

Udnyttende misbrug af forbrugere i dataøkonomien – Når privatlivsbetingelser antager form som urimelige forretningsbetingelser

Exploitative Abuse of Consumers in the Data Economy – When Privacy Policies Become Unfair Contractual Conditions

af MIKKEL BONDE FANØ

Formålet med nærværende speciale er at vurdere, om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, som ensidigt implementeres med henblik på omfattende indsamling og behandling af forbrugeres personlige data, kan antages at udgøre et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere i strid med TEUF art. 102, litra a.

Som grundlag for besvarelsen af denne problemstilling foretages en redegørelse for og analyse af den konkurrenceretlige og dataøkonomiske kontekst, hvori denne indgår, samt en analyse af afledte problemstillinger, som udgør nødvendige forudsætninger for dens besvarelse. På denne samlede baggrund konkluderes det, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser afhængig af en samlet konkret vurdering af den faktiske, juridiske og økonomiske sammenhæng, hvori betingelserne indgår, i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis i vidt omfang kan antages at udgøre urimelige forretningsbetingelser i strid med TEUF art. 102, litra a. Det konkluderes videre, at sådanne privatlivsbetingelser med størst sandsynlighed vil blive anset som urimelige forretningsbetingelser, når disse er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugere. I de senere år ses databeskyttelsesretlige betragtninger inddraget af nationale konkurrencemyndigheder i den interesseafvejning, der er iboende i denne uforholdsmæssighedsvurdering. Dette synes imidlertid svært forenelig med foreliggende EU-retspraksis. Det konkluderes derfor, at en strengt konkurrenceretlig interesseafvejning i stedet bør anvendes, hvor det indgår med anseelig vægt, hvorvidt privatlivsbetingelserne er udtryk for et betydeligt misforhold mellem varetagelsen af forbrugerinteresser – navnlig interessen i at bevare en vis kontrol over egne personlige data – og den dominerende onlineplatforms erhvervsmæssige interesser – navnlig interessen i at kunne indsamle og behandle forbrugeres data i et vist omfang, idet dette er afgørende for profitabiliteten af en datadreven forretningsmodel.

Indholdsfortegnelse

Abstract	3
1. Introduktion	4
1.1 Indledning	4
1.2 Problemformulering	5
1.3 Afgrænsning	5
1.4 Metode	5
2. Problemstillingen i retlig og dataøkonomisk kontekst	6
2.1 Misbrug af dominerende stilling og urimelige forretningsbetingelser	6
2.1.1 Virksomhedsbegrebet	6
2.1.2 Dominansbegrebet	7
2.1.3 Misbrugsbegrebet	8

2.1.4 Urimelige forretningsbetingelser	9
2.2 Privatlivsbetingelser som forretningsbetingelser i dataøkonomisk kontekst.....	10
2.2.1 Personlige data på digitale markeder	10
2.2.2 Forretningsmodeller og privatlivsbetingelser på digitale markeder	13
3. Privatlivsbetingelser som udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser i dataøkonomien	14
3.1 Udgangspunktet for vurderingen af privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser	16
3.1.1 Urimelige forretningsbetingelser	16
3.1.2 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser	18
3.1.3 Sammenfatning	22
3.2 Urimelige forretnings- samt privatlivsbetingelser påtvunget forbrugere	22
3.2.1 Urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere	23
3.2.2 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere	24
3.2.3 Delkonklusion.....	26
3.3 Markedsstyrke og ensidigt påtvungne forretnings- samt privatlivsbetingelser	27
3.3.1 Markedsstyrke og ensidigt påtvungne privatlivsbetingelser på digitale markeder	28
3.3.2 Delkonklusion.....	30
3.4 Samlet vurdering af privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser	30
3.4.1 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser der faciliterer andre former for misbrug	31
3.4.2 Privatlivsbetingelser som for vidtgående urimelige forretningsbetingelser	32
3.4.3 Privatlivsbetingelser som uforholdsmæssigt byrdefulde urimelige forretningsbetingelser	33
3.4.4 Delkonklusion.....	36
4. Konklusion og perspektivering.....	37
Litteraturliste	41
Lovgivning	41
Domme	41
Administrativ praksis.....	42
Kommissionsmeddelelser og arbejdsdokumenter	42
Publikationer.....	43

Abstract

This thesis concerns a way in which dominant online platforms might possibly exploit consumers in the data economy. In particular, the thesis discusses whether and to what extent privacy policies unilaterally imposed by dominant online platforms onto consumers for the purpose of collecting and processing their personal data can constitute an exploitative abuse consisting of unfair contractual conditions contrary to Art. 102(a) TFEU.

Firstly, as a necessary prerequisite the thesis discusses whether Art. 102(a) TFEU is applicable when unfair contractual conditions are imposed onto final consumers rather than industrial trading partners. With reservations to the fact that this has not been affirmed by the European Court of Justice, it concludes that nothing presumably hinders such an application of the provision. Furthermore, it concludes that circumstances on digital markets suggest that this application of the provision is particularly relevant where potentially unfair privacy policies are imposed onto consumers by dominant online platforms.

Secondly, the thesis observes that the Court oftentimes seems to reserve the sanctioning of unfair contractual conditions for cases where these are imposed by companies holding a super-dominant position. In this respect, it concludes that certain online platforms such as Google and Facebook indeed do hold such a super-dominant position on certain digital markets. Thus, under this jurisprudential line allowing privacy policies imposed by such online platforms to be sanctioned under Art. 102(a) TFEU when they can be considered unfair. Furthermore, it concludes that this approach is appropriate in the context of the data economy.

Finally, this thesis concludes that privacy policies imposed onto consumers by dominant online platforms to a great extent depending on a concrete assessment of the factual, legal and economic context can be considered as unfair contractual conditions contrary to Art. 102(a) TFEU in line with the jurisprudence of the Court. Furthermore, it concludes that it, presumably, is most likely that such privacy policies will be considered as unfair contractual conditions when they are disproportionately burdensome for consumers. Recently data protection considerations have been included in the balancing of interests that is inherent in this disproportionality assessment. However, such an approach hardly seems consistent with the current jurisprudence of the Court. Instead, this thesis proposes that a strictly competition law orient balancing of interests in line with the jurisprudence of the Court is employed. In this respect, it is critical whether the data processing terms set out in privacy policies express an imbalance between consumer interests, namely that in maintaining some control over their personal data, and an online platforms' commercial interests, namely that in being able to collect and process consumers' personal data to some extent, since this is critical for maintaining a data-driven business model.

1. Introduktion

1.1 Indledning

Den teknologiske udvikling inden for big data og big analytics har gennem de senere år bevæget sig i et rivende tempo. Dette har medført udvikling af onlineplatforme, der genererer værdi gennem indsamling og behandling af store mængder brugergenereret data, som anvendes til at optimere personaliserede onlineydelser og implementere personaliserede markedsføringsstrategier. På trods af de tilsyneladende åbenlyse fordele, som denne udvikling har medført, synes den ligeledes at give anledning til en flerhed af konkurrenceretlige udfordringer i dataøkonomisk kontekst. Det skyldes særligt, at et begrænset antal onlineplatforme såsom Facebook og Google kontrollerer enorme mængder brugergenereret data, og at det endnu ikke er afklaret, om og i hvilket omfang europæiske konkurrenceretlige principper, som er udviklet med henblik på anvendelse i det traditionelle *fysiske marked*, kan overføres og anvendes på det datadrevne *digitale marked*.

Særligt de konkurrenceretlige udfordringer, denne udvikling har medført i relation til onlineplatformes misbrug af en dominerende stilling i strid med Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF) art. 102, har undertiden været genstand for opmærksomhed. I denne henseende har Europa-Kommissionen hovedsageligt fokuseret på dominerende onlineplatformes ekskluderende misbrug af deres konkurrenter.¹ Kommissionen synes imidlertid at have mindre fokus på dominerende onlineplatformes potentielle udnyttende misbrug af forbrugere, der benytter sig af disse platformes ydelser. Der er derfor et behov for at vurdere, i hvilket omfang dominerende onlineplatformes potentielle udnyttende misbrug rettet direkte mod forbrugere på data-drevne markeder kan antages at indebære en tilsidesættelse af TEUF art. 102.

Dominerende onlineplatformes potentielle udnyttende misbrug af forbrugere på datadrevne markeder kan antage flere forskellige former. Genstanden for den nærmere diskussion i nærværende speciale omhandler imidlertid alene de situationer, hvor dominerende onlineplatforme ensidigt påtvinger forbrugere privatlivsbetingelser, hvorefter samtykke til omfattende indsamling og behandling af forbrugernes personlige data er en betingelse for adgang til onlineplatformenes ydelser.²

I sådanne situationer lider forbrugere som følge af disse privatlivsbetingelser ikke nødvendigvis decideret økonomisk skade, men det er ikke ensbetydende med, at betingelserne ikke kan være skadende for forbrugernes interesser som helhed. Sådanne privatlivsbetingelser kan netop medføre, at forbrugeren mister kontrol over egne personlige data, og at der opstår et misforhold mellem den privatlivsstandard, som betingelserne er udtryk for, og produktkvaliteten af de "gratis" onlineydelser, som forbrugerne opnår adgang til, når de samtykker til

¹ Se f.eks. sag AT.39740 - Google Search (Shopping).

² Udtrykket *privatlivsbetingelser* dækker over onlineplatformes privatlivs- eller datapolitikker, der i forbrugerforhold indgår som en del af deres forretningsbetingelser, som for eksempel benævnes service- eller tjenestevilkår.

disse betingelser.³ På denne baggrund er det relevant at vurdere, hvorvidt sådanne privatlivsbetingelser kan antages at udgøre et udnyttende misbrug af forbrugere i form urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, hvilket er omdrejningspunktet for nærværende speciale.

1.2 Problemformulering

Formålet med dette speciale er således at vurdere, om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, som ensidigt implementeres med henblik på omfattende indsamling og behandling af forbrugeres personlige data, kan antages at udgøre et *udnyttende misbrug* i form af *urimelige forretningsbetingelser* påtvunget forbrugere i strid med TEUF art. 102, litra a.

1.3 Afgrænsning

Dette speciale fokuserer henset til formålet i ovennævnte problemformulering af omfangsmæssige hensyn på misbrugsvurderingen i henhold til TEUF art. 102, litra a. Derfor foretages der i nærværende sammenhæng ikke en nærmere vurdering af spørgsmål vedrørende afgrænsning af det relevante marked, dominansvurdering samt objektive begrundelser for misbrug.

Uanset den nærmere afgrænsning inddrages imidlertid perspektiver i relation til dominansvurdering og markedsstyrke, hvor dette er relevant.

1.4 Metode

Specialets metodiske udgangspunkt vil være den klassiske retsdogmatiske metode, som anvendes til at beskrive, fortolke og analysere gældende ret – *de lege lata* – på baggrund af en systematisk gennemgang af relevante retskilder.⁴ I forlængelse heraf inddrages retspolitiske betragtninger – *de lege ferenda* – i det omfang det vurderes, hvordan TEUF art. 102, litra a, bør anvendes i relation til privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser i en dataøkonomisk kontekst.⁵ Der inddrages endvidere økonomiske betragtninger, hvor dette er relevant, hvilke betragtninger som fortolkningsbidrag skal tjene til at belyse den juridiske analyse.

Som grundlag for besvarelsen af nærværende problemformulering inddrages relevante EU-retlige retskilder, herunder *hard law*, som er udtryk for bindende EU-retlige retskilder, såvel som *soft law*, som er udtryk for ikke-bindende EU-retlige retskilder, der dog kan tjene som fortolkningsbidrag.⁶ Desuden inddrages administrative afgørelser fra medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder, hvor dette er relevant. EU-retten har generelt set forrang frem for medlemsstaters national ret, og sådanne administrative afgørelser fastlægger

³ Udtrykket *gratis onlineydelse* må generelt opfattes som værende misvisende for forbrugere, idet benyttelse af størstedelen af disse ydelser involverer ikke-økonomiske betalinger, der især består i, at forbrugere som modydelse stiller deres personlige data til rådighed for onlineplatforme. Se hertil OECD: Big Data - Bringing Competition Policy to the Digital Era, s. 25.

⁴ Se Evald, Juridisk teori, metode og videnskab, s. 202-203.

⁵ Ibid., s. 199.

⁶ Se Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 27-29.

derfor ikke gældende ret, ligesom de naturligvis ikke er bindende for Kommissionen eller Den Europæiske Unions Domstol, hvorfor de alene vil indgå som fortolkningsbidrag.⁷

2. Problemstillingen i retlig og dataøkonomisk kontekst

Som baggrund for vurderingen af, om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser kan antages at udgøre et udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse i strid med TEUF art. 102, litra a, er det nødvendigt at anskue disse betingelser i den konkurrenceretlige og dataøkonomiske kontekst, hvori de indgår. I det følgende redegøres derfor for centrale konkurrenceretlige begreber, der i denne sammenhæng er relevante, ligesom der redegøres for den rolle som onlineplatformes privatlivsbetingelser i samspil med deres forretningsmodeller indtager i en dataøkonomisk kontekst.

2.1 Misbrug af dominerende stilling og urimelige forretningsbetingelser

En virksomheds forretningsbetingelser kan alene udgøre en tilsidesættelse af TEUF art. 102, såfremt visse grundlæggende forudsætninger mødes. Dette indebærer, at den virksomhed, der anvender forretningsbetingelserne, er omfattet det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, at virksomheden indtager en dominerende stilling på det relevante marked, og at forretningsbetingelserne kan anses som urimelige. Disse konkurrenceretlige begreber må derfor fastlægges og perspektiveres til den dataøkonomiske kontekst, hvori de indgår i nærværende sammenhæng.

2.1.1 Virksomhedsbegrebet

I konkurrenceretlig henseende definerer Domstolen virksomhedsbegrebet som omfattende enhver privat- eller offentligretlig enhed, der udøver økonomisk aktivitet, uanset hvorledes denne enhed er finansieret.⁸ Når en virksomhed engagerer sig i at udbyde varer eller tjenesteydelser på et givet marked, betragtes det som værende økonomisk aktivitet.⁹ For at være omfattet virksomhedsbegrebet er det tilstrækkeligt, at en virksomhed reelt udøver en sådan økonomisk aktivitet, idet der ikke stilles krav om, at virksomheden drives med hensigt om økonomisk vinding.¹⁰

I nærværende sammenhæng fokuseres på virksomheder, der kan betegnes som onlineplatforme, idet det bemærkes, at der ikke foreligger én enkeltstående definition af denne virksomhedstype, hvilket især skyldes, at onlineplatforme findes i en flerhed af forskellige former.¹¹ Imidlertid deler mange onlineplatforme visse fælles karakteristika, som for eksempel kapaciteten til at facilitere og drage økonomisk fordel af interaktioner eller

⁷ Se hertil Sørensen & Danielsen, EU-retten, s. 185-189.

⁸ Se f.eks. sag C-41/90, Höfner og Elser mod Macrotron GmbH, præmis 21. Se hertil Whish & Bailey, Competition Law, s. 185 smh. 84-85; og Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 256.

⁹ Se f.eks. forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialist, præmis 75. Se hertil Whish & Bailey, Competition Law, s. 185 smh. 85-86; og Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 256.

¹⁰ Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 185 smh. 86; og Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 256.

¹¹ Se Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene om onlineplatforme, SWD(2016) 172 final, s. 2.

transaktioner mellem brugere af platformen, evnen til at indsamle, behandle og anvende store mængder personlige og ikke-personlige data med henblik på at optimere brugeroplevelser, kapaciteten til at opbygge netværkseffekter, hvor nyttilkommende brugere fremmer brugeroplevelsen for alle eksisterende brugere, og anvendelse af informationsteknologi til at opnå ovenstående.¹² I denne sammenhæng skal onlineplatforme særligt forstås som sociale medier og internetsøgemaskiner, der indsamler og behandler store mængder af forbrugeres personlige data, såsom Facebook og Google.

Disse onlineplatforme udøver utvivlsomt økonomisk aktivitet, idet sociale medier og internetsøgemaskiner i deres natur er onlinetjenesteydelser, der udbydes til forbrugerne på digitale markeder. Det er således åbenbart, at sådanne onlineplatforme er omfattet af det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Selvom der ikke stilles krav om, at en virksomhed drives med hensigt om økonomisk vinding for at være omfattet det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb, og adgang til de fleste onlineplatformes ydelser ikke er betinget af traditionel økonomisk betaling, drives onlineplatforme såsom Facebook og Google som det vil fremgå i det følgende utvivlsomt med økonomisk vinding for øje.

2.1.2 Dominansbegrebet

Det er alene virksomheder, der besidder en dominerende stilling på det relevante marked, der omfattes af TEUF art. 102. En virksomhed indtager i henhold til Domstolens retspraksis en dominerende stilling, når dennes økonomiske magtposition sætter den i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, fordi den kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter, kunder og i sidste instans over for forbrugerne.¹³ Evnen til at handle uafhængigt i denne forstand afhænger af, om virksomheden er i besiddelse af en markedsstyrke på det relevante marked, der sætter den i stand til at diktere eller i alt fald mærkbart påvirke de konkurrencemæssige vilkår på markedet. Hvorvidt en virksomhed besidder en sådan markedsstyrke, afhænger af en række faktorer, herunder virksomhedens markedsandel på det relevante marked, adgangsbarrierer til markedet og konkurrenters relative markedsandele.¹⁴ En virksomheds markedsstyrke bestemmes af disse faktorer, uden at nogen af dem i sig selv er afgørende, men det vil dog være af væsentlig betydning for dominansvurderingen, hvis en virksomhed besidder en betydelig andel af det relevante marked.¹⁵

Vurderingen af hvorvidt en virksomhed indtager en dominerende stilling på et givet marked, og afgrænsningen af dette relevante marked i produktmæssig, geografisk og temporal henseende, som ligger til grund for denne vurdering, er ikke ukomplicerede opgaver. Det falder da også uden for rammerne af nærværende speciale at

¹² Ibid.

¹³ Se f.eks. sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 38. Se hertil Whish & Bailey, Competition Law, s. 187-188; Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 355-356; og Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 257-258.

¹⁴ Se uddybende Whish & Bailey, Competition Law, s. 188-196.

¹⁵ Se ibid., s. 188.

behandle dominansvurderingen dybdegående. Det bemærkes blot, at onlineplatforme som Facebook og Google kan betragtes som dominerende på visse digitale markeder, herunder eksempelvis på markederne for sociale netværk og internetsøgemaskiner, hvilket fremgår af Kommissionens praksis.¹⁶

2.1.3 Misbrugsbegrebet

Det er i konkurrenceretlig henseende i sig selv uproblematisk, at en virksomhed indtager en dominerende stilling på et givet relevant marked, men misbrug af denne stilling er derimod en tilsidesættelse af TEUF art. 102.¹⁷ Bestemmelsen indeholder imidlertid ikke en udtømmende angivelse af adfærd, der kan betragtes som misbrug,¹⁸ ligesom hverken Domstolen eller Retten har opstillet en altomfattende definition af misbrugsbegrebet.¹⁹ Uagtet denne mangel på en enkeltstående definition, kan misbrug af en dominerende stilling i hovedsagen opdeles i ekskluderende og udnyttende adfærd.²⁰ Ekskluderende adfærd rammer den dominerende virksomheds aktuelle og potentielle konkurrenter, med det resultat at konkurrencen svækkes eller markedsadgangen hindres for disse.²¹ Udnyttende adfærd rammer derimod den dominerende virksomheds umiddelbare kunder, med det resultat at deres interesser lider skade, og den dominerende virksomhed profiterer på deres kostning.²²

Kommissionen fokuserer generelt set på ekskluderende frem for udnyttende adfærd, hvilket kan skyldes, at ekskluderende adfærd forekommer oftest, og at ekskluderende adfærd ofte har en direkte negativ effekt på konkurrencen, hvor udnyttende adfærds negative effekt på konkurrencen ofte er indirekte.²³ Der er imidlertid intet til hinder for at sanktionere dominerende virksomheders udnyttende adfærd i henhold til TEUF art. 102, idet bestemmelsen efter sin ordlyd er anvendelig i denne henseende.²⁴ Endvidere bør det erindres, at der ikke er nogen skarp sondring mellem de to former for misbrugende adfærd, idet den samme adfærd kan konstituere ekskluderende såvel som udnyttende misbrug.²⁵

¹⁶ Se f.eks. sag AT.39740 - Google Search (Shopping).

¹⁷ Se hertil Whish & Bailey, Competition Law, s. 198.

¹⁸ Ibid., s. 203. Se endvidere Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 387.

¹⁹ Sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, præmis 91, citeres ofte i forbindelse med definitionen af misbrugsbegrebet, men denne kan imidlertid ikke betragtes som en altomfattende definition af begrebet, idet den eksempelvis ikke omfatter udnyttende adfærd, der utvivlsomt kan udgøre misbrug, hvilket fremgår eksplicit af ordlyden af TEUF art. 102. Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 203-204; og Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 387-388.

²⁰ Se hertil Whish & Bailey, Competition Law, s. 207, der ligeledes nævner »single market abuse«; Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 277, der ligeledes nævner »strukturelt misbrug«; og Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 333, der anser diskriminerende misbrug som en særskilt adfærd, der hverken betegnes som ekskluderende eller udnyttende adfærd.

²¹ Se Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 335; og Whish & Bailey, Competition Law, s. 209-211.

²² Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 208-209.

²³ Se hertil Kommissionens meddelelse om håndhævelse af TEUF art. 102, pkt. 7.

²⁴ Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 208; og Faull & Nikpay, The EU Law of Competition, s. 333.

²⁵ Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 208; og Jessen m.fl., Regulering af konkurrence i EU, s. 277.

2.1.4 Urimelige forretningsbetingelser

TEUF art. 102, litra a, fastslår eksplicit, at misbrug af en dominerende stilling blandt andet især kan bestå i påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser. Det er i den forbindelse værd at erindre, at en nøje sondring mellem urimelige forretningsbetingelser i henhold til denne bestemmelse og anden EU-retlig regulering, der ligeledes beskæftiger sig med urimelige forretningsbetingelser, er nødvendig.²⁶ Hvorvidt en given forretningsbetingelse kan eller ikke kan betragtes som urimelig i henhold til anden EU-retlig regulering, bør ikke som konsekvens medføre, at det samme nødvendigvis er tilfældet i relation til den konkurrenceretlige vurdering af sådanne forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a. Dermed ikke sagt, at vurderingen af forretningsbetingelsers urimelighed i henhold til anden EU-retlig regulering ikke kan indgå som fortolkningsbidrag i den konkurrenceretlige vurdering af lignende forretningsbetingelser.²⁷ Grundlaget for hvornår forretningsbetingelser i konkurrenceretlig henseende kan betragtes som urimelige, må dog findes i TEUF art. 102, litra a, samt EU-retspraksis, der fortolker bestemmelsen.

I forlængelse af retsstillingen vedrørende det generelle misbrugsbegreb, har hverken Domstolen eller Retten heller ikke i relation til urimelige forretningsbetingelser fremsat en altomfattende definition af begrebet, ligesom der ikke foreligger en udtømmende angivelse af forretningsbetingelser, der kan betragtes som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a.²⁸ Dette er imidlertid ikke overraskende, eftersom retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser er sparsom sammenlignet med prisbaseret misbrug. Hertil kommer, at urimelige forretningsbetingelser er en dynamisk størrelse, der kan antage mange forskellige former, som ikke kan rummes i en udtømmende angivelse eller én enkelt definition. Henset hertil afhænger urimeligheden af en given forretningsbetingelse af en række faktorer, der afdækkes neden for som en integreret del af analysen i afsnit 3.

Urimelige forretningsbetingelser kan ligeledes antage ekskluderende og udnyttende karakter, og ofte kan de samme betingelser konstituere ekskluderende såvel som udnyttende adfærd.²⁹ Det kan være tilfældet, hvor en dominerende virksomhed påtvinger sine kunder bestemte forretningsbetingelser, der indebærer, at kunderne i en længere periode gøres afhængige af den dominerende virksomhed, hvorved denne profiterer på kundernes bekostning. Sådanne betingelser kan ofte ligeledes have den effekt, at aktuelle og potentielle konkurrenter ekskluderes, eftersom den dominerende virksomheds kunder som en direkte eller indirekte følge af forretningsbetingelserne fastlåses i en situation, hvor de ikke har mulighed for at skifte til den dominerende virksomheds konkurrenter.

²⁶ Se f.eks. Direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked.

²⁷ Se Economides & Lianos, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy*, s. 51.

²⁸ Se O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 846-847; og Botta & Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy*, s. 18.

²⁹ Se f.eks. sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen*, præmis 135, hvor den dominerende virksomheds forretningsbetingelser fandtes at indgå i en samlet strategi, der var udtryk for ekskluderende såvel som udnyttende adfærd.

Dominerende virksomheders påtvingelse af både udnyttende og ekskluderende urimelige forretningsbetingelser over for sine industrielle handelspartnere kan være indirekte til skade for forbrugerne. Her fokuseres imidlertid på dominerende onlineplatformes udnyttende misbrug af forbrugere gennem påtvingelse af urimelige forretningsbetingelser direkte over for disse.³⁰ Sådanne forretningsbetingelser antager i denne kontekst form af privatlivsbetingelser, der betinger adgang til den dominerende onlineplatforms ydelser af, at forbrugere samtykker til omfattende indsamling og behandling af deres personlige data.

2.2 Privatlivsbetingelser som forretningsbetingelser i dataøkonomisk kontekst

Forretningsbetingelser i dataøkonomisk kontekst skal i denne sammenhæng især forstås som privatlivsbetingelser, der anvendes af onlineplatforme, som opererer på datadrevne digitale markeder, hvor disse platforme genererer værdi gennem kommercialiseringen af forbrugeres personlige data. I denne kontekst hænger måden, hvorpå onlineplatforme udformer deres privatlivsbetingelser, i væsentlig grad sammen med udformningen af deres forretningsmodeller. Det er derfor relevant at fastslå i det følgende, hvorvidt forbrugeres personlige data kan antages at have en reel økonomisk værdi for onlineplatforme. Desuden er det relevant at fastslå, i hvilket omfang onlineplatformes forretningsmodeller er afhængige af forbrugeres personlige data, samt i hvilket omfang onlineplatformenes privatlivsbetingelser anvendes med henblik på indsamling og behandling af disse data. Denne redegørelse skal danne grundlag for at illustrere, hvilke forhold der fordrer konkurrenceretlig regulering af dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a.

2.2.1 Personlige data på digitale markeder

Hvor dominerende onlineplatforme påtvinger forbrugere privatlivsbetingelser, der har til formål at tillade platformene omfattende indsamling og behandling af forbrugernes personlige data, er det således disse data, der er genstanden for onlineplatformenes potentielle udnyttende misbrug af forbrugerne. Det er derfor nødvendigt at afdække onlineplatformenes incitament til at påtvinge forbrugere sådanne privatlivsbetingelser. Dette indebærer at fastslå, om forbrugeres personlige data har en reel økonomisk værdi for onlineplatforme. Det skyldes, at data generelt ikke antages at have en iboende værdi, og at værdien af forbrugeres personlige data derfor er kontekstspecifik.³¹

Begrebet *data* kan i sin brede forstand defineres som enhver information eller fremstilling af information, der ofte er opbevaret digitalt.³² I denne sammenhæng fokuseres på personlige data, der generelt defineres som alle

³⁰ Begrebet *forbrugere* defineres i denne sammenhæng i overensstemmelse med forbrugerrettighedsdirektivet som fysiske personer, der ikke handler som led i deres erhverv. Se hertil Direktiv 2011/83/EU om forbrugerrettigheder, præambel 17 og art. 2, nr. 1.

³¹ Se hertil OECD, *Data-driven Innovation for Growth and Well-Being*, s. 59.

³² Se Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, *Competition Law and Data*, s. 4; og Hu m.fl., *Toward Scalable Systems for Big Data Analytics*, s. 654-655.

informationer relateret til et identificeret eller identificerbart individ.³³ Sådanne personlige data kan for eksempel være *aktivitetsdata* fra cookies og smartenheder,³⁴ *sociale data*, som kontakter og interaktioner på sociale medier, *lokationsdata*, som geolokation og IP-adresser, *demografiske data*, som alder og køn, *officielle identificerende data*, som navne og personnumre, eller *biometriske data*, som ansigtsgenkendelse.³⁵ Når sådanne data indgår i big data kontekst, refereres der typisk til enorme datasæt, der oftest besiddes af virksomheder, andre organisationer eller regeringer, og som gøres til genstand for omfattende analyse gennem anvendelse af algoritmer.³⁶ Disse enorme datasæt karakteriseres almindeligvis af fire centrale elementer, der betegnes som datamængde, datahastighed, datavariation og dataværdi.³⁷

Datamængde refererer til kvantiteten af data, der indsamles. Forbrugeres personlige data indsamles i stadigt større omfang, hvilket dels skyldes, at omkostningerne forbundet med indsamling, opbevaring, behandling og analyse af data er faldet,³⁸ og dels at mængden af data, der genereres og deles, er steget. Den stigende digitalisering af sociale og økonomiske aktiviteter, herunder sociale interaktioner samt interaktion med offentlige myndigheder og private virksomheder, genererer på verdensplan flere millioner gigabyte data i sekundet.³⁹ Hertil kommer, at forbrugere gennem eksempelvis sociale medier og et væld af smartenheder, herunder smartphones, -watches, -speakers, -lights, aktivt såvel som passivt deler data i betydeligt omfang.⁴⁰

Datahastighed refererer til den hastighed, hvormed data genereres, indsamles, behandles og analyseres, som undertiden ligeledes er steget betydeligt, og i et vist omfang sker denne proces endda i realtid.⁴¹ Dette medfører, at virksomheder, herunder især onlineplatforme, der opererer på datadrevne markeder, kan anvende data til eksempelvis at forudsige forbrugeradfærd, og basere markedsføringsstrategier eller foretage forretningsmæssige beslutninger på baggrund heraf. Datahastighed er derfor af afgørende betydning, eftersom adgang til de nyeste data er en forudsætning for akkurate forudsigelser. Generelt kan det i denne kontekst udtrykkes således, at værdien af data falder, jo ældre den bliver, og datahastighed kan derfor betragtes som et udtryk for den temporale værdi af data.⁴²

³³ Se OECD, Exploring the Economics of Personal Data, s. 7; og Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, Competition Law and Data, s. 5.

³⁴ Cookies genereres af internetbrowsere, hver gang en bruger besøger en internetside, og derved kan disse cookies anvendes til at spore brugerens aktiviteter på internettet. Se hertil Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene om onlineplatforme, SWD(2016) 172 final, s. 31.

³⁵ Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 7-8.

³⁶ Se Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, Competition Law and Data, s. 4-7; og Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 15.

³⁷ Se uddybende Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 16-28.

³⁸ Se OECD, Data-driven Innovation for Growth and Well-Being, s. 6.

³⁹ Se Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 16-17.

⁴⁰ Se OECD: Data-driven Innovation for Growth and Well-Being, s. 6.

⁴¹ Ibid., s. 11. Se endvidere Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 19.

⁴² Se hertil Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 19.

Datavariation refererer til diversiteten i ustrukturerede datasæt fra forskellige kilder som for eksempel sociale medier, øvrige internetsider, smartenheder, mobilkommunikation, og måden hvorpå disse datasæt sammenflettes.⁴³ I lighed med datahastighed er datavariation en forudsætning for at forudsige forbrugeradfærd, eftersom en virksomheds besiddelse af diversificeret forbrugerdata fra flere forskellige kilder sætter virksomheden i stand til at kortlægge forbrugerens individuelle præferencer og aktiviteter mere præcist.⁴⁴ En høj grad af datavariation giver således et bedre grundlag til at basere markedsføringsstrategier eller foretage forretningsmæssige beslutninger på.

Den økonomiske værdi af data – eller *dataværdi* – ekstraheres gennem anvendelse af såkaldt big analytics, der betegnes som »*technical means to extract insights and the empowering tools to better understand, influence or control the data objects of these insights*«. ⁴⁵ For virksomheder ligger værdien af data således i, at kunne behandle og analysere disse, og derved opnå relevant forståelse for og indsigt i et bestemt fænomen, som eksempelvis forbrugeradfærd, der kan anvendes til deres forretningsmæssige fordel. I denne proces er det åbenbart, at datamængden, datahastigheden og datavariationen bidrager til værdien af data.⁴⁶ En betydelig datamængde sætter virksomheder i stand til at finde sammenhænge i store ustrukturerede datasæt, som ikke kunne findes i mindre og mere strukturerede datasæt.⁴⁷ I forlængelse heraf bidrager en høj grad af datavariation og sammenfletning af data fra forskellige kilder til at skabe et bredere billede af genstanden for dataanalysen. Eksempelvis kan forbrugeradfærd belyses i højere grad, hvis denne baseres på sammenflettede data fra sociale medier og internetsøgninger såvel som data genereret gennem brug af smartenheder. Endelig har datahastighed betydning for værdien af data, idet det er afgørende for virksomheder at være først til at indsamle og analysere data. Derved er det muligt for virksomhederne at agere hurtigere end deres konkurrenter på ændringer i den bagvedliggende data og dermed også ændringer i markedet.

Forbrugerens personlige data kan således repræsentere en betydelig værdi for onlineplatforme. Det er særligt afgørende, at sådanne platforme er i stand til at indsamle og behandle store mængder varieret data hos forbrugere, så de i deres datasæt kan skabe en betydelig datamængde og datavariation. Disse onlineplatforme har derfor betydelige incitamentter til at påtvinge forbrugere privatlivsbetingelser, hvorefter adgang til platformenes ydelser betinges af samtykke til omfattende indsamling og behandling af forbrugernes personlige data.⁴⁸

⁴³ Se OECD, Data-driven Innovation for Growth and Well-Being, s. 11.

⁴⁴ Se hertil Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 21-22.

⁴⁵ Se OECD, Data-driven Innovation for Growth and Well-Being, s. 4. Se endvidere om forholdet mellem big data og big analytics Ezrachi & Stucke, Virtual Competition, s. 15-18.

⁴⁶ Se uddybende Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 22-28.

⁴⁷ Se Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt, Competition Law and Data, s. 6, vedrørende sondringen mellem strukturerede og ustrukturerede datasæt.

⁴⁸ Se hertil OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 29-30.

Dette forstærkes endvidere af, at visse onlineplatformes forretningsmodellers profitabilitet afhænger af forbrugeres personlige data, som indsamles og behandles på baggrund af forbrugernes samtykke til platformenes privatlivsbetingelser.

2.2.2 Forretningsmodeller og privatlivsbetingelser på digitale markeder

Forretningsmodellerne for hovedparten af sociale netværk og internetsøgemaskiner hviler i udgangspunktet på de samme grundlæggende principper. Sociale netværk, såsom Facebook, tilbyder deres brugere en personaliseret netværksoplevelse, og finansierer driften i overvejende grad gennem personaliseret markedsføring.⁴⁹ Internetsøgemaskiner, såsom Google, tilbyder brugerne adgang til søgemaskinefunktionen samt en række tilfølgelsesfunktioner, og finansieres ligeledes i overvejende grad gennem personaliseret markedsføring.⁵⁰ Sådanne onlineplatforme udbyder deres ydelser uden i traditionel forstand at tage betaling herfor, og derfor anser forbrugere fejlagtigt ofte disse ydelser for at være gratis.⁵¹ Frem for traditionel økonomisk betaling består forbrugernes modydelse for adgang til disse ydelser oftest i at stille deres personlige data til rådighed for onlineplatformene. Det sker ved forbrugernes samtykke til onlineplatformenes privatlivsbetingelser, som indebærer at disse tillades omfattende indsamling og behandling af forbrugernes personlige data, herunder aktivitetsdata, sociale data, lokationsdata, demografiske data, officielle identificerende data og biometriske data.⁵² Disse data anvendes blandt andet til at optimere onlineplatformens personaliserede ydelser, men ligeledes til at generere værdi for platformene. Det sker ved kommercialisering af data gennem personaliseret markedsføring, hvor onlineplatformene faciliterer parring af markedsføringskampagner med forbrugere, der henset til deres individuelle præferencer vil være mest modtagelige herfor.⁵³ Onlineplatforme, såsom Facebook og Google, udbyder således deres ydelser til forbrugere på den ene side af markedet og personaliserede markedsføringsydelser til virksomheder på den anden side, hvor kvaliteten og dermed værdien af deres personaliserede markedsføringsydelser afhænger af en høj datamængde og variation, som genereres af et stort brugergrundlag.⁵⁴

Det er således en forudsætning for profitabiliteten af de beskrevne forretningsmodeller, at onlineplatformene kan indsamle og behandle betydelige mængder af forbrugeres personlige data fra forskellige datakilder, så en betydelig datamængde og -variation opnås. Dette skyldes, at effektiv personaliseret markedsføring fordrer et indgående kendskab til individuelle forbrugeres præferencer, som kan udledes på baggrund af disse forbrugeres data. Det er en bærende årsag til, at onlineplatforme, såsom Facebook og Google, betinger adgang til deres ydelser, at forbrugerne samtykker til platformenes omfattende indsamling og behandling af deres personlige

⁴⁹ Se herom Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene om onlineplatforme, SWD(2016) 172 final, s. 33-34.

⁵⁰ Ibid., s. 26-28.

⁵¹ Se hertil OECD, Big Data - Bringing Competition Policy to the Digital Era, s. 25.

⁵² Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 7-8.

⁵³ Ibid., s. 19-21. Se endvidere Patil & Shyamasundar, Is Privacy a Myth for Facebook Users?, s. 510-511.

⁵⁴ Denne markedsstruktur betegnes som et dobbeltsidet marked. Se herom Whish & Bailey, Competition Law, s. 12.

data.⁵⁵ Dermed er forbrugerne tvunget til at acceptere disse privatlivsbetingelser, såfremt de vil have adgang til onlineplatformenes ydelser, og disse ydelser er således udelukkende "gratis", hvis forbrugerne som modydelse stiller sine personlige data til rådighed for onlineplatformene.

Samtykke til onlineplatformes privatlivsbetingelser, omfatter ofte tilladelse til indsamling og behandling af første- såvel som tredjepartsdata.⁵⁶ Førstepartsdata refererer til data, der indsamles direkte fra forbrugerne af selve den onlineplatform, hvis privatlivsbetingelser disse har accepteret, når de anvender onlineplatformens ydelser.⁵⁷ Derimod refererer tredjepartsdata til data, der indsamles af den onlineplatform, hvis privatlivsbetingelser forbrugerne har accepteret, fra andre datakilder såsom andre internetsider eller mobilapplikationer, hvilket kan faciliteres af en række forskellige teknologier som for eksempel Application Programming Interfaces.⁵⁸ Onlineplatformenes privatlivsbetingelser er imidlertid ofte omfattende og udformet på en ugenomsigtig måde, hvorfor forbrugere ofte vil acceptere disse uden at erkende konsekvenserne heraf.⁵⁹ Forbrugere kan således have vanskeligt ved at overskue omfanget af dataindsamlingen og -behandlingen, herunder om denne omfatter første- såvel som tredjepartsdata, og hvilke typer data fra hvilke datakilder, der indsamles. Dette kan medføre, at forbrugerne i et urimeligt omfang mister kontrol over egne personlige data, og at der opstår et misforhold mellem den privatlivsstandard, som onlineplatformenes privatlivsbetingelserne er udtryk for, og produktkvaliteten af de "gratis" onlineydelser, forbrugerne opnår adgang til, når de samtykker til disse betingelser.⁶⁰

3. Privatlivsbetingelser som udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser i dataøkonomien

Som illustreret i det foregående kan forbrugeres personlige data repræsentere en betydelig økonomisk værdi for onlineplatforme, der opererer på datadrevne markeder, hvilket hænger sammen med, at visse onlineplatformes forretningsmodeller hovedsageligt er baseret på kommercialiseringen af sådanne data. I disse forretningsmodeller indgår privatlivsbetingelser som et væsentligt element, idet de ensidigt påtvinges platformenes brugere med henblik på at opnå samtykke til omfattende indsamling og behandling af deres personlige data. Dermed bliver privatlivsbetingelserne et værktøj, der faciliterer indsamling af de data, som er afgørende for profitabiliteten af disse forretningsmodeller. Denne praksis kan imidlertid medføre, at forbrugernes interesser påvirkes negativt, navnlig hvor de mister kontrol over egne personlige data. Det giver således anledning til at vurdere, om og i hvilket omfang sådanne privatlivsbetingelser, der ensidigt påtvinges forbrugerne med henblik

⁵⁵ Se Economides & Lianos, Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy, s. 14-15.

⁵⁶ Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 16-17.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Se Botta & Wiedemann, The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy, s. 433.

⁶⁰ Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 17-18.

på omfattende indsamling og behandling af deres personlige data, kan antages at udgøre et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser i strid med TEUF art. 102, litra a.

I denne sammenhæng skal det imidlertid bemærkes, at det kan diskuteres, om europæisk konkurrenceret er det bedst egnede instrument til at regulere dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, og om europæisk forbruger- eller databeskyttelsesret muligvis er bedre egnede reguleringsinstrumenter i denne henseende.⁶¹ Det skyldes, at der ofte kan opstå sammenfald mellem anvendelsesområderne for disse retsområder, idet dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser potentielt ligeledes kan udgøre en urimelig handelspraksis anvendt over for forbrugere,⁶² eller ulovlig behandling af fysiske personers personoplysninger.⁶³ Dette sammenfald er ikke overraskende, eftersom alle retsområderne omend på forskellig vis enten direkte eller indirekte varetager forbrugernes interesser. Hvor europæisk konkurrenceret gennem regulering af konkurrencehæmmende adfærd indirekte sikrer, at den samlede forbrugervelfærd ikke påvirkes negativt,⁶⁴ er europæisk forbruger- og databeskyttelsesret i høj grad båret af hensyn til at beskytte individuelle fysiske personers grundlæggende rettigheder i EU.⁶⁵ Det falder imidlertid uden for rammerne af nærværende speciale at foretage en indgående analyse af samspillet mellem europæisk konkurrenceret samt forbruger- og databeskyttelsesret. I denne sammenhæng skal det blot konstateres, at disse retsområder – deres forskelligheder og ligheder i relation til formål, anvendelsesområde og håndhævelsesmekanismer taget i betragtning – har potentiale til at komplementere hinanden.⁶⁶ Derfor bør sammenfald med europæisk forbruger- eller databeskyttelsesret ikke på forhånd ekskludere konkurrenceretlig regulering af dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, hvor disse kan udgøre et udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget dem i strid med TEUF art. 102, litra a.⁶⁷

I det følgende foretages derfor en analyse af relevant EU-retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser samt en analyse af relevant administrativ praksis fra medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder, hvor det vurderes om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser kan betrag-

⁶¹ Se for analyser af problemstillingen f.eks. Colangelo & Maggolino, Data Protection in Attention Markets; Costa-Cabral & Lynskey, Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law; og Graef m.fl., Fairness and enforcement – bridging competition, data protection, and consumer law.

⁶² Se hertil Direktiv 2005/29/EF om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugere på det indre marked, især art. 3 og 5-9.

⁶³ Se hertil Forordning 2016/679/EU om databeskyttelse (GDPR), især art. 2 og 6.

⁶⁴ Se Whish & Bailey, Competition Law, s. 53-54.

⁶⁵ Se Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder art. 8, stk. 1 og TEUF art. 16, stk. 1, vedrørende retten til beskyttelse af personoplysninger, og Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder art. 38 vedrørende retten til et højt forbrugerbeskyttelsesniveau i EU.

⁶⁶ Se hertil Graef m.fl., Fairness and enforcement – bridging competition, data protection, and consumer law, s. 203; og Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 4.

⁶⁷ Ibid. Se endvidere Botta & Wiedemann, The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy, s. 434-437.

tes som urimelige forretningsbetingelser. Formålet hermed er at udlede, hvilke overordnede kategorier af forretningsbetingelser, der i foreliggende EU-retspraksis er blevet anset som urimelige i henhold til TEUF art. 102, samt hvilke generelle elementer, der i disse vurderinger forekommer gennemgående. I den forbindelse sammenholdes vurderingen af privatlivsbetingelsers urimelighed i nationale konkurrencemyndigheders administrative praksis med de elementer, der kan udledes af foreliggende EU-retspraksis, med henblik på at vurdere om den administrative praksis er i overensstemmelse hermed. På denne samlede baggrund foretages herefter en vurdering af, om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, som ensidigt påtvunges forbrugere, kan antages at udgøre et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse i strid TEUF art. 102, litra a.

3.1 Udgangspunktet for vurderingen af privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser

Hvorvidt dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser under nærmere omstændigheder kan anses som urimelige forretningsbetingelser forudsætter en nærmere analyse af, hvornår forretningsbetingelser generelt kan anses som urimelige. Som nævnt indledningsvist foreligger der imidlertid ikke en udtømmende liste af forretningsbetingelser, der uden videre kan betragtes som urimelige, eller en generel definition af begrebet. Der kan dog på baggrund af foreliggende EU-retspraksis opstilles overordnede kategorier af forretningsbetingelser, der tidligere er blevet anset som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a, som det vil fremgå i det følgende.

3.1.1 Urimelelige forretningsbetingelser

En overordnet kategori af forretningsbetingelser, der i foreliggende EU-retspraksis er blevet anset som urimelige, er eksempelvis forretningsbetingelser, der anvendes med henblik på at facilitere andre former for misbrug. Dette illustreres i *United Brands*,⁶⁸ hvor Domstolen fandt, at United Brands Company havde udvist udnyttende adfærd og misbrugt sin dominerende stilling ved anvendelse af en forretningsbetingelse om forbud for selskabets distributører mod at videresælge selskabets bananer i grøn og umodnet tilstand.⁶⁹ Denne betingelse fandtes at være urimelig, især fordi den i praksis gjorde handel med selskabets grønne bananer umulig, hvorfor betingelsen dermed havde en tilsvarende virkning som et eksportforbud.⁷⁰ Endvidere fandtes det, at formålet med dette *de facto* eksportforbud var, at United Brands Company fuldstændig kunne kontrollere salget af selskabets bananer, hvilket gjorde det muligt for selskabet at implementere andre former for misbrug, herunder anvendelse af urimelige salgspriser, prisdiskriminering samt leveringsnægtelse.⁷¹ Det kunne ikke lede til et andet

⁶⁸ Sag 27/76, *United Brands Company mod Kommissionen*.

⁶⁹ *Ibid.*, præmis 130-162. Se hertil Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 727.

⁷⁰ Sag 27/76, *United Brands Company mod Kommissionen*, præmis 135.

⁷¹ *Ibid.*, præmis 137.

resultat, at United Brands Company efter eget udsagn aldrig havde haft til hensigt at anvende sanktioner, såfremt den omstridte betingelse ikke blev overholdt, idet Domstolen fandt, at selskabet havde holdt sanktionsmuligheden åben som en trussel mod manglende overholdelse.⁷²

En anden overordnet kategori af forretningsbetingelser, der tidligere er blevet anset som urimelige, er betingelser, der kan betragtes som for vidtgående henset til den dominerende virksomheds formål. Et eksempel herpå er *BRT II*,⁷³ hvor det blev påstået, at det belgiske forfatter-, komponist- og forlæggerforbund havde udvist udnyttende adfærd og misbrugt sin dominerende stilling over for forbundets medlemmer. Her fandt Domstolen, at et krav om medlemmernes obligatoriske overdragelse af samtlige nuværende og fremtidige ophavsrettigheder til deres værker ved indtræden i forbundet kunne betragtes som en urimelig forretningsbetingelse. Dette var særligt tilfældet, hvis de overdragne rettigheder forblev i forbundet i en længere periode efter de pågældende medlemmers udtræden.⁷⁴ Da der var tale om en præjudiciel forespørgsel, henstillede Domstolen til den forelæggende ret at afgøre, om de af forbundet anvendte betingelser kunne anses som værende for vidtgående under hensyn til deres virkning både hver for sig og i sammenhæng.⁷⁵ Domstolen konkluderende dog samtidig, at forbundets begrænsning af medlemmernes frihed til at udøve deres ophavsret måtte betragtes som urimelig i den udstrækning, dette ikke var nødvendigt for at fremme forbundets formål.⁷⁶

En tredje overordnet kategori er forretningsbetingelser, der anses som urimelige, når disse har været uforholdsmæssigt byrdefulde for den dominerende virksomheds kunder sammenholdt med hensynet til den dominerende virksomheds varetagelse af egne erhvervmæssige interesser. Dette illustreres for eksempel i *Alsatel*,⁷⁷ hvor de omstridte forretningsbetingelser vedrørte automatisk forlængelse af en lejekontrakt med femten år på tidspunktet for kontraktens udløb samt en betydelig lejestigning i forbindelse hermed. Domstolen fandt, at disse betingelser udgjorde udnyttende adfærd og en uforholdsmæssigt stor byrde for den dominerende virksomheds kunder, hvorfor de blev anset som urimelige.⁷⁸ Illustrerende er ligeledes *Tetra Pak II*,⁷⁹ hvor flere former for misbrug af dominerende stilling, herunder urimelige forretningsbetingelser, var under pådømmelse. Her bemærkede Retten, at en række forretningsbetingelser i forbindelse med den dominerende virksomheds salg og udlejning af emballagemaskineri indgik i en samlet strategi, der blandt andet havde til formål at gøre kunderne fuldstændig afhængig af dennes accessoriske ydelser i maskinens levetid.⁸⁰ Derfor fandt Retten, at forretningsbetingelserne isoleret såvel som samlet set måtte betragtes som uforholdsmæssigt byrdefulde for kunderne, og

⁷² Ibid., præmis 144 og 154-155.

⁷³ Sag 127/73, (BRT-II) BRT mod SABAM.

⁷⁴ Ibid., præmis 12.

⁷⁵ Ibid., præmis 13.

⁷⁶ Ibid., præmis 15. Se hertil Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, s. 516.

⁷⁷ Sag 247/86, *Alsatel mod Novasam*.

⁷⁸ Ibid., især præmis 10. Se hertil Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, s. 516.

⁷⁹ Sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen*, stadfæstet i sag C-333/94 P, *Tetra Pak mod Kommissionen*.

⁸⁰ Sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen*, især præmis 135-139.

mere vidtgående end nødvendigt, for at Tetra Pak kunne beskytte egne handelsinteresser.⁸¹ Betingelserne indebar derfor blandt andet et udnyttende misbrug af kunderne, og blev betragtet som urimelige.

Desuden illustrerer *AAMS*,⁸² at forretningsbetingelser, der ikke er nødvendige for at forsvare den dominerende virksomheds erhvervmæssige interesser, kan anses som urimelige. Her fandt Retten, at det italienske statsmonopol inden for engrosdistribution af cigaretter havde misbrugt sin dominerende stilling ved at påtvinge sine kunder urimelige forretningsbetingelser. De omstridte forretningsbetingelser gav blandt andet det italienske statsmonopol som distributør af udenlandske cigaretter ret til at kontrollere introduktionen af nye cigaretmærker på det italienske marked og den månedlige mængde af cigaretter, der tilførtes markedet.⁸³ Disse betingelser blev betragtet som urimelige særligt under henvisning til, at *AAMS* på baggrund heraf ensidigt kunne begrænse distributionen af udenlandske cigaretter både med hensyn til kvantitet og introduktion af nye cigaretmærker, og at betingelserne ikke var nødvendige for at *AAMS* kunne forsvare sine erhvervmæssige interesser.⁸⁴

3.1.2 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser

Selvom foreliggende EU-retspraksis vedrører urimelige forretningsbetingelser af forskelligartet karakter, har hverken Domstolen eller Retten på nuværende tidspunkt haft anledning til konkret at vurdere, hvorvidt privatlivsbetingelser påtvunget forbrugere af dominerende onlineplatforme kan anses som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a.⁸⁵ Endvidere foreligger der ikke praksis fra Kommissionen, der forholder sig hertil. Imidlertid foreligger der enkelte administrative afgørelser fra medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheder, der forholder sig til problemstillingen. Denne administrative praksis fastlægger som nævnt indledningsvist ikke gældende ret, ligesom hverken Domstolen, Retten eller Kommissionen er bundet af denne. Sådanne afgørelser kan imidlertid i mangel på praksis fra EU-institutionerne tjene som fortolkningsbidrag i relation til, hvorvidt privatlivsbetingelser påtvunget forbrugere af dominerende onlineplatforme i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis kan anses som urimelige forretningsbetingelser i strid med TEUF art. 102, litra a.

I denne sammenhæng er en nyligt afsagt afgørelse fra det tyske *Bundeskartellamt* (BKA) særligt interessant, da det her netop vurderes, hvorvidt en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser implementeret med henblik på omfattende indsamling og behandling af forbrugeres personlige data kan anses som et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse.⁸⁶ Det bemærkes dog, at afgørelsen er afsagt

⁸¹ *Ibid.*, præmis 140.

⁸² Sag T-139/98, *AAMS mod Kommissionen*.

⁸³ *Ibid.*, præmis 15-21.

⁸⁴ *Ibid.*, præmis 73-80 og 83-85. Se hertil Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 727; og Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, s. 516-517.

⁸⁵ Se Botta & Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy*, s. 429.

⁸⁶ Sag B6-22/16, *Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019*.

alene i henhold til national konkurrencelovgivning i form af Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung § 19(1),⁸⁷ hvilken fremgangsmåde er omdiskuteret.⁸⁸ Denne bestemmelse er imidlertid den tyske pendant til TEUF art. 102, hvis anvendelsesområde afspejles heri.⁸⁹ Afgørelsen kan således uanset dette sammenholdes med foreliggende EU-retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser, og indgå som fortolkningsbidrag i vurderingen af, om og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser kan anses som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a.⁹⁰

Afgørelsen omhandlede, hvorvidt Facebooks privatlivsbetingelser, der indebar som betingelse for adgang til dennes sociale netværk, at brugerne samtykkede til indsamling, behandling og sammenfletning af deres personlige data fra forskellige datakilder, kunne antages at udgøre urimelige forretningsbetingelser. Disse forskellige datakilder omfattede førstepartsdata, genereret ved brug af selve Facebook, såvel som tredjepartsdata genereret ved brug af andre onlinetjenester.⁹¹ Det var imidlertid alene Facebooks indsamling og behandling af tredjepartsdata, der var genstand for afgørelsen.⁹² Disse tredjepartsdata omfattede både data, som blev genereret ved brug af onlinetjenester, der er kontrolleret af Facebook, såsom Instagram og WhatsApp,⁹³ og data, som blev genereret ved brug af onlinetjenester, der ikke er kontrolleret af Facebook og *prima facie* ikke synes at være tilknyttet Facebook.⁹⁴ Selvom sådanne eksterne onlinetjenester ikke umiddelbart synes at være tilknyttet Facebook, sker der imidlertid en overførsel af Facebook-brugeres personlige data, som genereres på disse tjenester, til Facebook, når de har integreret Facebooks Application Programming Interface, såsom Facebook Business Tools,⁹⁵ der faciliterer datadeling med Facebook. Afgørende var således, hvorvidt Facebooks privat-

⁸⁷ Ibid., pkt. 914.

⁸⁸ Nationale konkurrencemyndigheder og domstole er forpligtet til at anvende TEUF art. 102 parallelt med national konkurrencelovgivning på misbrug, der er forbudt i henhold hertil, når misbruget kan påvirke samhandlen mellem medlemsstater, jf. Forordning nr. 1/2003, art. 3, stk. 1. Medlemsstaterne er imidlertid ikke afskåret fra at vedtage eller anvende mere restriktiv national lovgivning, jf. Forordning nr. 1/2003, art. 3, stk. 2, hvilket udgjorde grundlaget for de tyske konkurrencemyndigheders fremgangsmåde. For en analyse af problemstillingen se Wils, *The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt*.

⁸⁹ Se hertil generalklausulen i Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung § 19(1), hvori anføres; »*The abuse of a dominant position by one or several undertakings is prohibited*« (officiel engelsk oversættelse)

⁹⁰ Se hertil Botta & Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy*, s. 441.

⁹¹ Sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, pkt. 91-96.

⁹² Ibid., pkt. 116.

⁹³ Se uddybende *ibid.*, pkt. 117-134.

⁹⁴ Se uddybende *ibid.*, pkt. 135-150.

⁹⁵ Facebook Business Tools omfatter en række produkter, der navnlig tillader virksomheder at interagere med Facebook-brugere uden for Facebooks sociale netværk. Dette kan for eksempel ske gennem integration af Facebook-funktioner såsom like- og delefunktioner eller Facebook log-in på deres internetsider. Desuden kan virksomheder gennem Facebook Business Tools udvikle applikationer, der kan anvendes på Facebook, og indhente data om, hvordan Facebook-brugere interagerer med deres internetside, applikationer eller Facebookside, hvis disse er integreret med Facebook Business Tools. Se herom *ibid.*, pkt. 52.

livsbetingelser, i det omfang adgang til det sociale netværk blev betinget af, at brugerne samtykkede til indsamling og behandling af deres personlige data som tredjepartsdata, kunne betragtes som urimelige forretningsbetingelser.

BKA foretog en vurdering af, hvorvidt Facebooks privatlivsbetingelser kunne anses som urimelige forretningsbetingelser, der i betydeligt omfang synes at være baseret på hensynet til forbrugernes interesse i ikke at miste kontrol over egne personlige data i urimeligt omfang, når de accepterer privatlivsbetingelser, der ensidigt påtvinges dem.⁹⁶ Frem for at anlægge en strengt konkurrenceretlig vurdering, fokuserede BKA på, om den dataindsamling og -behandling, der blev faciliteret af Facebooks privatlivsbetingelser, udgjorde en tilsidesættelse af Persondataforordningen (GDPR).⁹⁷ I henhold hertil er dataindsamling og -behandling kun lovlig, såfremt mindst ét af de i GDPR art. 6 udtømmende oplyste databehandlingsforhold finder anvendelse. BKA konstaterede, at ingen af disse forhold fandt anvendelse i relation til Facebooks dataindsamling og -behandling, men fokuserede især på, om denne lovligt kunne foretages på baggrund af samtykke i henhold til GDPR art. 6, stk. 1, litra a, kontraktuel nødvendighed i henhold til GDPR art. 6, stk. 1, litra b, eller legitime interesser i henhold til GDPR art. 6, litra f.

For det første kunne brugernes *samtykke* til Facebooks privatlivsbetingelser ikke betragtes som frivilligt givet,⁹⁸ hvilket skyldtes en klar ubalance i forholdet mellem brugerne og Facebook.⁹⁹ Nærmere bestemt medførte Facebooks monopollignende stilling med en markedsandel på over 90% af det relevante marked kombineret med direkte netværkseffekter, at brugerne fikseredes i en position, hvor de *de facto* var tvunget til at acceptere Facebooks privatlivsbetingelser eller fuldstændig afstå fra at bruge Facebooks sociale netværk. BKA anså det imidlertid ikke som en mulighed, at brugerne helt kunne afstå fra at anvende Facebooks sociale netværk, idet dette ville medføre betydelige ulemper for disse.¹⁰⁰

For det andet kunne Facebooks databehandling ikke betragtes som lovlig på baggrund af *kontraktuel nødvendighed*.¹⁰¹ Overordnet synes BKA at være af den opfattelse, at kontraktuel nødvendighed ikke kan udgøre et lovligt databehandlingsforhold, når indholdet af en kontrakt ensidigt påtvinges kunderne hos en dominerende virksomhed.¹⁰² Endvidere kunne indsamling og behandling af tredjepartsdata, som blev faciliteret af Facebooks privatlivsbetingelser, uanset om disse stammede fra Facebook-ejede eller eksterne onlinetjenester, ikke anses som nødvendig for at Facebook kunne udbyde sit personaliserede sociale netværk.¹⁰³ Dette skyldtes, at

⁹⁶ Ibid., pkt. 529 og 664.

⁹⁷ Forordning 2016/679/EU om databeskyttelse (GDPR).

⁹⁸ Sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, pkt. 641f.

⁹⁹ Ibid., pkt. 646.

¹⁰⁰ Ibid., pkt. 646.

¹⁰¹ Ibid., pkt. 666ff.

¹⁰² Ibid., pkt. 668 og 676-677.

¹⁰³ Ibid., pkt. 688ff.

nødvendighedskriteriet skal fortolkes indskrænkende, og derfor kan en onlineplatforme ikke ensidigt definere, hvilke data der er nødvendige for, at de kan præstere deres ydelser. Såfremt det var tilfældet, ville det gøre krav om lovlige databehandlingsforhold som kontraktuel nødvendighed eller samtykke illusoriske, hvilket ville skade forbrugeres interesse i at bevare kontrol over egne data.¹⁰⁴

Endelig kunne indsamling og behandling af tredjepartsdata ikke betragtes som lovlig på baggrund af Facebooks varetagelse af *legitime interesser*.¹⁰⁵ For at en interesse i denne henseende kan betragtes som legitim, må det påtænkte formål ikke kunne opnås med mindre byrdefulde midler, som i dette tilfælde kunne være anvendelse af førstepartsdata, genereret ved brug af selve Facebook, frem for tredjepartsdata.¹⁰⁶ Dette indebar en omfattende afvejning af forbrugers interesser over for Facebooks legitime erhvervsmæssige interesser, hvorefter det fandtes, at Facebooks indsamling og behandling af tredjepartsdata ikke kunne foretages med den begrundelse, at dette var nødvendigt for varetagelsen af legitime interesser.¹⁰⁷

Eftersom Facebooks indsamling og behandling af tredjepartsdata, som blev faciliteret af deres privatlivsbetingelser, ikke kunne foretages på baggrund af noget lovligt databehandlingsforhold i henhold til GDPR art. 6, udgjorde privatlivsbetingelserne en tilsidesættelse heraf, hvilket blev betragtet som en manifestation af Facebooks betydelige markedsstyrke.¹⁰⁸ Der fandtes at være en normativ kausal forbindelse mellem tilsidesættelsen af databeskyttelsesretlige bestemmelser og Facebooks markedsstyrke, hvilket indebar en skadelig effekt på forbrugernes ret til at bevare en vis kontrol over egne personlige data.¹⁰⁹ Derfor fandtes Facebooks privatlivsbetingelser at udgøre et udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse, i det omfang adgang til Facebooks sociale netværk betingedes af samtykke til indsamling og behandling af tredjepartsdata.

Hvorvidt afgørelsen bliver opretholdt eller omstødt er usikkert, eftersom *Oberlandesgericht Düsseldorf* i forbindelse med appelsagen for denne ret har suspenderet afgørelsen, indtil en endelig dom foreligger.¹¹⁰ Uanset denne usikkerhed repræsenterer afgørelsen imidlertid et af de første tilfælde i EU, hvor en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser er blevet anset som værende urimelige forretningsbetingelser. Derfor udgør denne stadig et relevant fortolkningsbidrag i relation til vurderingen af, hvorvidt dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser potentielt kan anses som urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere i strid med TEUF art. 102, litra a.

¹⁰⁴ Ibid., pkt. 693 og 706.

¹⁰⁵ Ibid., pkt. 727ff.

¹⁰⁶ Ibid., pkt. 742.

¹⁰⁷ Ibid., pkt. 870.

¹⁰⁸ Ibid., pkt. 871ff.

¹⁰⁹ Ibid., pkt. 876.

¹¹⁰ Se sag VI-Kart 1/19 (V), Facebook mod Bundeskartellamt. Se hertil Bundeskartellamts pressemeddelelse, Review of 2019, afsnit "Digital Economy", hvoraf fremgår, at Bundeskartellamt imidlertid har appelleret denne afgørelse til den tyske føderale højesteret, *Bundesgerichtshof*.

3.1.3 Sammenfatning

Som konstateret oven for kan der på baggrund af foreliggende EU-retspraksis opstilles overordnede kategorier af forretningsbetingelser, der tidligere er blevet anset som urimelige. Foruden disse overordnede kategorier kan der ligeledes udledes tre generelle elementer, som forekommer gennemgående i denne retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser, hvilke elementer præsenteres her og analyseres nærmere i det følgende. For det første har de forretningsbetingelser, der er anset som urimelige, konsekvent været påtvunget en dominerende virksomheds industrielle handelspartnere frem for endelige forbrugere. For det andet har de urimelige forretningsbetingelser oftest været ensidigt påtvunget kunder hos en dominerende virksomhed, der besad en ekstraordinært betydelig markedsstyrke. For det tredje synes vurderingen af forretningsbetingelsernes urimelighed konsekvent foretaget med udgangspunkt i en samlet konkret vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de indgik.

Disse generelle elementer og overordnede kategorier af forretningsbetingelser, der tidligere er anset som urimelige, skal i det følgende udgøre en normativ baggrund for, hvorvidt og i hvilket omfang dominerende onlinaplatformes privatlivsbetingelser kan antages at udgøre et udnyttende misbrug af forbrugere i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse i strid med TEUF art. 102, litra a. I den forbindelse indgår de tyske konkurrencemyndigheders *Facebook-afgørelse* som fortolkningsbidrag, idet det vurderes, i hvilket omfang denne er i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis og de generelle elementer, der kan udledes heraf. Desuden indgår afgørelsen som fortolkningsbidrag i en vurdering af, hvilke faktorer der kan betragtes som afgørende i vurderingen af, hvorvidt privatlivsbetingelser kan anses som urimelige forretningsbetingelser.

3.2 Urimelige forretnings- samt privatlivsbetingelser påtvunget forbrugere

Forretningsbetingelser, der i foreliggende EU-retspraksis er blevet anset som urimelige, har konsekvent været påtvunget en dominerende virksomheds industrielle handelspartnere frem for endelige forbrugere. Derfor har hverken Domstolen eller Retten tidligere taget stilling til, hvorvidt urimelige forretningsbetingelser af udnyttende karakter, der er påtvunget forbrugere direkte, kan sanktioneres i henhold til TEUF art. 102, litra a.¹¹¹ Det fordrer derfor en vurdering af, om bestemmelsen kan antages at finde anvendelse i sådanne tilfælde.

¹¹¹ Se hertil Botta & Wiedemann, EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy, s. 18.

3.2.1 Urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere

Indledningsvist kan det konstateres, at ordlyden af TEUF art. 102, litra a, ikke synes at være til hinder for en sådan anvendelse af bestemmelsen, modsat for eksempel TEUF art. 102, litra c, hvis ordlyd synes svært forenelig med sanktionering af udnyttende adfærd rettet mod forbrugere.¹¹² Anvendelse af TEUF art. 102, litra a, er netop ikke betinget af, at de kunder, der påtvinges urimelige forretningsbetingelser, som resultat heraf stilles ringere i konkurrencen.

Det er endvidere Kommissionens opfattelse, at dominerende virksomheders udnyttende misbrug rettet direkte mod forbrugerne kan udgøre en tilsidesættelse af TEUF art. 102.¹¹³ Denne opfattelse synes i relation til urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, ligeledes at fremgå af Kommissionens praksis.¹¹⁴ Dette illustreres for eksempel i *1998 Football World Cup*,¹¹⁵ hvor *Comité français d'organisation de la Coupe du monde de football 1998* (CFO) havde et faktisk monopol på levering af billetter til slutrunden.¹¹⁶ Formidlingen af en andel af disse billetter blev betinget af, at forbrugerne, der aftog billetterne, havde adresse i Frankrig, hvilket CFO begrundede i sikkerhedsmæssige hensyn.¹¹⁷ Kommissionen fandt, at adressekravet i realiteten betød, at CFO påtvang forbrugere bosiddende uden for Frankrig en urimelig forretningsbetingelse i strid med TEUF art. 102, litra a.¹¹⁸ Hertil anførte Kommissionen, at det ikke er nødvendigt at påvise en konkurrenceskadelig effekt af en given adfærd i tilfælde, hvor denne adfærd er direkte skadelig for forbrugernes interesser.¹¹⁹ Det har formentlig påvirket Kommissionens afgørelse, at den urimelige forretningsbetingelse var udtryk for indirekte diskriminering på baggrund af nationalitet i modstrid med Unionens grundlæggende principper.¹²⁰ Ikke desto mindre illustrerer afgørelsen, at urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere direkte efter Kommissionens opfattelse kan betragtes som en tilsidesættelse af TEUF art. 102, litra a, uden der stilles krav om påvisning af, at disse medfører en konkurrenceskadelig effekt. Der foreligger imidlertid ikke retspraksis fra Domstolen eller Retten, som bekræfter Kommissionens praksis, men yderligere momenter taler for denne

¹¹² Se TEUF art. 102, litra a, hvorefter misbrug af dominerende stilling især kan bestå i »*direkte eller indirekte påtvingelse af urimelige købs- eller salgspriser eller af andre urimelige forretningsbetingelser*« smh. TEUF art. 102, litra c, hvorefter misbrug af dominerende stilling især kan bestå i »*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen*« [egne understregninger].

¹¹³ Se Kommissionens meddelelse om håndhævelse af TEUF art. 102, pkt. 7.

¹¹⁴ Se hertil Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 208.

¹¹⁵ Sag IV/36.888 - Verdensmesterskab i fodbold i 1998.

¹¹⁶ *Ibid.*, pkt. 84-87.

¹¹⁷ *Ibid.*, pkt. 19-24 og 57-58.

¹¹⁸ *Ibid.*, pkt. 98-91.

¹¹⁹ *Ibid.*, pkt. 99-100.

¹²⁰ *Ibid.*, pkt. 102.

anvendelse af TEUF art. 102, litra a. Dette er særligt, at forbrugervelfærd generelt betragtes som den accepterede velfærdsstandard i EU,¹²¹ ligesom europæisk konkurrenceret gennem regulering af konkurrencehæmmende adfærd har som centralt formål indirekte at sikre, at forbrugervelfærden ikke påvirkes negativt.¹²² Der er således formentlig intet til hinder for at sanktionere urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere direkte i henhold til TEUF art. 102, litra a.¹²³

3.2.2 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere

På linje med ovenstående er det de tyske konkurrencemyndigheders opfattelse, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser kan underlægges konkurrenceretlig sanktionering, når disse kan anses som urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere direkte, hvilket illustreres i *Facebook-afgørelsen*. Der kan da også argumenteres for, at en sådan anvendelse af TEUF art. 102 er særligt relevant i denne dataøkonomiske kontekst, hvilket kan begrundes i flere faktorer.

En af disse faktorer er eksistensen af en betydelig informationsasymmetri mellem forbrugere og onlineplatforme, når forbrugerne gennem privatlivsbetingelser samtykker til onlineplatformes indsamling og behandling af deres personlige data, hvilket påvirker forbrugernes evne til at foretage informerede beslutninger.¹²⁴ Denne informationsasymmetri skyldes hovedsageligt manglende gennemsigtighed i onlineplatformenes privatlivsbetingelser vedrørende omfanget af dataindsamlingen og -behandlingen, herunder hvorvidt denne omfatter indsamling af både første- og tredjepartsdata, og hvorvidt de indsamlede data videregives til tredjeparter.¹²⁵ Onlineplatformes privatlivsbetingelser er netop ofte omfattende og formuleret på en måde, som de fleste forbrugere ikke nødvendigvis forstår,¹²⁶ hvilket påvirker deres evne til at overskue konsekvenserne af onlineplatformenes dataindsamling og -behandling og til at foretage en informeret beslutning på baggrund heraf. Dette medfører, at forbrugere ofte samtykker til onlineplatformes privatlivsbetingelser, uden at kunne overskue, hvordan og i hvilket omfang deres personlige data indsamles og behandles.¹²⁷ I overensstemmelse hermed

¹²¹ Se f.eks. sag C-209/10, Post Danmark mod Konkurrencerådet, især præmis 24. Se endvidere hertil Ezrachi, *The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy*, s. 5-7.

¹²² Se Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 53-54.

¹²³ Se hertil Economides & Lianos, *Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy*, s. 51; og Botta & Wiedemann, *EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy*, s. 18. Se endvidere O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 859, der forholder sig mere skeptisk til anvendelsen af art. 102, litra a, i tilfælde, hvor dominerende virksomheder påtvinger forbrugere urimelige forretningsbetingelser direkte.

¹²⁴ Se OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 23.

¹²⁵ Se hertil Kerber, *Digital markets, data, and privacy*, s. 6-7.

¹²⁶ Se Custers, *Informed Consent in Social Media Use*, s. 457.

¹²⁷ Se hertil Kerber, *Digital markets, data, and privacy*, s. 7.

bemærkede BKA i *Facebook-afgørelsen*, at den manglende gennemsigtighed i Facebooks privatlivs-betingelser medførte, at brugerne accepterede disse, selvom de ikke var i stand til at overskue konsekvenserne af deres samtykke, herunder hvordan og i hvilket omfang disse data blev behandlet eller videregivet.¹²⁸

En anden af faktor er, at forbrugernes manglende forhandlingsstyrke i relation til onlineplatformenes privatlivs-betingelser har tendens til at fikserer forbrugerne i en situation, hvor de er tvunget til at acceptere privatlivs-betingelserne, eller helt at afstå fra at anvende onlineplatformenes ydelser, hvilket kan medføre, at forbrugere i højere grad risikerer at miste kontrol over egne personlige data.¹²⁹ Dette illustreres ligeledes i *Facebook-afgørelsen*, hvor BKA fandt, at forbrugere, der ønskede adgang til Facebooks sociale netværk, *de facto* var tvunget til at acceptere Facebooks privatlivs-betingelser.¹³⁰ Dermed mistede forbrugerne kontrol over deres egne personlige data, idet privatlivs-betingelserne indebar, at forbrugernes tredjepartsdata, som blev genereret ved anvendelse af andre onlinetjenester end selve Facebook, blev videregivet til Facebook og sammenflettet med førstepartsdata, som blev genereret ved brug af selve Facebook.¹³¹ Dette gjaldt både, når disse andre onlinetjenester var ejet af Facebook, og når de var eksterne tjenester og havde integreret Facebooks Application Programming Interfaces.

Disse faktorer har særligt to konsekvenser, der er af væsentlig betydning i denne sammenhæng. For det første kan de manifestere sig i det såkaldte *privacy-paradoks*,¹³² som refererer til, at onlineplatformes brugere generelt hævder, at de ønsker at værne om deres digitale privatliv, men at de derimod ikke optræder i overensstemmelse med dette ønske.¹³³ Den manglende gennemsigtighed i onlineplatformes privatlivs-betingelser og forbrugernes manglende forhandlingsstyrke kan resultere i, at forbrugerne hverken har evne til eller mulighed for at agere i overensstemmelse med deres ønske om et beskyttet digitalt privatliv. En indikation heraf er, at det er de færreste forbrugere, der faktisk nærlæser onlineplatformes privatlivs-betingelser.¹³⁴ Dette kan være udtryk for, at forbrugerne alligevel ikke kan overskue konsekvensen af deres samtykke, og i øvrigt er tvunget til at acceptere privatlivs-betingelserne, hvis de ønsker adgang til en given platforms ydelser, hvorfor de fravælger at nærlæse disse. For det andet medfører informationsasymmetrien og ubalancen i forhandlingsstyrken mellem

¹²⁸ Sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, især pkt. 384-385.

¹²⁹ Se hertil Costa-Cabral & Lynskey, Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law, s. 2, hvori anføres »[...] online goods and services are frequently offered on a 'take-it-or-leave-it' basis leaving little real scope for choice. Left to its own devices, the market strays away from an optimal level of individual control over personal data.«.

¹³⁰ Sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, især pkt. 643.

¹³¹ Ibid., især pkt. 905.

¹³² Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 35.

¹³³ Se hertil Kerber, Digital markets, data, and privacy, s. 6-7.

¹³⁴ Se Europa-Kommissionen, Special Eurobarometer 431, s. 84.

forbrugere og dominerende onlineplatforme, at det i visse tilfælde kan forekomme illusorisk at betegne forbrugers samtykke til dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser som frivilligt og informeret.¹³⁵ Når personlige data som et lovligt databehandlingsformål kan behandles på baggrund af den registreredes samtykke i henhold til GDPR,¹³⁶ er det en refleksion af, at fysiske personer bør have kontrol over egne personlige data.¹³⁷ Derfor skal dette samtykke udgøre en frivillig, specifik, informeret og utvetydig viljestilkendegivelse for at være gyldigt.¹³⁸ GDPR synes dermed at forudsætte, at fysiske personer, herunder forbrugere på digitale markeder, agerer frit og fuldt informeret om det omfang, hvori deres personlige data indsamles og behandles, når de giver samtykke til dataindsamlingen og -behandlingen. I denne dataøkonomiske kontekst kan de ovennævnte faktorer som illustreret imidlertid medfører, at denne forestilling om forbrugers effektive kontrol over egne personlige data formentlig ikke altid er retvisende. Dermed kan derfor også argumenteres for, at reguleringen af samtykke i forbindelse med indsamling og behandling af fysiske personers personlige data i henhold til GDPR i et vist omfang ikke lever op til sit formål i denne sammenhæng.¹³⁹

Ovenstående taler således for, at en anvendelse af TEUF art. 102, litra a, i dataøkonomisk kontekst er særdeles relevant i tilfælde, hvor forbrugere frem for industrielle handelspartnere er målet for dominerende onlineplatformes udnyttende misbrug i form af privatlivsbetingelser, der potentielt kan anses som urimelige forretningsbetingelser.

3.2.3 Delkonklusion

Det kan på denne baggrund konkluderes, at der formentlig ikke er noget til hinder for at sanktionere urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere direkte i henhold til TEUF art. 102, litra a, og at en sådan anvendelse af bestemmelsen ligeledes er relevant i dataøkonomisk kontekst, hvor dominerende onlineplatforme påtvinger forbrugere privatlivsbetingelser, der potentielt kan anses som urimelige forretningsbetingelser. Dette skyldes flere faktorer, som bidrager til, at forbrugere ofte accepterer privatlivsbetingelser uden at kunne overskue konsekvenserne af deres samtykke, hvilket kan medføre, at forbrugerne mister kontrollen over deres personlige data. Det kan for eksempel være fordi, samtykket indebærer, at onlineplatformen kan indsamle og behandle tredjepartsdata, som genereres ved brug af andre onlinetjenester, end den onlineplatform, hvis privatlivsbetingelser forbrugere accepterede. Der synes således heller ikke at være noget til hinder for at anvende retspraksis fra Domstolen og Retten vedrørende urimelige forretningsbetingelser påtvunget industrielle handelspartnere *mutatis mutandis* på tilfælde, hvor urimelige forretningsbetingelser, herunder urimelige privatlivsbetingelser, påtvinges forbrugere direkte. Det bemærkes dog, at der henset til den manglende retspraksis

¹³⁵ Se Costa-Cabral & Lynskey, Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law, s. 2-3; og Botta & Wiedemann, The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy, 431-432.

¹³⁶ Forordning 2016/679/EU om databeskyttelse (GDPR), art. 6, stk. 1, litra a, og art. 9, stk. 2, litra a.

¹³⁷ Ibid., præambel 7.

¹³⁸ Ibid., præambel 32 og art. 7 smh. art. 4, nr. 11.

¹³⁹ Se hertil Botta & Wiedemann, The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy, 431-432.

fra Domstolen vedrørende denne anvendelse af TEUF art. 102, litra a, består en vis usikkerhed i forbindelse med denne konklusion.

3.3 Markedsstyrke og ensidigt påtvungne forretnings- samt privatlivsbetingelser

Det forekommer i foreliggende EU-retspraksis gennemgående, at forretningsbetingelser er blevet anset som urimelige, når disse har været ensidigt påtvunget den dominerende virksomheds kunder. Dette er ikke overraskende, eftersom mulighed for udvisning af ensidig adfærd er kendetegnende for virksomheder, der indtager en dominerende stilling. Imidlertid har de forretningsbetingelser, der er blevet anset som urimelige, oftest været anvendt af virksomheder, der ikke alene har indtaget en dominerende stilling, men endda en særligt dominerende stilling, på det relevante marked. En sådan særligt dominerende stilling benævnes undertiden som superdominans,¹⁴⁰ og er udtryk for at en dominerende virksomhed har så betydelig en markedsmagt, at den reelt kan betragtes som en uomgængelige handelspartner, og dermed har sikkerhed for at kunne udvise uafhængig adfærd.¹⁴¹

Illustrerende herfor er for eksempel *AAMS* og *BRT II*, hvor de dominerende virksomheder indtog en faktisk monopolstilling på de respektive relevante markeder, og derfor blev betragtet som uomgængelige handelspartnere.¹⁴² Denne særligt dominerende stilling kan selvsagt desuden opnås ved en retlig monopolstilling på det relevante marked. I *Tetra Pak II* blev den dominerende virksomhed ligeledes betragtet som en uomgængelig handelspartner, eftersom Retten konstaterede, at denne besad en andel på cirka 90 % af det relevante marked, hvilket i sig selv udgjorde bevis for en betydelig dominerende stilling, idet der ikke forelå usædvanlige omstændigheder, som kunne tjene til at modbevise dette.¹⁴³

Mangel på en retlig eller faktisk monopolstilling eller en monopollignende stilling udelukker imidlertid ikke, at en dominerende virksomhed kan indtage en særligt dominerende stilling. Dette illustreres i *United Brands*, hvor United Brands Company besad en andel på 40-45 % af det relevante marked, hvilket i sig selv ikke var tilstrækkeligt til at konkludere, at virksomheden indtog en dominerende stilling.¹⁴⁴ Imidlertid konstaterede

¹⁴⁰ Se herom Whish & Bailey, Competition Law, s. 195-196.

¹⁴¹ Se hertil sag C-23/14, Post Danmark mod Konkurrencerådet, præmis 40, hvori anføres; »Den omstændighed, at en virksomhed har en meget stor markedsandel, giver den en magtposition, som gør virksomheden til en uomgængelig forretningsforbindelse, og som giver den sikkerhed for at kunne udvise en uafhængig adfærd.«.

¹⁴² I sag T-139/98, AAMS mod Kommissionen, præmis 12 smh. præmis 40, karakteriseredes AAMS som en uomgængelig handelspartner med en faktisk monopolstilling på det relevante marked. Det bemærkes hertil, at den danske oversættelse af præmis 12 formentlig er forkert, da det anføres; »Kommissionen karakteriserede endvidere AAMS som en »uomgængelig forretningsforbindelse« for udenlandske virksomheder [...]«, hvorimod det i den engelske udgave anføres; »The Commission also described it as an unavoidable trading partner for foreign firms [...]«. I sag 127/73, (BRT-II) BRT mod SABAM, præmis 3, konstateredes det ligeledes, at det belgiske forfatter-, komponist- og forlæggerforbund rådede over et faktisk monopol på det relevante marked.

¹⁴³ Se sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 109-111.

¹⁴⁴ Se sag 27/76, United Brands Company mod Kommissionen, præmis 108.

Domstolen, at virksomhedens bananmærke, Chiquita, var førende på det relevante marked, hvorfor forhandlerne ikke kunne tillade sig ikke at udbyde disse til forbrugerne.¹⁴⁵ Desuden konstaterede Domstolen, at der bestod næsten uoverstigelige praktiske og finansielle adgangsbarrierer til det relevante marked, hvilket medførte, at potentielle konkurrenters indgang på markedet måtte anses som højest usandsynligt.¹⁴⁶ Domstolen synes således at indikere, at United Brands Company af disse grunde måtte betragtes som en uomgængelig handelspartner.

En særligt dominerende stilling på et relevant marked kan altså opnås som følge af eksempelvis en faktisk eller retlig monopolstilling, en monopollignende stilling, eller øvrige særlige forhold, der taler herfor. Uanset hvorledes en særligt dominerende stilling materialiseres, forekommer sanktionering af ensidigt påtvungne urimelige forretningsbetingelser i den foreliggende EU-retspraksis at være forbeholdt tilfælde, hvor den dominerende virksomhed har indtaget en sådan stilling, og dermed har haft sikkerhed for at kunne udvise uafhængig adfærd. Det skyldes formentlig, at denne særligt dominerende stilling i høj grad kan anvendes til at påtvinge kunder forretningsbetingelser, som de ellers – end ikke på et marked med en mere marginalt dominerende markedsleder – ville acceptere.

3.3.1 Markedsstyrke og ensidigt påtvungne privatlivsbetingelser på digitale markeder

I denne henseende er ovennævnte *Facebook-afgørelse* således i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis, idet BKA anså Facebook for at indtage en særligt dominerende stilling på det tyske marked for sociale netværk henvendt til private brugere.¹⁴⁷ Det synes i dominansvurderingen at have indgået som et betydeligt parameter, hvor stor en markedsandel baseret på brugeraktivitet Facebook besad,¹⁴⁸ og det konstateredes, at Facebook baseret på denne målestok besad en andel på over 90 % af det relevante marked.¹⁴⁹ Desuden eksisterede der ikke et konkurrencepres fra substituerende sociale medier, der kunne medføre, at Facebook måtte antages at besidde en mindre relativ markedsandel.¹⁵⁰ I den henseende bemærkede BKA i øvrigt, at Facebook ejer flere af disse substituerende sociale medier, såsom Instagram og WhatsApp, hvilket blev anset som bidragende til at konsolidere Facebooks særligt dominerende stilling.¹⁵¹ Endvidere udgjorde direkte og indirekte netværkseffekter betydelige adgangsbarrierer til det relevante marked, hvilket ligeledes konsoliderede Facebooks særligt dominerende stilling.¹⁵² Som følge af Facebooks omfattende brugergrundlag medførte direkte netværkseffekter, at Facebooks sociale netværk var meget attraktivt for nytilkomne brugere. Dette udgjorde dermed en væsentlig adgangsbarriere til det relevante marked, fordi potentielle konkurrenter måtte præstere et

¹⁴⁵ Ibid., præmis 93.

¹⁴⁶ Ibid., præmis 122-123.

¹⁴⁷ Se sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, pkt. 386ff.

¹⁴⁸ Ibid., pkt. 389 og 400.

¹⁴⁹ Ibid., pkt. 413.

¹⁵⁰ Ibid., pkt. 414-421.

¹⁵¹ Ibid., pkt. 418.

¹⁵² Ibid., pkt. 423 og 452.

lige så betydeligt brugergrundlag for at kunne konkurrere med Facebooks sociale netværk, hvilket ansås usandsynligt at opnå omgående efter indtræden på markedet.¹⁵³ Denne adgangsbarriere forstærkedes endvidere af indirekte netværkseffekter, idet virksomheder måtte forventes at benytte Facebooks personaliserede markedsføringsydelser frem for platforme med et mindre brugergrundlag, idet store brugergrundlag maksimerer markedsføringens eksponering.¹⁵⁴

Den særligt dominerende stilling, som BKA anså Facebook for at indtage, er i overensstemmelse med, at datadrevne digitale markeder generelt antages at have tendens til at favorisere markedskoncentration og -dominans.¹⁵⁵ Det skyldes netop særligt, at direkte og indirekte netværkseffekter, som er karakteriserende for onlineplatforme, bidrager til at konsolidere dominerende onlineplatformes markedsstyrke, som leder til markedskoncentration.¹⁵⁶ Direkte netværkseffekter kan for eksempel forekomme på onlineplatformes brugerside, hvor et stort brugergrundlag tiltrækker nye brugere, og nytilkommende brugere fremmer brugeroplevelsen for alle eksisterende brugere.¹⁵⁷ Indirekte netværkseffekter kan derimod forekomme mellem brugere på den ene side og virksomheder på den anden side, hvor eksponeringsgraden for virksomhedernes markedsføringskampagner stiger i takt med onlineplatformens brugerantal, hvilket gør platformenes personaliserede markedsføringsydelser attraktive.¹⁵⁸ Dominerende onlineplatforme som eksempelvis Google og Facebook, der har et stort brugergrundlag, kan således opnå en konsolidering af sin markedsposition på begge sider af markedet som resultat af netværkseffekterne.¹⁵⁹ Disse netværkseffekter kan endvidere være cirkulære og selvforstærkende, idet et kontinuerligt øget brugergrundlag fremmer brugeroplevelsen for eksisterende brugere og på ny tiltrækker flere brugere på den ene side af markedet. Dette gør herefter onlineplatformens personaliserede markedsføringsydelser mere attraktive for endnu flere virksomheder på den anden side af markedet. I takt med at en onlineplatforms brugergrundlag stiger, kan denne ligeledes indsamle tilsvarende flere personlige data, som kan danne grundlag for optimering af personaliserede brugeroplevelser og implementeringen af personaliserede markedsføringsydelser. Denne evne til at akkumulere store mængder varieret data sikrer således onlineplatformen en konkurrencemæssig fordel over konkurrenter, der ikke har samme evne til at indsamle data.¹⁶⁰

¹⁵³ Ibid., især pkt. 424-427.

¹⁵⁴ Ibid., især pkt. 441-442.

¹⁵⁵ Se f.eks. OECD, Data-driven Innovation for Growth and Well-Being, s. 7, hvori anføres; »*The economics of data favours market concentration and dominance. As highlighted in OECD work on competition in the digital economy, data driven markets can lead to a “winner takes all” result where concentration is a likely outcome of market success*« [egne understregninger]. Se endvidere Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 7.

¹⁵⁶ Se Surblyte, Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy, s. 11.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Ibid.

¹⁵⁹ Se hertil Costa-Cabral & Lynskey, Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law, s. 8.

¹⁶⁰ Se Stucke & Grunes, Big Data and Competition Policy, s. 8-9.

Betydelige adgangsbarrierer til visse digitale markeder, herunder især direkte og indirekte netværkseffekter, og evnen til at akkumulere forbrugeres personlige data i et stort brugergrundlag, bidrager dermed til at onlineplatforme såsom Facebook og Google ikke alene kan besidde en dominerende stilling men tillige en særligt dominerende stilling på disse markeder.¹⁶¹

3.3.2 Delkonklusion

I foreliggende EU-retspraksis er forretningsbetingelser oftest anset som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a, når virksomheden, der anvender disse, har indtaget en særligt dominerende – superdominant – stilling på det relevante marked. Det kan da også konkluderes, at visse onlineplatforme kan antages at indtage en sådan særligt dominerende stilling på digitale markeder, hvilket giver dem sikkerhed for at kunne udvise uafhængig adfærd, som ligeledes illustreres i *Facebook-afgørelsen*. Derfor kan disse platforme anvende deres position til ensidigt at implementere privatlivsbetingelser, der faciliterer omfattende indsamling og behandling af første- såvel som tredjepartsdata, som forbrugerne er tvunget til at acceptere, såfremt de vil opnå adgang til onlineplatformenes ydelser. Sådanne privatlivsbetingelser kan imidlertid potentielt anses som urimelige forretningsbetingelser, idet denne dataindsamling og -behandling kan medføre, at forbrugerne mister kontrol over egne personlige data.

I denne dataøkonomiske kontekst bør sanktionering af dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, ligeledes som hovedregel forbeholdes tilfælde, hvor privatlivsbetingelserne påtvinges forbrugere af en særligt dominerende onlineplatform. Det skyldes hovedsageligt, at det især er sådanne særligt dominerende onlineplatforme, der i kraft af deres betydelige brugergrundlag drager fordel af selvforstærkende direkte og indirekte netværkseffekter, som bidrager til at konsolidere deres markedsposition.

3.4 Samlet vurdering af privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser

Vurderingen af forretningsbetingelsers urimelighed i henhold til TEUF art. 102, litra a, synes i foreliggende retspraksis at foretages med udgangspunkt i en samlet konkret vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori forretningsbetingelserne indgår.¹⁶²

I den samlede vurdering lægges der blandt andet vægt på, hvor byrdefulde betingelserne er for den dominerende virksomheds kunder, hvilke fordele kunderne opnår i henhold til aftalen, hvori de omstridte forretningsbetingelser indgår, samt formålet med forretningsbetingelserne sammenholdt med den dominerende virksomheds varetagelse af sine erhvervs-mæssige interesser. Det illustreres for eksempel i *BRT II*, hvor Domstolen konkluderede, at de omstridte forretningsbetingelsers urimelighed skulle vurderes enkeltvis og i sammenhæng,

¹⁶¹ Se OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 32-34.

¹⁶² Se hertil Faull & Nikpay, *The EU Law of Competition*, s. 516-517; og Jessen m.fl., *Regulering af konkurrence i EU*, s. 279. Se endvidere O'Donoghue & Padilla, *The Law and Economics of Article 102 TFEU*, s. 859, der strukturerer denne samlede vurdering i en tretrinsetest.

samt under hensyntagen til forretningsbetingelsernes indvirkning på den dominerende virksomheds kunders eller tredjeparters interesser.¹⁶³ I lighed hermed foretog Domstolen i *Tetra Pak II* en samlet vurdering af den strategi, hvori de omstridte forretningsbetingelser indgik, og lagde afgørende vægt på forretningsbetingelsernes formål, samt i hvilken udstrækning disse var berettiget under hensyntagen til virksomhedens varetagelse af egne erhvervsmæssige interesser.¹⁶⁴

Hvorvidt og i hvilket omfang dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser kan anses som et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser ensidigt påtvunget forbrugere i strid med TEUF art. 102, litra a, skal således i overensstemmelse med denne retspraksis afgøres med udgangspunkt i en samlet vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng. Denne vurdering skal desuden foretages under hensyntagen til de faktorer, der lægges vægt på i foreliggende EU-retspraksis. Det er derfor ligeledes relevant at vurdere, hvorvidt sådanne privatlivsbetingelser kan omfattes de kategorier af forretningsbetingelser, der i foreliggende EU-retspraksis er anset som urimelige. Disse omfatter som nævnt oven for forretningsbetingelser, der antages at facilitere andre former for misbrug, der kan anses som for vidtgående henset til den dominerende virksomheds formål, eller der kan anses som uforholdsmæssigt byrdefulde for den dominerende virksomheds kunder.

3.4.1 Privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser der faciliterer andre former for misbrug

For det første kan dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser anses som urimelige forretningsbetingelser, såfremt disse efter en samlet vurdering kan antages at facilitere andre former for misbrug.¹⁶⁵ Afgørende herfor er, om en dominerende onlineplatform udnytter forbrugernes samtykke til sine privatlivsbetingelser ved at anvende de personlige data, der indsamles og behandles på baggrund af samtykket, til at facilitere andre former for misbrug på bekostning af forbrugernes kontrol over egne personlige data.

Omfattende indsamling af forbrugeres personlige data tillader onlineplatforme at udarbejde detaljerede dataprofiler vedrørende den enkelte forbrugers præference, som blandt andet anvendes til at optimere personaliserede ydelser og i forbindelse med personaliseret markedsføring.¹⁶⁶ Imidlertid kan disse personlige data og dataprofiler ligeledes danne grundlag for andre potentielle former for misbrug af en dominerende stilling, herunder også yderligere udnyttende misbrug af forbrugerne.¹⁶⁷ For eksempel kan detaljerede dataprofiler, der kortlægger forbrugernes individuelle præferencer, være faciliterende for prisdiskriminering baseret på adfærd,

¹⁶³ Sag 127/73, (BRT-II) BRT mod SABAM, præmis 13-15.

¹⁶⁴ Sag T-83/91, Tetra Pak mod Kommissionen, præmis 140.

¹⁶⁵ I overensstemmelse med f.eks. sag 27/76, United Brands Company mod Kommissionen, især præmis 137.

¹⁶⁶ Se hertil sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, pkt. 598, hvor dette ligeledes bemærkes for så vidt angår Facebook.

¹⁶⁷ Se OECD, Consumer Data Rights and Competition, s. 22.

hvilket undertiden betegnes som adfærdskriminering.¹⁶⁸ En sådan praksis kan være forbrugervelfærdsmaksimerende, idet virksomheder som følge af den øgede indtjening, denne medfører, for eksempel motiveres til at implementere innovative tiltag til fordel for forbrugerne.¹⁶⁹ Imidlertid kan denne praksis ligeledes have en negativ effekt på forbrugervelfærden, hvis den implementeres af onlineplatforme med en særligt dominerende stilling, der ikke er udsat for et konkurrencepres, som kan motivere implementering af disse innovative tiltag.¹⁷⁰ Sådanne onlineplatforme kan udsætte forbrugere for adfærdskriminering gennem anvendelse af en række instrumenter, hvorved platformene profiterer på bekostning af forbrugervelfærden. Adfærdskriminering kan for eksempel forekomme ved anvendelse af såkaldt *steering*, hvor der genereres forskellige resultater for forskellige forbrugergrupper ved identiske produktsøgninger.¹⁷¹ En dominerende onlineplatform som eksempelvis Google kan eksempelvis ved en produktsøgning på Google Books alene vise dyrere produkter inden for søgekriteriernes rammer til forbrugergrupper, hvis forbrugerdata indikerer, at de er købedygtige og kvalitetsbevidste. Dette bidrager således til at maksimere onlineplatformens indtjening på bekostning af forbrugernes økonomiske interesser.¹⁷²

Besiddelse af betydelige mængder varieret forbrugerdata er en forudsætning for implementeringen af visse former for misbrug, herunder adfærdskriminering. Disse data indsamles og behandles i betydeligt omfang og fra forskellige datakilder af onlineplatforme, fordi disse betinger adgang til deres ydelser af forbrugernes samtykke hertil. Det er derfor i sidste instans onlineplatformenes privatlivsbetingelser, der faciliterer sådanne former for potentielt misbrug. Denne anvendelse af privatlivsbetingelser kan således udgøre et udnyttende misbrug af forbrugerne på bekostning af deres kontrol over egne data, idet disse data anvendes til formål, der kan skade deres økonomiske interesser. I det omfang dominerende onlineplatforme udnytter forbrugeres samtykke gennem privatlivsbetingelserne til omfattende indsamling af forbrugernes personlige data, som efterfølgende anvendes til at facilitere andre former for misbrug, må det derfor også antages, at disse privatlivsbetingelser i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis potentielt kan anses som urimelige i henhold til TEUF art. 102, litra a.

3.4.2 Privatlivsbetingelser som for vidtgående urimelige forretningsbetingelser

For det andet kan dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser udgøre urimelige forretningsbetingelser, såfremt disse må anses som værende for vidtgående henset til den dominerende virksomheds formål.¹⁷³ Dette vil formentlig imidlertid være af begrænset relevans i relation til privatlivsbetingelser, der påtvinges forbrugere

¹⁶⁸ Se uddybende herom Ezrachi & Stucke, *Virtual Competition*, s. 101f.

¹⁶⁹ Se OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 22; og Whish & Bailey, *Competition Law*, s. 778.

¹⁷⁰ Se OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 22.

¹⁷¹ Se Ezrachi & Stucke, *Virtual Competition*, s. 107.

¹⁷² Se endvidere sag AT.39740 - Google Search (Shopping), der illustrerer, at denne praksis ligeledes kan anvendes med den effekt, at den dominerende onlineplatforms konkurrenter ekskluderes, hvis den dominerende onlineplatform prioriterer egne søgeresultater fremfor konkurrenternes.

¹⁷³ I overensstemmelse med f.eks. sag 127/73, (BRT-II) BRT mod SABAM.

af onlineplatforme med rene erhvervsmæssige formål såsom Facebooks og Google. I *BRT II*, hvor de omstridte forretningsbetingelser blev anset som urimelige, fordi de var for vidtgående henset til den dominerende virksomheds formål, var denne virksomhed et kooperativt selskab, hvis samfundsmæssige formål bestod i udøvelse, administration og koordinering af sine medlemmers ophavsrettigheder.¹⁷⁴ Sådanne formål bør imidlertid ikke ligestilles med de rent erhvervsmæssige formål, der forfølges af onlineplatforme som Facebook og Google. Rækkevidden af denne afgørelse må således anses som begrænset til at omfatte forretningsbetingelser påtvunget af dominerende virksomheder, der i samme omfang varetager et samfundsmæssigt formål. I dataøkonomisk kontekst kan dette muligvis omfatte digitalt baserede foreninger eller forbund, som for eksempel en dominerende forbrugerinteresseforening, der har et erklæret samfundsmæssigt formål, og som omfattes det konkurrenceretlige virksomhedsbegreb. Hvorvidt en sådan forenings privatlivsbetingelser i denne henseende kan antages at udgøre et udnyttende misbrug af sine medlemmer i form af urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, vil afhænge af flere faktorer. Det vil særligt være af betydning, hvad foreningens nærmere specificerede formål er, samt hvor vidtgående en indsamling og behandling af medlemmernes personlige data dette formål berettiger. Desuden kan det være afgørende, hvorvidt adgang til medlemskab betinges af samtykke til indhentelse og behandling af første- såvel som tredjepartsdata, hvilket kan medføre, at medlemmerne mister kontrol over egne personlige data.¹⁷⁵

3.4.3 Privatlivsbetingelser som uforholdsmæssigt byrdefulde urimelige forretningsbetingelser

For det tredje og i nærværende sammenhæng særligt relevant kan dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser anses som urimelige forretningsbetingelser, såfremt disse kan betragtes som uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne i forhold til den dominerende virksomheds varetagelse af sine erhvervsmæssige interesser.¹⁷⁶ Dette indebærer en afvejning af forbrugernes interesser over for den dominerende onlineplatforms erhvervsmæssige interesser. I den forbindelse er den ovennævnte *Facebook-afgørelse* særligt illustrerende, idet den dels er i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser, og dels må anses som utraditionel. I *Facebook-afgørelsen* foretog BKA på linje med foreliggende EU-retspraksis en samlet vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori de omstridte privatlivsbetingelser indgik, hvilket indebar en omfattede afvejning mellem Facebooks erhvervsmæssige interesser og forbrugernes interesser. Denne interesseafvejning blev imidlertid som nævnt oven for foretaget i en databeskyttelsesretlig kontekst, hvor BKA betragtede det faktum, at Facebooks privatlivsbetingelser tilside-

¹⁷⁴ Se sag 127/73, (BRT-I) BRT mod SABAM, afsnit I, der indgik i samme hovedsag som sag 127/73, (BRT-II) BRT mod SABAM.

¹⁷⁵ Se OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 17-18.

¹⁷⁶ I overensstemmelse med f.eks. sag 247/86, *Alsatel mod Novasam*, især præmis 10; Sag T-83/91, *Tetra Pak mod Kommissionen*, præmis 140; og sag T-139/98, *AAMS mod Kommissionen*, især præmis 73-80 og 83-85.

satte bestemmelser vedrørende lovlige databehandlingsforhold i GDPR som væsentlig for misbrugsvurderingen. Inddragelse af sådanne databeskyttelsesretlige betragtninger i den konkurrenceretlige misbrugsvurdering må derimod betragtes som utraditionelt i forhold til foreliggende EU-retspraksis.

Det kan diskuteres, hvorvidt databeskyttelsesretlige perspektiver bør kunne inddrages i konkurrenceretlig kontekst, herunder i forbindelse med vurderingen af privatlivsbetingelsers urimelighed i henhold til TEUF art. 102, litra a. Der kan for eksempel argumenteres for, at det er forbundet med ikke ubetydelige vanskeligheder at anvende en konkurrenceretlig vurdering baseret på kvaliteten af dominerende onlineplatformes privatlivsstandarder, og hvorvidt privatlivsbetingelserne indebærer en tilsidesættelse af GDPR.¹⁷⁷ Omvendt kan der argumenteres for, at databeskyttelsesretlige betragtninger kan udgøre en normativ baggrund for, hvornår dominerende virksomheders adfærd kan betragtes som udnyttende i relation til ikke-prisbaseret misbrug.¹⁷⁸ Nærmere bestemt kan det faktum, at en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser udgør en tilsidesættelse af GDPR indikere, at disse potentielt er urimelige, og udgør et udnyttende misbrug af forbrugere, som bør undersøges af Kommissionen eller nationale konkurrencemyndigheder.¹⁷⁹ Inddragelse af databeskyttelsesretlige betragtninger som en normativ baggrund for vurderingen af ikke-prisbaseret misbrug – såsom påtvingelse af urimelige privatlivsbetingelser – kan således gøre misbrugsvurderingen mere fleksibel. Dermed kan denne fremgangsmåde forekomme særdeles egnet til anvendelse i en dataøkonomisk kontekst, hvor onlineplatforme udbyder "gratis" personaliserede onlineydelser, men betinger adgang til disse af, at forbrugere stiller deres personlige data til platformenes rådighed.

Databeskyttelsesretlige betragtninger er imidlertid hverken i EU-retspraksis eller Kommissionens praksis tidligere inddraget i konkurrenceretlig kontekst, herunder heller ikke i en misbrugsvurdering i henhold til TEUF art. 102.¹⁸⁰ Desuden har Domstolen tidligere fastslået i *Asnef-Equifax*,¹⁸¹ at ethvert muligt spørgsmål i relation til personlige datas følsomme karakter ikke som sådan vedrører konkurrenceretten, og at disse spørgsmål kan løses på baggrund af relevante bestemmelser vedrørende beskyttelse af sådanne data.¹⁸² Dette skal ikke læses

¹⁷⁷ Se hertil f.eks. Colangelo & Maggolino, *Data Protection in Attention Markets*, s. 10.

¹⁷⁸ Se hertil f.eks. Costa-Cabral & Lynskey, *Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law*, s. 18.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ Se hertil Colangelo & Maggolino, *Data Protection in Attention Markets*, s. 4-6.

¹⁸¹ Sag C-238/05, *Asnef-Equifax mod Ausbanc*, idet det bemærkes, at afgørelsen omhandlede en tilsidesættelse af TEUF art. 101, hvilke imidlertid ikke ændrer denne bemærknings generelle karakter.

¹⁸² Se sag C-238/05, *Asnef-Equifax mod Ausbanc*, præmis 63, hvori anføres, » *I øvrigt, således som generaladvokaten har bemærket i punkt 56 i forslaget til afgørelse, vedrører mulige spørgsmål vedrørende oplysningernes følsomme karakter ikke som sådan konkurrenceretten, og de kan løses på grundlag af de relevante bestemmelser vedrørende beskyttelse af sådanne oplysninger.*«.

som en ekskludering af konkurrenceretlig regulering, hvor der består sammenfald med europæisk databeskyttelsesret,¹⁸³ men derimod som en konstatering af, at databeskyttelsesretlige betragtninger ikke bør inddrages i konkurrenceretlig kontekst. Inddragelse af databeskyttelsesretlige betragtninger, herunder hvorvidt dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser udgør en tilsidesættelse af GDPR, i en vurdering af privatlivsbetingelsers urimelighed i henhold til TEUF art. 102, litra a, forekommer således på nuværende tidspunkt svært forenelig med Domstolens retspraksis.

Såfremt en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis skal kunne anses som urimelige, fordi disse er uforholdsmæssigt byrdefulde for platformens brugere, må den interesseafvejning, der indgår i denne vurdering, derfor formentlig foretages uden inddragelse af databeskyttelsesretlige betragtninger.¹⁸⁴ Med andre ord må interesseafvejningen foretages i en strengt konkurrenceretlig kontekst, hvor den afgørende faktor for privatlivsbetingelsernes urimelighed er, om der består et misforhold mellem den byrde, privatlivsbetingelserne udgør for forbrugerne, og den dominerende onlineplatforms varetagelse af sine erhvervsmæssige interesser. I en sådan interesseafvejning vil hensynet til den dominerende onlineplatforms varetagelse af sine erhvervsmæssige interesser hovedsageligt bero på, at den indsamling af forbrugeres personlige data, som samtykke til privatlivsbetingelserne indebærer, er en forudsætning for oprettholdelsen af en datadreven forretningsmodel. Dette illustreres ligeledes i *Facebook-afgørelsen*, hvor det anerkendtes, at indsamling og behandling af forbrugeres personlige data i et vist omfang var en nødvendighed for at Facebook kunne tilbyde en personaliseret brugeroplevelse og generere værdi gennem personaliserede markedsføringsydelser.¹⁸⁵ Onlineplatforme, hvis forretningsmodeller er datadrevne, kan således have en legitim erhvervsmæssig interesse i, at adgang til deres ydelser i privatlivsbetingelserne betinges af, at forbrugerne samtykker til indhentning og behandling af deres personlige data. Spørgsmålet er dog, hvor omfattende en dataindsamling, og dermed hvor byrdefulde privatlivsbetingelser, hensynet til varetagelse af denne erhvervsmæssige interesse berettiger. I den sammenhæng indgår hensynet til forbrugernes interesse i at bevare en vis kontrol over egne personlige data, selvom de samtykker til en dominerende onlineplatforms indsamling og behandling af disse data, som en modstående faktor. Det er ligeledes dette hensyn, der identificeres som en væsentlig interesse for forbrugerne i forbindelse med interesseafvejningen, der blev foretaget i *Facebook-afgørelsen*.¹⁸⁶

¹⁸³ Botta & Wiedemann, *The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy*, s. 436.

¹⁸⁴ Se hertil sag B6-22/16, Bundeskartellamts Facebook-afgørelse af 6. februar 2019, pkt. 889, hvor anvendelse af en strengt konkurrenceretlig interesseafvejning som grundlag for vurderingen af privatlivsbetingelsers urimelighed ligeledes anerkendes, idet anføres; »*Balancing interests under antitrust law as a precaution in this particular case also leads to the same outcome as the balancing of interests under data protection law.*«.

¹⁸⁵ Se *ibid.*, pkt. 897, hvori anføres; »*It is certainly acknowledged that Facebook has an interest in processing data to improve its product and the commercial basis formed by personalised advertising.*«.

¹⁸⁶ *Ibid.*, pkt. 760 og 835, hvor dette hensyn formuleres som forbrugernes ret til »*informational self-determination*«.

Afgørende for, om en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser kan betragtes som uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne, er herefter, om disse betingelser er udtryk for et misforhold mellem varetagelsen af forbrugernes og onlineplatformens modstående interesser. Dette illustreres ligeledes i *Facebook-afgørelsen*, hvor det netop vurderedes, at der i relation til privatlivsbetingelserne bestod et betydeligt misforhold mellem Facebooks varetagelse af sine erhvervmæssige interesser, og hensynet til forbrugernes interesse i at bevare en vis kontrol over egne personlige data.¹⁸⁷ Hensynet til Facebooks varetagelse af sine legitime erhvervmæssige interesser kunne derfor alene berettige, indsamling og behandling af førstepartsdata, genereret ved brug af selve Facebook, men ikke tredjepartsdata, uanset om de genereredes ved brug af Facebook-ejede eller eksterne onlinetjenester.¹⁸⁸ Hvorvidt en dominerende onlineplatform i sine privatlivsbetingelser kræver forbrugernes samtykke til indhentelse og behandling af tredjepartsdata, kan således være afgørende for vurderingen af, om denne platforms privatlivsbetingelser er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne. Samtykke til sådanne privatlivsbetingelser indebærer netop ikke alene, at den dominerende onlineplatform kan indsamle og behandle data, der genereres ved brug af denne konkrete platform, men ligeledes data, der genereres ved brug af andre onlineplatforme, som enten ejes af den dominerende onlineplatform, eller som indgår i datadeling og sammenfletning med denne platform gennem for eksempel Application Programming Interfaces, hvilket kan medføre, at forbrugerne i sådanne tilfælde mister kontrol over egne personlige data.

Det kan herefter konstateres, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis kan anses som urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, når betingelserne om dataindsamling og -behandling heri er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne. Dette uden, at det er nødvendigt at inddrage i vurderingen, hvorvidt betingelserne udgør en tilsidesættelse af GDPR. En sådan praksis kan netop antages at indebære et udnyttende misbrug af forbrugerne, hvor platformen derved opnår adgang til forbrugernes personlige data, som onlineplatformen blandt andet profiterer på gennem personaliseret markedsføring, på bekostning af forbrugernes kontrol over egne data.¹⁸⁹ Dette kan for eksempel som illustreret i *Facebook-afgørelsen* være tilfældet, når samtykke til privatlivsbetingelserne indebærer indsamling og behandling af forbrugernes første- og tredjepartsdata, men hvor alene indsamling og behandling af førstepartsdata kan antages at være nødvendig for, at den dominerende virksomhed kan varetage sine erhvervmæssige interesser.

3.4.4 Delkonklusion

Det kan på baggrund af ovenstående konkluderes, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser i vidt omfang vil kunne anses som urimelige på linje med den EU-retspraksis, der foreligger om urimelige forretningsbetingelser uden for en dataøkonomisk kontekst. Dette er tilfældet, hvor privatlivsbetingelserne kan antages at facilitere andre former for misbrug, at være for vidtgående henset til den dominerende virksomheds

¹⁸⁷ Ibid., pkt. 870.

¹⁸⁸ Ibid., pkt. 870 og 897.

¹⁸⁹ Se hertil OECD, *Consumer Data Rights and Competition*, s. 17-18.

formål, eller at være uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne. Hvorvidt en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser omfattes disse kategorier, afhænger dog af en samlet vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng. I denne vurdering lægges der blandt andet vægt på, hvilke fordele og ulemper samtykke til privatlivsbetingelserne indebærer for forbrugerne, samt varetagelsen forbrugernes og den dominerende onlineplatforms interesser. Det er således disse og lignende faktorer der i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis er afgørende for, hvorvidt en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser kan antages at udgøre et udnyttende misbrug af forbrugerne i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse i strid med TEUF art. 102, litra a.

Det kan ligeledes konkluderes, at det formentlig vil være mest sandsynligt, at en dominerende onlineplatforms privatlivsbetingelser anses som urimelige forretningsbetingelser, fordi disse er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne. Der kan i den forbindelse anføres argumenter for og imod inddragelse af databeskyttelsesretlige perspektiver, herunder om privatlivsbetingelserne er byrdefulde, fordi de udgør en tilsidesættelse af GDPR. På nuværende tidspunkt synes disse argumenter imidlertid alene at udgøre retspolitiske betragtninger, da inddragelse af sådanne perspektiver forekommer svært forenelig med foreliggende EU-retspraksis. Som alternativ hertil bør vurderingen i overensstemmelse med linjen i foreliggende EU-retspraksis, herunder for eksempel *Alsatel* eller *Tetra Pak II*, fokusere på om privatlivsbetingelserne er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugeren efter en afvejning af forbrugernes og den dominerende platform relevante interesser. I denne henseende kan forbrugernes interesser navnlig bestå i at bevare en vis kontrol over egne personlige data. Heroverfor kan den dominerende onlineplatforms erhvervsmæssige interesser navnlig bestå i at kunne indsamle og behandle forbrugeres personlige data i et vist omfang. Dette skyldes, at sådanne data danner grundlag for optimering af personaliserede ydelser, og kommercialiseres gennem personaliseret markedsføring, hvilket udgør kernen i mange onlineplatformes forretningsmodeller. Hvorvidt privatlivsbetingelserne kan anses som uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne vil herefter afhænge af, om der består et misforhold mellem omfanget af den dataindsamling og -behandling, som samtykke til privatlivsbetingelserne medfører, og hensynet til forbrugernes kontrol over egne data. Som illustreret i *Facebook-afgørelsen*, kan dette muligvis være tilfældet, hvor første- såvel som tredjepartsdata indsamles og behandles af den dominerende onlineplatform uden dette er nødvendigt for platformens varetagelse af sine erhvervsmæssige interesser.

4. Konklusion og perspektivering

Den teknologiske udvikling inden for big data og big analytics har faciliteret fremkomsten af onlineplatforme, der udbyder innovative onlineydelser, såsom personaliserede sociale netværk, hvilket indebærer fordele for forbrugerne. Optimeringen af disse personaliserede ydelser afhænger af, at onlineplatformene, der udbyder disse, er i besiddelse af betydelige mængder af forbrugernes personlige data fra varierede datakilder. Profitabiliteten af onlineplatformenes forretningsmodeller afhænger ligeledes heraf, idet denne hovedsageligt er ba-

seret på kommercialiseringen af forbrugeres personlige data gennem personaliseret markedsføring. Forbrugeres personlige data repræsenterer således en betydelig økonomisk værdi for sådanne onlineplatforme, og platformenes privatlivsbetingelser indgår derfor som et væsentligt element i deres forretningsmodeller, idet betingelserne faciliterer omfattende indsamling og behandling af disse data. Dette skyldes, at adgang til platformenes ydelser betinges af, at forbrugere samtykker til deres privatlivsbetingelser, som indebærer tilladelse til denne dataindsamling og -behandling. Denne praksis kan imidlertid medføre, at forbrugernes interesser påvirkes negativt, hvor forbrugerne mister kontrol over egne personlige data. Det kan for eksempel være tilfældet, hvor adgang til platformenes ydelser betinges af forbrugernes samtykke til indhentning og behandling af førstepartsdata, der genereres ved brug af selve den platform, hvis privatlivsbetingelser forbrugerne accepterer, såvel som tredjepartsdata, der genereres ved brug af andre onlinetjenester. Disse onlinetjenester kan enten være ejede af den pågældende onlineplatform eller det kan være eksterne onlinetjenester, der indgår i datadeling med platformen gennem for eksempel Application Programming Interfaces.

På denne baggrund har det været omdrejningspunktet for nærværende speciale at vurdere, om og i hvilket omfang sådanne privatlivsbetingelser, der ensidigt implementeres med henblik på omfattende indsamling og behandling af forbrugeres personlige data, kan antages at udgøre et udnyttende misbrug i form af urimelige forretningsbetingelser påtvunget disse i strid med TEUF art. 102, litra a.

Det kunne i den forbindelse konstateres, at Domstolen ikke tidligere har haft anledning til at tage stilling til om urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugere direkte kan sanktioneres i henhold til TEUF art. 102, litra a. Imidlertid konkluderedes det, at der formentlig ikke er noget til hinder for en sådan anvendelse af bestemmelsen, eller en anvendelse af foreliggende EU-retspraksis vedrørende urimelige forretningsbetingelser påtvunget industrielle handelspartnere *mutatis mutandis* i sådanne tilfælde. Desuden konkluderedes det, at en række forhold, der gør sig gældende på digitale markeder, taler for at sanktionere dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser som urimelige privatlivsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, i tilfælde, hvor disse påtvinges forbrugere direkte.

Endvidere kunne det konstateres, at Domstolen synes at forbeholde sanktionering af urimelige forretningsbetingelser til tilfælde, hvor disse er påtvunget kunder hos en virksomhed, der indtager en særligt dominerende stilling på det relevante marked. Hertil konkluderedes det, at dominerende onlineplatforme såsom Google og Facebook kan antages at indtage en sådan særligt dominerende stilling på visse digitale markeder, hvilket giver dem sikkerhed for at kunne udvise uafhængig adfærd. Desuden konkluderedes det, at sanktionering af privatlivsbetingelser som urimelige forretningsbetingelser i henhold til TEUF art. 102, litra a, ligeledes som hovedregel bør forbeholdes tilfælde, hvor disse er påtvunget forbrugere af en særligt dominerende onlineplatform. I denne dataøkonomiske kontekst er det netop sådanne særligt dominerende onlineplatforme, der gennem eksempelvis direkte og indirekte netværkseffekter opnår størst fordel af ensidigt at påtvinge forbrugere privatlivsbetingelser, som potentielt kan anses som urimelige.

Endelig konkluderedes det, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser i overensstemmelse med foreliggende EU-retspraksis i vidt omfang vil kunne anses som urimelige forretningsbetingelser påtvunget forbrugerne i strid med TEUF art. 102, litra a. Dette afhænger imidlertid af udfaldet af en samlet vurdering af den faktiske, retlige og økonomiske sammenhæng, hvori privatlivsbetingelserne indgår. I denne vurdering må der blandt andet lægges vægt på, hvilke fordele og ulemper samtykke til privatlivsbetingelserne indebærer for forbrugerne, samt hvilke erhvervmæssige interesser privatlivsbetingelserne varetager. Det konkluderes ligeledes i denne sammenhæng, at dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser formentlig med størst sandsynlighed kan anses som urimelige, hvor disse er uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne. I denne uforholdsmæssighedsvurderings iboende interesseafvejning inddrages undertiden databeskyttelsesretlige betragtninger, herunder om privatlivsbetingelserne er uforholdsmæssigt byrdefulde, fordi de udgør en tilsidesættelse af GDPR, hvilket illustreredes i de tyske konkurrencemyndigheders *Facebook-afgørelse*. Det kunne imidlertid hertil konkluderes, at inddragelse af sådanne betragtninger forekommer svært forenelig med Domstolens retspraksis, og at vurderingen af privatlivsbetingelsers urimelighed bør baseres på en strengt konkurrenceretlig afvejning af forbrugernes interesser over for den dominerende onlineplatforms erhvervmæssige interesser. Disse består navnlig i forbrugernes interesse i at bevare en vis kontrol over egne personlige data, og en dominerende onlineplatforms interesse i at indsamle og behandle forbrugeres personlige data i et vist omfang. Hvorvidt privatlivsbetingelserne kan anses som uforholdsmæssigt byrdefulde for forbrugerne vil herefter afhænge af, om den i privatlivsbetingelserne fastlagte dataindsamling og -behandling er udtryk for et misforhold mellem varetagelsen af disse modstående interesser på bekostning af forbrugernes interesser.

I nærværende speciale anskues reguleringen af onlineplatformes privatlivsbetingelser i en konkurrenceretlig kontekst, men som bemærket oven for består der ofte sammenfald mellem anvendelsesområderne for europæisk konkurrenceret samt forbruger- og databeskyttelsesret i relation til regulering af datadrevne onlineplatformes interaktion med forbrugere. Sammenfald med europæisk forbruger- eller databeskyttelsesret udelukker som nævnt ikke konkurrenceretlig regulering af urimelige privatlivsbetingelser påtvunget forbrugere af dominerende onlineplatforme. Omvendt udelukker sammenfald med europæisk konkurrenceret derfor heller ikke, at disse privatlivsbetingelser kan sanktioneres i henhold til europæisk forbruger- eller databeskyttelsesret. For eksempel er dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser af de italienske konkurrencemyndigheder, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercatos*, tidligere blevet underlagt forbrugerbeskyttelsesretlig frem for konkurrenceretlig regulering.¹⁹⁰

¹⁹⁰ Se f.eks. sag PS-11112, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercatos Facebook-afgørelse* af 29. november 2018, vedrørende Facebooks anvendelse af privatlivsbetingelser, der blev betragtet som urimelig handelspraksis under forbrugerbeskyttelseslovgivning fremfor urimelige forretningsbetingelser i henhold til konkurrencelovgivning. Se hertil *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercatos* pressemeddelelse, *Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers' data for commercial purposes*.

Denne parallelle anvendelse af konkurrenceret samt forbruger- eller databeskyttelsesret forekommer generelt og ikke alene i relation til dominerende onlineplatformes privatlivsbetingelser, som ensidigt påtvinges forbrugere. Dette har særligt to konsekvenser, som slutteligt er værd at bemærke.

For det første har disse sammenfald medført, at databeskyttelsesretlige betragtninger – som illustreret af de tyske konkurrencemyndigheders nyligt afsagte *Facebook-afgørelse* – undertiden inddrages i den konkurrenceretlige misbrugsvurdering. Det har foranlediget en omfattende diskussion vedrørende, hvorvidt databeskyttelsesretlige betragtninger kan og bør inddrages i konkurrenceretlig kontekst. Dette er som nævnt svært foreneligt med Domstolens retspraksis, hvorfor det har været udsat for kritik,¹⁹¹ men der argumenteres ligeledes for fordelene ved inddragelse af sådanne databeskyttelsesretlige betragtninger.¹⁹² Det forekommer derfor utvivlsomt, at inddragelse af databeskyttelsesretlige betragtninger i konkurrenceretlig kontekst, her-under i relation til vurderingen af privatlivsbetingelsers urimelighed, i fremtiden vil gøres til genstand for yderligere diskussion. Det må ligeledes antages at være tilfældet i relation til det generelle sammenspil mellem europæisk konkurrenceret samt forbruger- og databeskyttelsesret i dataøkonomisk kontekst. Det er derfor i høj grad ønskeligt at disse spørgsmål i den nære fremtid afklares nærmere af Domstolen.

For det andet kan retsstillingen i vidt omfang betragtes som værende usikker for dominerende virksomheder, der henvender sig direkte til forbrugerne på datadrevne markeder. I princippet kan den parallelle anvendelse af europæisk konkurrenceret samt forbruger- og databeskyttelsesret medføre, at en given adfærd udvist af dominerende onlineplatforme potentielt kan sanktioneres flere gange under de forskellige retsområder. Med henblik på at imødegå denne usikre retstilstand, er visse initiativer iværksat, og Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse har for eksempel forestået oprettelse af det såkaldt "*Digital Clearinghouse*".¹⁹³ Under dette initiativ mødes repræsentanter fra medlemsstaternes nationale konkurrencemyndigheder, forbrugerbeskyttelsesmyndigheder og datatilsynsmyndigheder på frivillig basis periodisk med henblik på at etablere tværnationalt og -sektorielt samarbejde vedrørende reguleringsindsatsen i dataøkonomien. Det synes imidlertid at være for tidligt at udlede, i hvilket omfang sådanne initiativer bidrager til at afhjælpe den usikre retstilstand.

¹⁹¹ Se f.eks. Colangelo & Maggolino, *Data Protection in Attention Markets*, s. 11-12.

¹⁹² Se f.eks. Costa-Cabral & Lynskey, *Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law*, s. 30-31.

¹⁹³ Se herom Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse, *Leading by Example*, s. 23-25.

Litteraturliste

Lovgivning

EU-lovgivning

Traktaten om Den Europæiske Unions Funktionsmåde (TEUF), OJ [2012] C 326/01.

Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder, OJ [2000] C 364/1.

Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, OJ [2003] L 001/1.

Europa-Parlamentets og Rådets forordning 2016/679/EU af 27. april 2016 om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger (generel forordning om databeskyttelse), OJ [2016] L 199/1.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2005/29/EF af 11. maj 2005 om virksomheders urimelige handelspraksis over for forbrugerne på det indre marked, OJ [2005] L 149/22.

Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2011/83/EU af 25. oktober 2011 om forbrugerrettigheder, OJ [2011] L 304/64.

Medlemsstaters nationale lovgivning

Den tyske konkurrencelov, Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Officiel engelsk oversættelse tilgængelig på: <https://tinyurl.com/y737vm6k> (sidst tilgået 31.05.2020)

Domme

Domstolen

Domstolens dom af 30. januar 1974, Sag 127/73, (BRT-I) Belgische Radio en Televisie og société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV SABAM og NV Fonior, ECLI:EU:C:1974:6

Domstolens dom af 27. marts 1974, Sag 127/73, (BRT-II) Belgische Radio en Televisie og société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs mod SV SABAM og NV Fonior, ECLI:EU:C:1974:25.

Domstolens dom af 14. februar 1978, Sag 27/76, United Brands Company og United Brands Continentaal BV mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:C:1978:22.

Domstolens dom af 13. februar 1979, Sag 85/76, Hoffmann-La Roche & Co. AG mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:C:1979:36.

Domstolens dom af 5. oktober 1988, Sag 247/86, Alsatel, Société alsacienne et lorraine de télécommunications et d'électronique mod SA Novasam, ECLI:EU:C:1988:469.

Domstolens dom af 23. april 1991, Sag C-41/90, Klaus Höfner og Fritz Elser mod Macrotron GmbH, ECLI:EU:C:1991:161.

Domstolens dom af 14. november 1996, Sag C-333/94 P, Tetra Pak International SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:C:1996:436.

Domstolens dom af 12. september 2000, Forenede sager C-180/98 - C-184/98, Pavel Pavlov m.fl. mod Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, ECLI:EU:C:2000:428.

Domstolens dom af 23. november 2006, C-238/05, Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL mod Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2006:734.

Domstolens dom af 27. marts 2012, Sag C-209/10, Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2012:172.

Domstolens dom af 6. oktober 2015, Sag C-23/14, Post Danmark A/S mod Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2015:651.

Retten

Retten dom af 6. oktober 1994, Sag T-83/91, Tetra Pak International SA mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:T:1994:246.

Retten dom af 22. november 2001, Sag T-139/98, Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato (AAMS) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, ECLI:EU:T:2001:272.

Medlemsstaters nationale domstole

Oberlandesgericht Düsseldorfs dom af 26. august 2019, Sag VI-Kart 1/19 (V), Facebook Inc., Facebook Ireland Ltd og Facebook Deutschland GmbH mod Bundeskartellamt (sprog: *tysk*).

Administrativ praksis

Kommissionsbeslutninger

Kommissionens beslutning af 20. juli 1999, Sag IV/36.888 - Verdensmesterskab i fodbold i 1998, OJ [2000] L 5/55.

Kommissionens beslutning af 27. juni 2017, Sag AT.39740 - Google Search (Shopping), OJ [2018] C 9/08.

Medlemsstaters nationale konkurrencemyndigheders afgørelser

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato's afgørelse af 29. november 2018, Sag PS-11112 – Facebook-afgørelse (sprog: *italiensk*)

Bundeskartellamts afgørelse af 6. februar 2019, Sag B6-22/16 - Facebook-afgørelse (sprog: *engelsk*).

Kommissionsmeddelelser og arbejdsdokumenter

Kommissionsmeddelelser

Meddelelse fra Europa-Kommissionen – Vejledning om Kommissionens prioritering af håndhævelsen i forbindelse med anvendelsen af EF-traktatens art. 82 på virksomheders misbrug af dominerende stilling gennem ekskluderende adfærd, OJ [2009] C 45/7 (*Kommissionens meddelelse om håndhævelse af TEUF art. 102*).

Arbejdsdokumenter

Arbejdsdokument fra Kommissionens tjenestegrene om onlineplatforme – ledsagedokument til Europa-Kommissionens meddelelse om onlineplatforme og det digitale indre marked, SWD(2016) 172 final, 25. maj 2016.

Publikationer

Bøger

Evald, Jens: Juridisk teori, metode og videnskab, 1. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016.

Ezrachi, Ariel & *Stucke*, Maurice: Virtual Competition – The promise and perils of the Algorithm-driven Economy, 1. udgave, Harvard University Press, Cambridge, 2016.

Faull, Jonathan & *Nikpay*, Ali (red.): The EU Law of Competition, 3. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Jessen m.fl., Pernille Wegener: Regulering af konkurrence i EU, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2016.

O'Donoghue, Robert & *Padilla*, Jorge: The Law and Economics of Article 102 TFEU, 2. udgave, Hart Publishing, Portland, 2013.

Stucke, Maurice & *Grunes*, Allen: Big Data and Competition Policy, 1. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2016.

Sørensen, Karsten Engsig & *Danielsen*, Jens Hartig: EU-retten, 7. reviderede udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, 2019.

Whish, Richard & *Bailey*, David: Competition Law, 9. udgave, Oxford University Press, Oxford, 2018.

Artikler

Botta, Marco & *Wiedemann*, Klaus: EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy – Exploring the Terra Incognita, Research Paper No. 18-08, Max Planck Institute for Innovation & Competition, 2018.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/yc4o9rmu> (sidst tilgået 31.05.2020)

Botta, Marco & *Wiedemann*, Klaus: The Interaction of EU Competition, Consumer, and Data Protection Law in the Digital Economy - The Regulatory Dilemma in the Facebook Odyssey, The Antitrust Bulletin, 64. bind, 3. nummer, s. 428-446, Sage Journals, 2019.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y6wervnr> (sidst tilgået 31.05.2020)

Colangelo, Giuseppe & *Maggiolino*, Mariateresa: Data Protection in Attention Markets – Protecting Privacy through Competition?, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 2945085, Bocconi University, 2017.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y8gkumdj> (sidst tilgået 31.05.2020)

Costa-Cabral, Francisco & *Lynskey*, Orla: Family ties – the intersection between data protection and competition in EU Law, LSE Research Online No. 68470, London School of Economics and Political Science, 2017.

Tilgængelig på; <http://eprints.lse.ac.uk/68470/> (sidst tilgået 31.05.2020)

Custers m.fl., Bart: Informed Consent in Social Media Use – The Gap between User Expectations and EU Personal Data Protection Law, *SCRIPTed A Journal of Law, Technology & Society*, 10. bind, 4. nummer, s. 435f., University of Edinburgh, 2013.

Tilgængelig på; <http://script-ed.org/?p=1232> (sidst tilgået 31.05.2020)

Economides, Nick & *Lianos*, Ioannis: Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy – A Competition Law Perspective, *CLES Research Paper Series 5/2019*, UCL Centre for Law, Economics and Society, 2019.

Tilgængelig på; <https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles-5-2019.pdf> (sidst tilgået 31.05.2020)

Ezrachi, Ariel: The Goals of EU Competition Law and the Digital Economy, *BEUC The European Consumer Organisation*, 2018.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y7zcvum8> (sidst tilgået 31.05.2020)

Graef m.fl., Inge: Fairness and enforcement – bridging competition, data protection, and consumer law, *International Data Privacy Law*, 8. bind, 3. nummer, s. 200-223, Oxford Academic, 2018.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/yaj5gw59> (sidst tilgået 31.05.2020)

Hu m.fl., Han: Toward Scalable Systems for Big Data Analytics - A Technology Tutorial, *IEEE Access Journal*, 2. bind, s. 652-687, IEEE, 2014.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y925kgko> (sidst tilgået 31.05.2020)

Kerber, Wolfgang: Digital markets, data, and privacy – Competition law, consumer law, and data protection, *MAGKS Joint Discussion Paper Series in Economics No. 14*, Philipps-University Marburg School of Business and Economics, 2016.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y76zst62> (sidst tilgået 31.05.2020)

Patil, Vishwas & *Shyamasundar*, R.: Is Privacy a Myth for Facebook Users?, *Proceedings of the 16th International Joint Conference on e-Business and Telecommunications*, 2. bind, s. 510-516, *SCITEPRESS – Science and Technology Publications*, 2019.

Tilgængelig på; <https://www.scitepress.org/Papers/2019/80188/80188.pdf> (sidst tilgået 31.05.2020)

Surblyte, Gintare: Competition Law at the Crossroads in the Digital Economy – Is it all about Google?, *Research Paper No. 15-13*, Max Planck Institute for Innovation & Competition, 2015.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/yb6ba4j3> (sidst tilgået 31.05.2020)

Wils, Wouter: The Obligation for the Competition Authorities of the EU Member States to Apply EU Antitrust Law and the Facebook Decision of the Bundeskartellamt, *Concurrences Competition Law Review*, 3. bind, s. 58-66, *Institut de droit de la concurrence*, 2019.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y9u6y9bu> (sidst tilgået 31.05.2020)

Rapporter

Autorité de la Concurrence & Bundeskartellamt: Competition Law and Data, 2016.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/yqu3f37q> (sidst tilgået 31.05.2020)

Den Europæiske Tilsynsførende for Databeskyttelse: Leading by Example – EDPS 2015-2019, *Publications Office of the European Union*, 2019.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y9bqgyt4> (sidst tilgået 31.05.2020)

Europa-Kommissionen: Special Eurobarometer 431, Data Protection Report, TNS Opinion & Social, 2015.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/ybyev4y2> (sidst tilgået 31.05.2020)

OECD: Exploring the Economics of Personal Data - A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value, OECD Digital Economy Papers, No. 220, OECD Publishing, Paris, 2013.

Tilgængelig på; http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf (sidst tilgået 31.05.2020)

OECD: Data-driven Innovation for Growth and Well-Being – Interim Synthesis Report, OECD Publishing, 2014.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/ycmrrqj> (sidst tilgået 31.05.2020)

OECD: Big Data - Bringing Competition Policy to the Digital Era, Background note by the Secretariat for the Competition Committee, 27. oktober 2016, DAF/COMP(2016)14.

Tilgængelig på; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf) (sidst tilgået 31.05.2020)

OECD: Consumer Data Rights and Competition, Background note by the Secretariat for the Competition Committee, 29. april 2020, DAF/COMP(2020)1.

Tilgængelig på; [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf) (sidst tilgået 31.05.2020)

Pressemeddelelser

Autorità Garante della Concorrenza e del Mercatos pressemeddelelse: Facebook fined 10 million Euros by the ICA for unfair commercial practices for using its subscribers' data for commercial purposes, 7. december 2018.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y7ekbkqu> (sidst tilgået 31.05.2020)

Bundeskartellamts pressemeddelelse: Bundeskartellamt – Review of 2019, 27. december 2019.

Tilgængelig på; <https://tinyurl.com/y7kz6jm4> (sidst tilgået 31.05.2020)