

Een algemene verplichting tot datadeling is niet wenselijk

Het verzamelen en gebruiken van data is voor veel bedrijven steeds belangrijker geworden. Een datavoorsprong kan immers tot marktmacht leiden. Zou men bedrijven daarom moeten verplichten om hun data te delen, en wat zou dat voor effect hebben op innovatie?

FRECK BRUGGERT

Werkzaam bij de
Autoriteit Con-
sument & Markt
(ACM)

JAN TICHEM

Werkzaam bij de
ACM

Bedrijfsmodellen die uitgaan van het bezit en verwerken van data worden steeds belangrijker. In sommige sectoren zijn data zo belangrijk dat het bezit van een grote hoeveelheid ervan een concurrentievoordeel oplevert. Hierdoor kan er marktmacht ontstaan. Inmiddels gaan er dan ook stemmen op om bedrijven te verplichten hun data onderling te delen. Denk bijvoorbeeld aan het uitwisselen van *search logs* tussen zoekmachines.

Voorstanders van verplichte datadeling vinden we onder academici (Stucke en Grunes, 2016; Prüfer en Schottmüller, 2016) en beleidsmakers (Camps, 2018). Recent heeft ook de voorzitter van de Oostenrijkse mededingingsautoriteit zich uitgesproken voor een verplichte datadeling tussen bedrijven (MLex, 2018). Zij allen zien vooral voordelen op het gebied van innovatie.

In dit artikel houden we het voordeel van verplichte datadeling voor innovatie tegen het licht. We gaan na hoe reëel dit voordeel is en langs welke weg een verplichting tot datadeling, indien wenselijk, het best opgelegd kan worden. Moet er bijvoorbeeld regulering komen, of volstaat de huidige Mededingingswet?

Hierbij laten we het effect van verplichte datadeling op statische efficiëntie buiten beschouwing. Voor zover datadeling marktmacht wegneemt, verbetert dit vermoedelijk de statische efficiëntie. De reden dat we dit effect negeren, is dat de voordelen hiervan beperkt zijn in vergelijking met de voordelen van meer innovatie. Er is onder economen consensus dat de effecten van innovaties belangrijker zijn

voor economische groei dan het tegengaan van *deadweight losses* (Wu, 2012).

Onze focus impliceert verder dat we een aantal relevante aspecten aan datadeling onbesproken laten. Ten eerste zetten Europese overheden met het recht op dataportabiliteit in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) een stap in de richting van datadeling tussen bedrijven. Naast privacybescherming is het idee hierachter dat dataportabiliteit concurrentie en de ontwikkeling van nieuwe diensten stimuleert (AP, 2018). Het recht op dataportabiliteit in de AVG wijkt echter af van wat wij verstaan onder verplichte datadeling tussen bedrijven, omdat het hierbij gaat om individuele gebruikers die data over zichzelf overhevelen naar een andere onderneming, en dus niet over het uitwisselen van complete datasets tussen bedrijven. Ten tweede merkt Camps (2018) terecht op dat aan datadeling privacybezwaren kunnen kleven, en hij noemt hiervoor een aantal mogelijke oplossingen. Ten derde kan datadeling effect hebben op publieke doelen, zoals de ontwikkeling van wetenschappelijke kennis.

DATADELING

Voorstanders van verplichte datadeling gebruiken over het algemeen twee argumenten: het delen van meer data leidt tot meer innovatie, en het bezit van grote hoeveelheden data kan tot marktmacht leiden. Hieronder houden we deze argumenten tegen het licht.

Innovatie

Het eerste is dat de door een bedrijf verzamelde data mogelijkheden bieden tot innovatie, ofwel de data vormen input in het innovatieproces. Data hebben een niet-rivaliserend karakter, zodat het gegevensgebruik door partij A geen afbreuk doet aan de mogelijkheden voor partij B om die data ook te gebruiken. Een bredere spreiding van data stelt dus meerdere partijen in staat om op basis van die data waardevolle toepassingen te ontwikkelen.

Het enkele feit dat data niet-rivaliserend zijn, is echter ontoereikend om bedrijven tot datadeling te verplichten. Innovatieprikkel worden primair bepaald door de mate waarin het innoverende bedrijf de vruchten van de innovatie kan plukken. Daarvoor is het weer bepalend in hoeverre de toepassing, en niet de data, een exclusief karakter heeft. Bij een toepassing kan bijvoorbeeld gedacht worden aan apps, een zoekmachine of aan kennis. Als iedereen de toepassing zomaar kan gebruiken is het moeilijk deze te gelde te maken, wat de innovatieprikkels beperkt. Voor dit probleem bestaan al oplossingen, zoals het octrooirecht of publieke financiering van onderzoek. Als de toepassing wel te gelde gemaakt kan worden, is er in beginsel ook een prikkel om te innoveren. Voorstanders van verplichte datadeling zien ook over het hoofd dat derden met een goed idee toegang tot data kunnen kopen of een coproductie kunnen starten. Ondernemingen die over data beschikken, profiteren mee van dergelijke initiatieven tot waardecreatie en innovatie.

Kortom, in gevallen waar data een input zijn voor innovatie, ligt vrijwillige datadeling voor de hand en is een verplichting overbodig. En bij vrijwillige datadeling kan de overheid overigens wel een nuttige rol spelen, bijvoorbeeld door het wegnemen van wettelijke beperkingen of onduidelijkheden (ACM, 2018).

Marktmacht

Vrijwillige datadeling is niet altijd realistisch. Het tweede argument dat voorstanders van verplichte datadeling gebruiken, is dat een onderneming een prikkel kan hebben om datadeling te weigeren als het databezit de (belangrijkste) bron van de marktmacht is. Want het delen van data kan die machtspositie immers aantasten.

Het is niet duidelijk hoe vaak het scenario voorkomt waarin ondernemingen vanwege data dominant zijn, maar het is wel nodig dat de relevante data een exclusief karakter hebben en een belangrijke rol spelen in het concurrentieproces. Dit is niet altijd het geval, bijvoorbeeld omdat data doorgaans gekarakteriseerd worden door afnemende meeropbrengsten. Bovendien blijkt uit de praktijk dat ook niet op data gebaseerde ondernemingen competitief kunnen zijn. Lambrecht en Tucker (2017) noemen onder andere WhatsApp als een succesvolle data-arme concurrent van data-intensieve ondernemingen als Skype en Facebook. In de markt voor online-advertentieruimte kwam de ACM ook tot de conclusie dat het bezit van een grote hoeveelheid data geen marktmacht impliceert (ACM, 2017). De markt voor zoekmachines is een meer aannemelijke kandidaat voor datagestuurde marktmacht.

Een dergelijke marktmacht kan bovendien schadelijk zijn voor innovatie (Prüfer en Schottmüller, 2016; Graef en Prüfer, in deze *ESB*). De gedachte is dat een dominante onderneming niet meer hoeft te investeren in kwaliteit omdat zij een niet meer in te halen voorsprong heeft op concurrenten. Dit is echter niet evident, en wel om een aantal redenen. Ook gevestigde data-intensieve ondernemingen blijven uitgedaagd worden door toetreders. Zie bijvoorbeeld de recente poging van Instagram (een dochter van Facebook) om de positie van YouTube (een dochter van Google) te proberen te ondergraven (Financial Times,

2018). Verder valt op dat grote technologiebedrijven die veel data verzamelen en gebruiken, tot de meest innovatieve ondernemingen behoren. Vaak richt die innovatie zich niet alleen op de bestaande markt (zoals zoekmachines of Google), maar ook op disruptieve technologieën zoals kunstmatige intelligentie (Petit, 2016).

In onze optiek is de stelling te eenzijdig dat er tussen innovatie en marktmacht een een-op-een-verband zou zijn. Er is hierover al decennialang een debat gaande in de economische literatuur, dat terug is te voeren op de hypothesen van Schumpeter en Arrow. In de schumpeteriaanse visie wordt innovatie juist gestimuleerd door een zekere mate van marktmacht. Marktmacht biedt mogelijkheden om schaalvoordeel bij de toepassing van innovaties te exploiteren, om risico's op te vangen, en om zelf geld in te leggen waardoor (aanvullende) financiering goedkoper wordt. Arrow postuleert het omgekeerde: een monopolist heeft minder prikkels om te innoveren, omdat de innovatie de bestaande stroom van monopoliewinsten vervangt. De monopolist wint daarom slechts het increment aan winst door te innoveren. Een onderneming die concurrentie ondervindt, kan door innovatie juist aan de concurrentie ontsnappen en wint daarmee de volledige waarde van de innovatie.

Het economische debat heeft geleid tot diverse pogingen tot synthese, maar voorsnog is er geen algemeen geldend antwoord op de vraag welk perspectief superieur is. Het heeft er veel van weg dat er pas na bestudering van een specifiek geval kan worden bepaald in hoeverre marktmacht de innovatie stimuleert of juist remt (Gilbert, 2006). De implicatie hiervan is dat verplichte datadeling innovatie tevens kan belemmeren. Kortom, ook in gevallen van datagestuurde marktmacht is het effect van verplichte datadeling op innovatie onzeker en zal dat per geval verschillen.

REGULEREN OF DE MEDEDINGINGSWET

Door de overheid verplichte datadeling is alleen in specifieke gevallen wenselijk en kan op twee manieren afgedwongen worden: door regulering en door mededinging.

Regulering

Niet in alle sectoren is datagestuurde marktmacht een reëel scenario en de relatie tussen marktmacht en innovatie verschilt per geval. Dit betekent dat regulering, opgevat als algemeen geldende verplichting tot datadeling, ongewenst is. Er is echter een nauwere interpretatie mogelijk van 'regulering', namelijk sectorspecifieke regulering zoals die bestaat in telecommarkten en energiemarkten. Aanhakend bij het eerder gebruikte voorbeeld van zoekmachines zou dit inhouden dat er specifiek voor de zoekmachinemarkt een plicht tot datadeling wordt ingevoerd.

Regulering gebeurt, in tegenstelling tot interventies op grond van het mededingingsrecht, vooraf. Daardoor heeft regulering in beginsel het voordeel van tijdig ingrijpen, want voorkomen is immers beter dan genezen. Mits goed geformuleerd, heeft een wettelijke regeling het voordeel van eenduidigheid en helderheid. Bedrijven weten vooraf waar ze aan toe zijn en kunnen daarnaar handelen. Een heldere regel is daardoor kosten- en tijdseffectief, zeker in vergelijking met de soms langdurige juridische trajecten in het mededingingsrecht.

In de context van datagestuurde marktmacht zijn deze voordelen echter verwaarloosbaar. Om dit voordeel te realiseren zou de overheid ‘de geboorte’ van een nieuwe sector moeten kunnen vaststellen, en deze dan direct de sectorspecifieke verplichting tot datadeling opleggen. Het lijkt echter ondoenlijk om te voorspellen of in een nieuwe sector gedwongen datadeling wenselijk is. Dit betekent dat de vraag of de overheid datadeling moet verplichten pas relevant wordt nadat er datagestuurde marktmacht is ontstaan. Het verschil tussen regulering en het mededingingsrecht is hiermee marginaal geworden: beide zijn ex post instrumenten die ingezet kunnen worden om onwenselijke marktmacht het hoofd te bieden.

Mededingingsrecht

Dat maakt dat er geen reden is om sectorspecifieke regulering te introduceren bovenop het bestaande instrument van de Mededingingswet. Het verplichten van datadeling vereist een zorgvuldige afweging van voor- en nadelen wat betreft innovatie. Dit is precies wat het mededingingsrecht vraagt van de toezichthouder, die tegen redelijke voorwaarden datadeling kan verplichten (Baneke en Dielemans, 2016). Hierbij kunnen wij ons voorstellen dat de partij die toegang krijgt tot de data van de dominante onderneming, ook toegang moet geven tot zijn eigen data aan die dominante partij. Zo wordt er voorkomen dat de toegang vragende partij een datavoorsprong heeft.

De bewijslat voor datadeling op grond van de Mededingingswet ligt tamelijk hoog. Verplichte datadeling opleggen kan alleen als de data onmisbaar zijn voor de concurrentie en als het aannemelijk is dat datadeling tot meer innovatie leidt. In een oudere Nederlandse zaak (zaak 1 van de voormalige NMa) vereiste het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) dat datadeling moest leiden tot een ‘nieuw product’. Deze zaak draaide om het verstrekken van programmeergegevens van de publieke omroep ten behoeve van een alternatieve televisiegids van *De Telegraaf* (CBB, 2004). Deze hoge bewijslat sluit aan bij de gepaste voorzichtigheid bij een ex post ingrijpen. Het is namelijk lang niet zeker dat data tot marktmacht leiden en dat verplichte datadeling in alle gevallen tot meer innovatie leidt.

TOT SLOT

Verplichte datadeling omwille van de innovatie is geen *no-regret*-optie. Datadeling kan innovatie niet alleen stimuleren maar ook schaden, en bovendien is het moeilijk om vooraf te voorspellen in welke gevallen datadeling zinvol is. Verplichte datadeling in specifieke gevallen via de Mededingingswet lijkt daarom afdoende.

De Europese Commissie heeft onlangs de overname van Monsanto door Bayer op de gevolgen voor innovatieconcurrentie beoordeeld, en mede op basis daarvan remedies afgedwongen. Innovatie krijgt steeds meer een centrale plek in het mededingingsrecht, en het afwegingskader kent de hiervoor benodigde flexibiliteit. Veel van de gebruikte instrumenten, bijvoorbeeld marktafbakening, vinden tegelijkertijd hun oorsprong in de statische prijstheorie. Vooral in zaken met partijen uit de digitale economie voorzien we interessante discussies. Overtuigende inzichten uit de economische wetenschap zullen hun plek zeker weten te vinden.

LITERATUUR

- ACM (2017) *Online videoplatforms onder de loep*. Autoriteit Consument & Markt.
- ACM (2018) *Het Signaal 2018*. Autoriteit Consument & Markt.
- AP (2018) *Richtlijnen inzake het recht op gegevensoverdraagbaarheid*. Groep gegevensbescherming, artikel 29. Te vinden op autoriteit-persoonsgegevens.nl.
- Baneke, M.R. en S.M. Dielemans (2016) Toegang tot big data van de concurrent op basis van art. 102 VWEU? *Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk*, 4, 24–30. Artikel te vinden op stek.com.
- Camps, M. (2018) Scherp zijn bij vervagende grenzen. *ESB*, 103(4757), 6–9.
- Financial Times (2018) Instagram targets YouTube with standalone video app. *Financial Times*, 20 juni. Artikel te vinden op ft.com.
- CBB (2004) Nr. 40 College van Beroep voor het bedrijfsleven 15 juli 2004, NOS vs. NMa; nt. R. Mahler. *Mediaforum*, 2004/10.
- Gilbert, R.J. (2006) Looking for Mr. Schumpeter: where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy*, 6, 159–215.
- Lambrecht, A. en C.E. Tucker (2017) *Can big data protect a firm from competition?* CPI Antitrust Chronicle, januari. Publicatie te vinden op www.competitionpolicyinternational.com.
- MLex (2018) *Internet giants should have to share data to help smaller rivals, Austrian Regulator says*. Artikel op [MLex.com](http://mlex.com), 12 juni 2018.
- Petit, N. (2016) *Technology giants, the moligopoly hypothesis and holistic competition: a primer*. Paper te vinden op papers.ssrn.com.
- Prüfer, J. en C. Schottmüller (2017) *Competing with big data*. Center Discussion Paper, 2017-007.
- Stucke, M. en A.P. Grunes (2016) *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press.
- Tichem, J. (2017) *Verplichte datadeling door Google en Facebook is geen goed idee*. Blog te vinden op esb.nu, 26 april.
- Wu, T. (2012) Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, 78(2), 313–328.

In het kort

- ▶ De relatie tussen marktmacht en innovatie verschilt per geval.
- ▶ Verplichte datadeling kan in specifieke gevallen innovatie stimuleren.
- ▶ In dat geval kan datadeling op grond van de Mededingingswet worden verplicht.