzen zij erop dat het belang van (big) data voor het ontwikkelen van nieuwe diensten tegenwoordig wel eens groter zou kunnen zijn dan een aantal jaren geleden.¹⁰ Dit sluit in ieder geval goed aan bij een ontwikkeling die in de praktijk wordt waargenomen, namelijk dat veel online diensten steeds meer op de individuele gebruiker zullen worden afgestemd.¹¹ Neem bijvoorbeeld vergelijkingssites voor hotels. Tegenwoordig krijgt de gebruiker bij een zoekopdracht een grote hoeveelheid hotels, die zijn gerangschikt op basis van prijs, locatie of de beoordeling door andere gebruikers. De verwachting is dat deze resultaten binnen afzienbare tijd veel meer zijn toegesneden op de persoon die de zoekopdracht invoert, op basis van zijn of haar persoonlijke kenmerken en interesses. Hetzelfde geldt voor websites waarop restaurants worden gerecenseerd door gasten. Waar nu nog de meest recente recensies verschijnen bij het invoeren van een zoekopdracht, zullen naar verwachting in de toekomst juist als eerste resultaten de recensies verschijnen die relevant zijn voor de gebruiker, dat wil zeggen recensies van gebruikers met een vergelijkbaar profiel. Om een dergelijke, op de gebruiker toegesneden dienst te kunnen leveren, moeten dit soort

8 *Bundeskartellamt en Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data*, p. 29.

9 G. Manne, B. Sperry, *Debunking the Myth of a Data Barrier to Entry for Online Services*.

10 *Bundeskartellamt en Autorité de la Concurrence, Competition Law and Data*, p. 30.

11 Zo blijkt uit een interview dat de auteurs in het kader van dit artikel hebben afgenomen bij een vooraanstaand Nederlands data-analyse bureau.

12 Zie bijvoorbeeld de conclusie van AG Jacobs bij Zaak C-7/97 *Bronner* (Jurispr. 1998, blz. I 7791), par. 57. En de desinvestering zelf zou dan ook weer misbruik kunnen opleveren, zie bijvoorbeeld: W.W. Geursen, 'Leidt verplichte toegang tot *essential facilities* tot onderinvestering? En de onderinvestering tot misbruik? *Gaz de France onder vuur*', *Actualiteiten Mededingingsrecht*, 2008/5, p. 103.

13 Conclusie van AG Jacobs bij Zaak C-7/97 *Bronner* (Jurispr. 1998, blz. I 7791), par. 57.

essential facilities doctrine op databases.¹⁴ De criteria die zijn ontwikkeld in het *Bronner* arrest¹⁵ en de daaropvolgende arresten *IMS Health*¹⁶ en *Microsoft I*¹⁷ zijn niet eenvoudig toe te passen op deze materie. Voordat wij enkele specifieke complicaties bespreken die spelen bij het toepassen van deze criteria op databases, zetten wij hieronder de criteria op een rij.

- De eigenaar van de database heeft een machtspositie op een aanpalende markt.
- Toegang tot de database moet onontbeerlijk zijn.
- Weigering van toegang leidt tot uitschakeling van de mededinging op de afgeleide markt.
- Er bestaat geen objectieve rechtvaardiging voor de weigering van toegang
- De weigering van toegang staat aanbod van een nieuw product of nieuwe dienst waarvoor een potentiële vraag van de consument bestaat in de weg.¹⁸

De eigenaar van de database heeft een machtspositie op een aanpalende markt

De machtspositie van de eigenaar van de database zou kunnen bestaan op een markt die wordt gevormd door de data zelf. Het zal echter niet gemakkelijk zijn om een dergelijke markt af te bakenen.¹⁹ In haar *Dissenting Statement* in de zaak *Google/DoubleClick* overwoog FTC-Commissaris Pamela Jones Harbour dat het misschien mogelijk is om een markt af te bakenen voor data die wordt gebruikt voor “*behavioral targeting*” ten behoeve van adverteerders.²⁰ Maar zelfs dan blijft de vraag of data verzameld door het gebruik van een zoekmachine tot dezelfde productmarkt behoren als data verworven door het gebruik van social media. En die vraag betreft nog uitsluitend data die wordt gebruikt als input voor de advertentiemarkt. Dezelfde vraag kan spelen aan de zijde van de dienstverlening, dat wil zeggen of data die wordt gebruikt ten behoeve van een zoekmachine tot dezelfde productmarkt behoort als data die wordt gebruikt voor social media.²¹ Het zal dus geenszins gemakkelijk zijn om vast te stellen dat de onderneming die eigenaar is van de database waartoe toegang wordt verzocht een machtspositie heeft op een bepaalde markt die wordt gevormd door die data. Het feit dat er *data brokers* actief zijn die data verkopen, wijst

er overigens wel op dat er (separate) markten voor data bestaan. Een andere mogelijkheid is dat de eigenaar van de database een machtspositie heeft op een andere aanpalende markt. Zo zou bijvoorbeeld Facebook een machtspositie kunnen hebben op een markt voor communicatiediensten of sociale netwerken, waardoor zij in staat is om een grote database aan te leggen. Deze database gebruikt Facebook vervolgens op de markt voor online advertenties om haar diensten te gelde te maken. Indien een concurrent van Facebook op de markt voor online advertenties toegang zou verzoeken tot haar database, dan zou de machtspositie van Facebook op de markt voor communicatiediensten of sociale netwerken wellicht ook kunnen volstaan om te concluderen dat de onderneming een machtspositie heeft, waardoor aan het eerste criterium wordt voldaan.

Onontbeerlijkheid

Ook aan het criterium van onontbeerlijkheid zal niet gemakkelijk kunnen worden voldaan. Uit het *Bronner* arrest volgt dat een product of dienst enkel onontbeerlijk is indien er geen alternatieve producten of diensten voorhanden zijn én er technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het een onderneming onmogelijk of onredelijk moeilijk maken om alternatieve producten of diensten aan te bieden.²² Hiervoor is al gewezen op het oneindige en niet-exclusieve karakter van persoonsgegevens. Gebruikers van diensten kunnen dezelfde persoonsgegevens meerdere keren afgeven. Daarnaast zijn data ook van derde partijen (de reeds genoemde *data brokers*) te verkrijgen. Dit maakt het voor een onderneming lastiger om aan te tonen dat het onmogelijk is om zelfstandig of met behulp van andere partijen toegang te krijgen tot voldoende data. Dit komt overeen met de manier waarop de Europese Commissie heeft geoordeeld over concentraties tussen ondernemingen met grote databases. In de *Google/DoubleClick*²³ zaak wees de Commissie al op de mogelijkheid voor concurrenten van de fuserende partijen om data van derden te betrekken.²⁴ Het is overigens niet uit te sluiten dat de kosten van reproductie van de database op zich al een onoverkomelijke hindernis kunnen vormen. Maar hiervan is pas sprake wanneer de kosten dermate hoog zijn dat zij elke verstandige ondernemer ervan weerhouden hiertoe over te gaan. Het vereiste van onontbeerlijkheid zal onzes inziens daarom vaak een (te) hoge drempel vormen voor ondernemingen die toegang tot de database van een andere onderneming proberen af te dwingen.

Uitschakeling van de mededinging op een afgeleide markt

Ook het criterium dat weigering van toegang tot een database tot een uitschakeling van alle mededinging op de afgeleide markt leidt kan nog een aanzienlijke hindernis vormen. In de literatuur is al vaker gewezen op de

14 D. Geradin, M. Kuschewsky 'Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue', 12 februari 2013, p. 14.

15 Zaak C-7/97, *Bronner* (Jurispr. 1998blz. I 7791).

16 Zaak C-418/01, *IMS Health* (Jurispr. 2004, blz. I-5039).

17 Zaak T-201/04, *Microsoft I* (Jurispr. 2007, blz. II-3601).

18 Met betrekking tot dit laatstgenoemde criterium merken wij op dat dit mogelijk alleen van toepassing is op databases waarop een intellectueel eigendomsrecht rust. Wij laten dit criterium daarom verder buiten beschouwing.

19 D. Geradin, M. Kuschewsky 'Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue', 12 februari 2013, p. 14.

20 Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour in the matter of *Google/DoubleClick* (F.T.C. File No. 071-0170), 20 december 2007, p. 9.

21 D. Geradin, M. Kuschewsky 'Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue', 12 februari 2013, p. 14.

22 Zaak C-7/97 *Bronner* (Jurispr. 1998, blz. I 7791, r.o. 44 - 45).

23 Zie ook de beschikking van de Europese Commissie in *Google/DoubleClick*, Zaak COMP/M.4731.

24 Beschikking van de Europese Commissie in *Google/DoubleClick*, Zaak COMP/M.4731, par. 365.

samenhang tussen dit criterium en het criterium van onontbeerlijkheid. Immers, indien toegang tot een database niet onontbeerlijk is voor de verzoekende partij, kan het weigeren van toegang tot die database ook niet tot een uitschakeling van alle mededinging op de afgeleide markt leiden.²⁵ Het oneindige en niet-limitatieve karakter zou dus ook hier voor moeilijkheden zorgen. Daarnaast merken het *Bundeskartellamt* en de *Autorité de la Concurrence*

Ondanks dat de toegang tot data in toenemende mate een *toetredingsbarrière* kan vormen, zal het afdwingen van toegang tot databases van ondernemingen op grond van artikel 102 VWEU zeer moeilijk zijn.

in hun gezamenlijke onderzoek op dat het feit een dienst gratis, althans zonder dat er een geldelijke vergoeding tegenover staat, wordt aangeboden de vraag oproept of er überhaupt een markt kan worden afgebakend, ondanks dat door de aanbieders op andere aspecten dan op prijs wordt geconcurrereerd.²⁶ Wanneer de afgeleide markt een onlinemarkt is, zou dat nog een bijkomende complicatie kunnen opleveren. Wij zijn echter van mening dat deze redenering van het *Bundeskartellamt* en de *Autorité de la Concurrence* niet per se opgaat voor diensten die gratis aan de consument worden aangeboden. In de *Facebook/WhatsApp*²⁷ en *Microsoft/Skype*²⁸ zaken stond het feit dat gebruikers niet betalen voor de diensten in kwestie er niet aan in de weg dat door de Commissie een markt werd afgebakend voor deze diensten.

Er bestaat geen objectieve rechtvaardiging voor weigering Zelfs indien aan de voorgaande criteria zou zijn voldaan, dan kan er alsnog een objectieve rechtvaardiging bestaan om concurrenten de toegang tot een database te ontzeggen. In dit kader kan de privacy-wetgeving in het bijzonder van belang zijn. Zoals hierna zal blijken, kunnen privacy redenen een objectieve grond vormen om toegang tot een database te weigeren.

Hoewel het theoretisch mogelijk zou moeten zijn om op grond van artikel 102 VWEU toegang af te dwingen tot de database van een dominante onderneming, zal dit geenszins een eenvoudige opgave zijn. De standaard test uit de rechtspraak is al zeer strikt en de bijzondere kenmerken van online markten en databases met persoonsgegevens werpen extra moeilijkheden op.

Privacy

Het wettelijk kader rondom privacy wordt in Nederland gevormd door de Wet bescherming persoonsgegevens (*Wbp*). Deze wet implementeert de Europese richtlijn 95/46/EG.²⁹ Recentelijk, op 14 april jl., is de nieuwe Europese Privacyverordening aangenomen.³⁰ Deze verordening, ook wel de Algemene Verordening Gegevensbescherming (*AVG*), is vanaf 25 mei 2018 rechtstreeks van toepassing in alle lidstaten en vervangt daarmee vanaf dat moment de *Wbp*. Daarnaast volgt uit artikel 8 van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie expliciet een recht op bescherming van persoonsgegevens.

Dit privacy kader is in veel gevallen van toepassing op big data, nu er daarbij doorgaans sprake is van persoonsgegevens. Hoewel de data-analyse in beginsel kan worden toegepast op datasets waarin geen direct herleidbare persoonsgegevens zijn opgenomen, is het voor conclusies en toepassingen veelal nodig dat de gegevens herleidbaar zijn. Zo zal voor het analyseren van het surfgedrag van bepaalde groepen nodig zijn dat steeds kan worden geverifieerd dat dezelfde personen worden gevolgd om betrouwbare conclusies te kunnen trekken. In de praktijk kan dan ook sprake zijn van het hanteren van een soort *identifier* waarmee de gegevens-set aan een bepaald persoon kan worden gekoppeld. Deze koppeling maakt doorgaans dat de gegevens herleidbaar zijn tot een bepaald persoon en daarmee is voldaan aan de definitie van persoonsgegevens (*i.e.* elk gegeven betreffende een geïdentificeerde of identificeerbaar natuurlijke persoon). Daarnaast zal ook vaak door het combineren van twee of meerdere niet direct herleidbare gegevens, sprake zijn van mogelijke identificatie van een persoon. Zo zal bij een medische dataset waarin gegevens als leeftijd, woonplaats, geslacht en beroep zijn opgenomen niet direct sprake zijn van herleidbare gegevens. Als de combinatie echter leidt tot een 37-jarige, mannelijke psycholoog uit Lutjebroek, dan is de kans groot dat deze persoon toch geïdentificeerd kan worden. Ook in gevallen waarin data-analyse wordt toegepast op individueel niveau (bijvoorbeeld door het tonen van gerichte aanbiedingen op basis van verkregen inzicht in koop en/of surfgedrag) zal snel sprake zijn van persoonsgegevens.

In zijn algemeenheid geldt dat veel big data toepassingen zich slecht verdragen met de uitgangspunten van de *Wbp*. Een evidente onverenigbaarheid zit in het feit dat een uitgangspunt van de *Wbp* en van de onderliggende Europese regelgeving dataminimalisatie is, terwijl big data toepassingen – de naam suggereert al zoveel – gericht zijn op datamaximalisatie. Big data toepassingen zijn gebaat bij

25 D. Geradin, M.Kuschewsky, *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, 12 februari 2013, p. 15 en S. Evrard, 'Essential Facilities in the European Union: Bronner and Beyond', 10 *Columbia Journal of European Law* [2004], p. 17.

26 *Bundeskartellamt* en *Autorité de la Concurrence*, *Competition Law and Data*, p. 27.

27 Beschikking van de Commissie in *Facebook/WhatsApp*, Zaak COMP/M.7217.

28 Beschikking van de Commissie in *Microsoft/Skype*, Zaak COMP/M.6261.

29 Richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (Pb 1995, L281/31).

30 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) (Pb 2016, L119/1).

zo groot mogelijke hoeveelheden data. Uitgangspunt van de wetgever is nu echter dat het verzamelen van data moet worden beperkt. Dit komt onder meer tot uiting in één van de basisbeginselen van de Wbp, de doelbinding. Op grond van artikel 7 Wbp mogen geen gegevens worden verzameld zonder een precieze doelomschrijving. Dit betekent dat al bij het verzamelen van de gegevens in beginsel duidelijk moet zijn – ook voor de persoon wiens gegevens het betreft – waar de gegevens voor worden gebruikt. Verwerken van de gegevens mag vervolgens alleen voor die doeleinden en voor zover daarvoor een rechtmatige grondslag bestaat ex artikel 8 Wbp. Eventuele verdere verwerking van de gegevens is aan regels gebonden en dient op grond van artikel 9 Wbp verenigbaar te zijn met de doeleinden waarvoor de gegevens zijn verkregen.

Deze systematiek kan niet goed worden toegepast op big data. Bij big data worden de toepassingen – en daarmee de doeleinden – doorgaans pas na het verzamelen van de data uitgewerkt. De waarde van big data ligt met name in het zogeheten secundaire gebruik van de data. Het gaat daarbij om het vinden van (wellicht onverwachte) verbanden en toepassingen. Big data toepassingen passen naar hun aard dus al slecht binnen het huidige wettelijke kader. Dit geldt ook voor andere technologische ontwikkelingen op dit gebied, zoals de steeds verder toenemende stroom data gekoppeld aan het *Internet of Things*.³¹ De Europese en nationale wetgever lijken maar weinig oog te hebben voor deze ontwikkelingen en de voordelen die hiermee kunnen worden gerealiseerd. Ook in de nieuwe AVG die in mei 2018 in werking treedt, is de kans namelijk niet aangegrepen om met de tijd mee te gaan en een kader te bieden voor toepassingen als big data. Doelbinding blijft het uitgangspunt. De gedachte lijkt te zijn dat er binnen de geldende kaders voldoende ruimte is. De Europese Artikel 29 Werkgroep – het onafhankelijke advies- en overlegorgaan van de Europese privacytoezichthouders – heeft zich ook al meermaals op het standpunt gesteld dat het regelgevende kader met het uitgangspunt van de doelbinding ook kan worden toegepast op big data.³² Met de nadruk die binnen de Europese regelgeving nog altijd wordt gelegd op de beperking van de verzameling van gegevens wordt de weg echter bij voorbaat afgesloten voor veelbelovende toepassingen. Een route waarbij een toetsing plaatsvindt ná de verzameling van gegevens (te denken valt aan maatregelen gericht op het voorkomen en tegengaan van onjuist gebruik van gegevens) past vele malen beter in het huidige tijdperk en bij de technologische mogelijkheden die er nu bestaan om met data toepassingen toegevoegde

waarde te creëren. Het lijkt dan ook hoog tijd dat de (Europese) wetgever zich gaat buigen over het benutten van het potentieel van – onder meer – big data op een wijze waarop ook de privacy in een passende mate kan worden geborgd. Wat dat betreft kan een voorbeeld worden genomen aan de Verenigde Staten, waar de discussie over hoe het potentieel van big data kan worden benut al jaren constructief en op een hoog niveau wordt gevoerd.³³ Specifiek met betrekking tot een eventuele gedwongen overdracht van databases aan concurrenten spelen er evident ook problemen vanuit het oogpunt van gegevensbescherming. Concurrentiebelangen van marktpartijen kunnen uiteraard niet zomaar de privacybelangen opzij schuiven van de personen wiens gegevens zouden worden doorgegeven.

Hoewel het theoretisch mogelijk zou moeten zijn om op grond van artikel 102 VWEU toegang af te dwingen tot de database van een dominante onderneming, zal dit geenszins een eenvoudige opgave zijn. De standaard test uit de rechtspraak is al zeer strikt en de bijzondere kenmerken van online markten werpen extra moeilijkheden op.

Doorgifte van de gegevens aan derden verdraagt zich in beginsel niet met de zorgvuldigheidsplicht van artikel 6 Wbp, de doelbinding van artikel 7 Wbp en de verwerkingseisen van artikel 8 Wbp, tenzij al bij het verkrijgen van de gegevens om toestemming is gevraagd om deze gegevens met (bepaalde) derden te delen.³⁴ Als toestemming ontbreekt, biedt artikel 8, sub c Wbp een mogelijkheid voor gegevensverwerking die noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen. In deze bepaling kan mogelijk een rechtvaardiging worden gevonden voor de oorspronkelijke verkrijger van de data voor doorgifte van een dataset aan een concurrent, wanneer deze doorgifte op grond van artikel 102 VWEU verplicht wordt gesteld.

Vervolgens spelen er echter ook nog enkele complicerende factoren voor de verkrijgende partij. Deze zal bij het verkrijgen zelf als verantwoordelijke in de zin van de Wbp kwalificeren en moeten voldoen aan alle wettelijke vereisten, waaronder de doelbinding en de grondslag voor gegevensverwerkingen. De grondslagen zijn limitatief opgenomen in artikel 8 Wbp. Wanneer natuurlijke personen hun gegevens

31 Het gaat daarbij om apparaten die via een sensor informatie verzamelen en vervolgens zelfstandig via netwerken kunnen communiceren. Voorbeelden zijn sporthorloges die data over trainingen naar websites sturen waarop sporters hun voortgang kunnen volgen, slimme meters en domotica systemen.

32 Zie onder meer WP 203, 'Opinion 03/2013 on purpose limitation', p. 35 en WP 221, 'Statement of the WP29 on the impact of the development of big data on the protection of individuals with regard to the processing of their personal data in the EU'. Te vinden op http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm#maincontentSec5.

33 Zie onder meer de rapporten van de Executive Office of the President 'Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values', van mei 2014 en 'Big Data: A Report on Algorithmic Systems, Opportunity, and Civil Rights', van mei 2016, te vinden via <https://www.whitehouse.gov/>.

34 Veel bedrijven hanteren een zogenoemde 'opt-in' wanneer zij gegevens verkrijgen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een vinkje waarmee je toestemming geeft dat jouw gegevens met "geselecteerde partners" worden gedeeld of het akkoord gaan met de algemene voorwaarden bij het doen van online aankopen. Databrokers handelen in data die zij op deze wijze en uit openbare bronnen (zoals het Kadaster, het Centraal Bureau voor de Statistiek en de Kamer van Koophandel, maar bijvoorbeeld ook LinkedIn profielen of bedrijfswebsites) hebben verkregen.

afstaan aan de oorspronkelijke verzamelaar van die gegevens is doorgaans sprake van verwerking in het kader van de uitvoering van een overeenkomst (sub b) of met ondubbelzinnige toestemming (sub a). Deze grondslagen liggen niet voor de hand als de dataset wordt overgedragen aan een derde partij, zonder dat de betrokkene daar weet van heeft. De verkrijgende concurrerende marktpartij zal dan bijvoorbeeld alle betrokkenen om ondubbelzinnige toestemming moeten vragen om tot verwerking van hun gegevens over te kunnen gaan. Dit lijkt niet erg realistisch. Evenmin erg praktisch is het vereiste dat doel, verwerking en identiteit van de verwerker duidelijk moeten zijn bij de betrokkenen. De derde partij zal zich dus bij alle betrokkenen moeten melden. Aldus kleven er ook praktische haken en ogen aan een gedwongen overdracht van een database aan een concurrent.³⁵

Werkgroep heeft zich hierover ook (nog) niet uitgelaten. In 2014 heeft de Werkgroep wel een *statement* uitgebracht over big data³⁶, waarin ook de mededinging aan de orde kwam. De Werkgroep ziet in dit *statement* juist in het voldoen aan de (huidige) wettelijke kaders een waarborg dat er geen oneigenlijk voordeel bestaat voor ondernemingen die al over een dataset beschikken:

"In fact, the Working Party strongly believes that complying with this framework [Richtlijn 95/46] is a key element in creating and keeping the trust which any stakeholder needs in order to develop a stable business model that is based on the processing of such data. It also believes that compliance with this framework and investment in privacy-friendly

solutions is essential to ensure fair and effective competition between economic players on the relevant markets. In particular, upholding the purpose limitation principle is essential to ensure that companies which have built monopolies or dominant positions before the development of big data technologies hold no undue advantage over newcomers to these markets".³⁷

Conclusie

Big data zijn in toenemende mate van belang voor ondernemingen die online diensten aanbieden. Ondanks het feit dat persoonsgegevens oneindig en non-exclusief zijn, kan voor sommige markten data een *barrier to entry* vormen, vanwege de grote hoeveelheid en variatie aan gegevens die nodig zijn om de betreffende dienst aan te bieden. Voor een onderneming die zich geconfronteerd ziet met een dergelijke data *barrier to entry* zal het echter haast onmogelijk zijn om toegang af te dwingen tot de database van een concurrent. Hieraan liggen niet alleen mededingingsrechtelijke redenen ten grondslag, maar ook privacy redenen. Ondernemingen zullen dan ook moeten inzetten op het creëren van een eigen database om hun online diensten in concurrentie te kunnen aanbieden.

Over de auteurs

Mattijs Baneke en Stephanie Dielemans zijn beiden advocaat bij Stek Law te Amsterdam.

35 In de praktijk heeft een gedwongen overdracht van databases door een partij met een machtspositie zich nog niet voorgedaan en de wetgever of de Artikel 29

36 Zie voetnoot 26.

37 Dit lijkt er dan ook geenszins op te duiden dat de privacytoezichthouders de overdracht van gehele databases aan concurrenten gerechtvaardigd zullen achten.