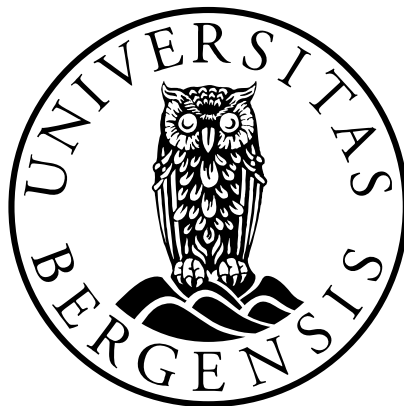


Anvendelsen av Artikkel 102 TEUV for digitale plattformers innhenting, bruk og deling av personopplysninger

Når konkurranseretten og personvernretten kolliderer

Kandidatnummer: 186

Antall ord: 14 779



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07.juni 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Oppgavens tema og aktualitet	4
1.2 Rettskildebildet og metodisk tilnærming	6
1.3 Avgrensninger og videre fremstilling.....	8
2 Karakteristikk ved digitale markeder	10
2.1 Tosidige eller flersidige markeder.....	10
2.2 Nettverkseffekter	11
2.3 «Zero price markets»	11
2.4 Stordata.....	12
3 Hva kan utgjøre “dominerende stilling” i digitale markeder?.....	13
3.1 Vilkåret om dominerende stilling.....	13
3.2 Markedsavgrensning	14
3.2.1 Hvordan avgrense flersidige markeder?.....	14
3.2.2 “Zero price markets”	16
3.2.3 Fungerer vanlige konkurranseverktøy i “zero price markets”?.....	18
3.3 Markedsmakt	20
3.3.1 Markedsandeler	20
3.3.2 Etableringshindre og nettverkseffekter	22
3.4 Oppsummering	24
4 Rekkevidden av konkurransemyndighetenes kompetanse	25
4.1 Innledning.....	25
4.2 Målsettingene til konkurranseretten og personvernretten	25
4.3 Er konkurranseretten åpen for innflytelse fra andre rettsområder?.....	28
4.3.1 Andre rettsområder som har blitt tatt hensyn til i konkurranseretten.....	28
4.3.2 Konkurranseretten og bruk av personvern hensyn	29
4.4 Oppsummering	30
5 Misbruk av en dominerende stilling i markedene for digitale plattformer.....	32
5.1 Misbruksvilkåret.....	32
5.1.1 Utnyttende og ekskluderende misbruk	32
5.1.2 Urimelige innkjøps- eller utsalgspriser i digitale markeder	34
5.1.3 Utnyttende urimelige forretningsvilkår i digitale markeder.....	35
5.2 Facebook-sagaen	37
5.2.1 Innledning.....	37

5.2.2	Innholdet i avgjørelsene	37
5.2.3	Virkningen for framtidige avgjørelser i EU	39
5.3	Hvordan unngå at misbruksvilkåret blir tolket for vidt?	42
5.3.1	Innledning.....	42
5.3.2	Strengene krav til årsakssammenheng?.....	42
5.3.3	GDPR som verktøy for å vurdere om det foreligger utnyttende misbruk	44
5.4	Oppsummering	46
6	Veien videre?.....	48
6.1	Digital markets act.....	48
6.1.1	Hva er DMA?	48
6.1.2	Hvem er underlagt reglene i DMA?	48
6.1.3	Vil DMA være tilstrekkelig for å takle konkurranserettslige utfordringer i digitale marked?	49
6.2	Tyskland- mulig forbilde for andre europeiske konkurransemyndigheter?	50
7	Avsluttende bemerkninger	52
	Litteraturliste	53

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og aktualitet

Tema for oppgaven er forholdet mellom europeiske konkurranseregler og personvernregelverket i digitale marked. Problemstillingen er om Artikkel 102 TEUV¹ kan anvendes hvor digitale plattformer innhenter, bruker og deler personopplysninger om sine brukere. Jeg skal nærmere undersøke om digitale plattformers bruk av personopplysninger kan utgjøre et «misbruk» av deres «dominerende stilling» etter Art. 102 TEUV.

OECD definerer digitale plattformer som «*a digital service that facilitates interactions between two or more distinct but interdependent sets of users (whether firms or individuals) who interact through the service via the Internet*».²

Digitale plattformer krever samtykke fra de som ønsker å benytte seg av tjenesten.³ Et slikt samtykke innebærer vanligvis at plattformen får tilgang på personopplysninger. Mange plattformer sporer også lokasjon, betalinger, interesser og enhetsinformasjon. Med denne informasjonen kan digitale plattformer lage detaljerte profiler om brukere. Slik informasjon er attraktivt for annonsører, fordi reklame kan tilpasses hver enkelt bruker. Et fellestrekk for mange digitale plattformer er derfor at de benytter seg av en markedsmodell hvor de tilbyr tjenestene sine gratis, men til gjengjeld både innhenter og deler opplysninger om forbrukere til tredjeparter.

Personopplysninger har blitt omtalt som «dagens olje».⁴ Det er ikke uten grunn. I år 2019 var seks av de største foretakene i verden digitale plattformer.⁵ Mange hevder at de største digitale plattformene i dag ikke ville hatt stor suksess, uten tilgang på mengder med

¹ Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union 2012/C 326/01.

² OECD (2019) s. 20.

³ Artikkel 6, Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, heretter GDPR.

⁴ *The World's Most Valuable Resource is no Longer Oil, but Data*, 6.mai 2017,

<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (sist lest 4.mai 2021).

⁵ *Top companies in the world by market value*, 16. april 2021, www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-value/ (sist lest 7.mai 2021).

personopplysninger. Hvordan digitale plattformer bruker personopplysninger, har ikke bare fått fokus i personvernretten. Konkurransemyndigheter har de seneste årene etterforsket ulike digitale plattformer for misbruk av deres dominerende stilling.⁶

I relasjon til Artikkel 102 TEUV, har måten digitale plattformer opererer på skapt en debatt om artikkelen er anvendelig ved innhenting og deling av personopplysninger. Bakgrunnen er at de store foretakene er nærmest eneaktører på markedet. Dette har satt fokus på om informasjonen digitale plattformer har om sine brukere kan skade den effektive konkurransen i et marked. Fordi mange av de digitale plattformer er dominerende, er en annen bekymring at forbrukere er nødt til å godkjenne inngripende vilkår for bruk av tjenesten. Frykten er at markedsmakten til foretak medfører at personvernet til brukerne reduseres.

Allerede i 2006 uttalte EU-domstolen i *Asnef Equifax* at «*any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law, they may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection*».⁷ Den generelle rettsoppfatningen har vært at konkurranseretten og personvernretten er to rettsområder som skal holdes atskilt.⁸ Dette må særlig sees i lys av innføringen av the General Data Protection Regulation (heretter GDPR).

Personvernregelverket har ikke blitt ansett for å være særlig effektivt for digitale plattformers bruk av personopplysninger.⁹ Selv om plattformene har retningslinjer om personvern som brukerne må samtykke til, har de færreste forbrukere en forståelse av hva et slikt samtykke innebærer. Retningslinjene er ofte lange, vanskelig å forstå, og uten mulighet til å forhandle om vilkårene. Mange forbrukere opplever også at de er uvitende om hvordan deres personopplysninger blir brukt og delt. En undersøkelse fra den Europeiske forbrukerorganisasjonen (BEUC) viste at 70 % av europeiske innbyggere var bekymret for innhenting og prosesseringen av deres personopplysninger.¹⁰

⁶ Se eksempelvis *Google Search* COMP/AT.39740 og *Google Android* COMP/AT.40099.

⁷ *Asnef-Equifax* (C-238/05) avsnitt 63.

⁸ Se mer under del 4.

⁹ Stucke og Grunes (2016) s. 326.

¹⁰ BEUC, *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era*, https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-054_competition_pol-icy_in_digital_markets.pdf (sist lest 5.mai 2021)

Til tross for avgjørelsen og rettsoppfatningen i *Asnef-Equifax*, konkluderte de tyske konkurransemyndighetene Bundeskartellamt i 2019 med at Facebook sin innhenting av personopplysninger fra tredjeparter utgjorde et misbruk av deres dominerende stilling etter tysk konkurranselov.¹¹ I kjølvannet av avgjørelsen har flere tatt til orde for at også europeiske konkurransemyndigheter må være forberedt på å anvende Artikkel 102 TEUV på lignende saker i framtiden.¹²

1.2 Rettskildebildet og metodisk tilnærming

Oppgaven tar utgangspunkt i den EU-rettslige metoden i fortolkningen av Artikkel 102 TEUV. Traktaten om den Europeiske unions virkemåte (TEUV) og Traktaten om den Europeiske Union (TEU)¹³, er sammen de primære rettskildene for det politiske samarbeidet i den Europeiske Union.

EØS-avtalen¹⁴ skal sørge for fri flyt av varer, tjenester, kapital og personer. Fri og effektiv konkurranse er én av betingelsene for at det indre marked skal fungere.¹⁵ De likelydende EØS-bestemmelsene skal derfor tolkes i tråd med EU-domstolen sine avgjørelser.¹⁶ Konkurranseloven¹⁷ har som mål å være harmonisert med EØS-retten, og norsk konkurranserett skal langt på vei tolkes i samsvar med EU og EØS-retten.¹⁸

Hvordan digitale plattformer sin bruk av personopplysninger kan påvirke konkurranseretten, har ikke fått mye oppmerksomhet i Norge eller EØS. Oppgaven vil derfor kun ha fokus på europeisk konkurranserett. Oppgavens bruk av kilder og argumenter vil likevel være relevant i norsk og EØS-rettslig sammenheng.

EU-domstolen har som hovedoppgave å tolke EU-retten. Dommer fra EU-domstolen er derfor en tungtveiende rettskilde. I oppgaven vil dommer fra EU-domstolen om misbruk etter Art.

¹¹ Bundeskartellamt (B6-22/16) avsnitt 871.

¹² Se eksempelvis Schneider (2019) s. 225 og Volmar og Helmdach (2018) s. 214–215.

¹³ Treaty on European Consolidated version 2016 (OJ 2016/C 202/01).

¹⁴ Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde 1 januar 1994.

¹⁵ Utenriksdepartementet, *Norges konkurransepolitiske samarbeid med EU*, 6.august 2018, <https://www.regjeringen.no/no/tema/europapolitikk/tema/konkurranse1/id685970/> (sist lest 16.mai 2021)

¹⁶ Gjendemsjø s. 525 i Arnesen (red) (2018).

¹⁷ Lov 5.mars 2004 nr. 12 lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.

¹⁸ Ot.prp.nr.6 (2003–2004) s. 62.

102 TEUV være sentrale, men også dommer om ulovlig samarbeid etter Art. 101. Ved sitering av dommer fra EU-domstolen, vil den engelske språkversjonen benyttes.

Kommisjonen har en viktig rolle i konkurranseretten.¹⁹ Avgjørelsene er ikke rettskraftige, slik som dommene fra EU-domstolen. Samarbeidet mellom de to organene er derimot viktig, og ofte bygger Kommisjonen på tidligere dommer fra EU-domstolen både i etterforskningsfasen og når de vedtar avgjørelser. Avgjørelsene vil derfor ha en sentral plass i oppgaven, både i utpenslingen av vilkårene i Art. 102, men også i vurderingen av personvernrettens rolle i konkurranseretten.

Det viktigste regelverket for personvern er GDPR som trådte i kraft 25.mai 2018. Alle referanser til personvernregelverket i oppgaven peker på GDPR og dens innhold.

I oppgaven vil det benyttes retningslinjer fra Kommisjonen. Retningslinjene har en viktig rolle i europeisk konkurranserett.²⁰ Fordi disse hverken er primær- eller sekundærkilder har de ingen offisiell rettskildevekt.²¹ De gir likevel uttrykk for konkurransereglens formål, rekkevidde og ulike problemstillinger knyttet til hvordan reglene skal tolkes og anvendes.

Juridisk teori er ikke en rettskilde i EU-retten, slik som den er etter den norske rettskildelæren.²² Fordi oppgavens tema er uavklart, med få andre rettskilder, vil teoretikers synspunkt fremmes i oppgaven. Mange teoretikere er uenige om personvernrettens plass i konkurranserettslige vurderinger. Teorien gir derfor en indikasjon på om konkurranseregler *bør* anvendes for brudd på GDPR og eventuelt hvilke tilpassinger av regelverket som kreves.

Kun Tyskland har avsagt nasjonale avgjørelser om bruk av konkurranseregler for digitale plattformers bruk av personopplysninger. På tross av at nasjonale avgjørelser ikke har noe rettskildevekt for anvendelsen av europeiske konkurranseregler, vil avgjørelsen fra Bundeskartellamt²³ og senere avgjørelser bli vist til gjennomgående i oppgaven. Det er fordi de gir en pekepinn på mulig anvendelse av konkurranseregler for digitale plattformers bruk av

¹⁹ Whish and Bailey (2018) s. 54.

²⁰ Jones and Sufrin (2019) s. 93.

²¹ Whish and Bailey (2018) s. 35.

²² Nygaard (2004) s. 29–31.

²³ Bundeskartellamt v. Facebook (B-22/16).

personopplysninger, og illustrerer hvordan konkurranseretten og personvernretten kan kollidere.

Det aktuelle rettskildebildet er preget av få rettskilder, samtidig som at det ikke er noen avklart løsning på masteroppgavens problemstilling. Hva som er den gjeldende rettstilstanden, *de lege lata*, vil ha plass under de generelle vilkårene i Art. 102 TEUV, samt ved gjennomgang av rettspraksis. De metodiske utfordringene i oppgaven består av å sammenfatte ulike synspunkter for om Art. 102 TEUV kan anvendes for digitale plattformers innhenting og deling av personopplysninger, *de lege ferenda*.

1.3 Avgrensninger og videre fremstilling

Oppgaven har fem hoveddeler, utenom innledning og avsluttende bemerkninger. Den første delen av oppgaven vil ta sikte på å redegjøre for noen særtrekk for digitale marked. Utvalget er basert på de mest sentrale karakteristikene som er interessante fra et konkurranserettslig perspektiv.

Den andre delen vil gjøre rede for markedsavgrensningen for digitale plattformer, og hvilke problemstillinger som knytter seg til markedsrett i digitale marked. Oppgaven avgrenses mot digitale plattformer som tilbyr tjenestene sine gratis. Årsaken til denne avgrensningen er at slike tjenester kompliserer markedsavgrensningen og misbruksvilkåret. Bakgrunnen er at konkurranseretten er sett på som prisfiksert.²⁴ Oppgaven tar heller ikke sikte på å behandle dyptgående ulike økonomiske modeller for hvordan man avgrenser og definerer markedet. Hovedfokuset vil ligge på hva som er særskilt for markedsavgrensningen for tjenester tilbydd av digitale plattformer. Grunnet plasshensyn vil oppgaven heller ikke behandle den geografiske avgrensningen av markedet.

Den tredje delen vil fokusere på rekkevidden av konkurransemyndigheters kompetanse: bør personvern ha en plass i konkurranserettslig vurdering? Her skal oppgaven se på hvilke mål konkurranseretten og personvernretten prøver å ivareta, og om konkurranseretten er åpen for innflytelse fra andre rettsområder.

²⁴ Stucke og Grunes (2016) s. 107, se mer under 2.3.

Den fjerde delen vil gjøre rede for misbruksalternativene i Art. 102 (a) TEUV, og vurdere hvorvidt de kan anvendes for utnyttende misbruk ved innhenting og deling av personopplysninger. På grunn av oppgavens omfang, vil oppgaven kun ta sikte på å behandle misbruksalternativene i bokstav a: «urimelig innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår». Bakgrunnen for denne avgrensningen er at disse vilkårene har vært mest omdiskutert etter avgjørelsen fra Bundeskartellamt.

I den femte delen vil oppgaven se på et forslag til ny europeisk forordning, *Digital Markets Act*²⁵, som kan være et fungerende verktøy for å takle utfordringene når digitale plattformer bruker personopplysninger til å hevde seg i markedet. Avslutningsvis vil også oppgaven se på Tysklands nasjonale konkurranseregler, som har vært oppdatert flere ganger de siste årene. Formålet er å se hvilken funksjon lovendringene har hatt for konkurransen i digitale plattformer på det tyske markedet.

²⁵ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act).

2 Karakteristikkene ved digitale markeder

Før jeg går inn på drøftelsen av de ulike vilkårene i Artikkel 102 TEUV, er det nødvendig å først redegjøre kort for noen sentrale karakteristikkene for digitale markeder. På denne måten er det lettere å identifisere utfordringer for konkurranseretten i digitale markeder. Hvordan disse karakteristikkene påvirker konkurranseretten vil presenteres fortløpende under del 3, 4 og 5.

2.1 Tosidige eller flersidige markeder

Det tradisjonelle synet på markeder er at de er ensidige. Ensidige markeder består vanligvis av en selger og en kjøper av en vare eller tjeneste. Ett eksempel er matbutikker, som selger varer til potensielle kjøpere. Den teknologiske utviklingen har medført at tosidige eller flersidige markeder blitt nesten like vanlige som ensidige. Ett eksempel på flersidige markeder er søkemotorer, som kobler forbrukere til potensielle annonsører. Slike markeder legger til rette for interaksjoner mellom to eller flere sider.²⁶ I tosidige markeder betjener derfor et foretak to distinkt forskjellige kundegrupper som påvirker hverandres etterspørsel.²⁷ Etterspørselen til én side er avhengig av etterspørselen til en annen side.²⁸

Strategien for digitale plattformer er å innhente opplysninger om brukerne på en slik måte at det skaper en interaksjon mellom forbrukerne og tredjeparter.²⁹ På denne måten kan tredjeparter spesialtilpasse annonser for brukerne av tjenester. Eksempelvis vil en Facebookbruker som har besøkt en nettside som selger klær, oppleve at han senere får opp slike annonser når han benytter seg av tjenesten. Digitale plattformer opptrer derfor som en digital mellommann som muliggjør interaksjonen. Sammenkoblingen mellom brukere og annonsører er svært gunstig for digitale plattformer, og utgjør ofte den største inntektskilden. I 2016 var 97,9 prosent av Facebook sin omsetning basert på annonsørinntekter.³⁰ Tosidige og

²⁶ Pfeiffer (2019) s. 57.

²⁷ Filistrucchi (2013) s. 296.

²⁸ Ibid.

²⁹ Pfeiffer (2019) s. 58.

³⁰ *Facebook's advertising revenue worldwide from 2009-2020*, <https://www.statista.com/statistics/271258/facebooks-advertising-revenue-worldwide/> (sist lest 5.juni 2021)

flersidige markeder utfordrer særlig markedsavgrensningen, noe som vil bli presentert i del 3 i oppgaven.

2.2 Nettverkseffekter

Nettverkseffekter kan være direkte og indirekte. Direkte nettverkseffekter er når et produkt eller tjeneste blir mer verdifull i takt med at antall brukere øker. Indirekte nettverkseffekter er når økning i antall brukere fører til et bedre produkt eller tjeneste som igjen øker verdien.³¹ Både indirekte og direkte nettverkseffekter er viktige for digitale plattformer, da begge fører til at verdien på tjenesten øker i takt med antall brukere eller andre som benytter seg av tjenesten.³²

Årsaken til at nettverkseffekter er viktige i konkurranserettslige vurderinger av digitale plattformer, er at økonomien i slike tilfeller er drevet av etterspørsel. Når forbrukere har færre alternativer å velge mellom, øker konkurransen i et marked. Det er også naturlig at forbrukere foretrekker og velger større plattformer over mindre.³³ Nettverkseffekter er særlig viktige for plattformer som tilbyr tjenestene sine gratis, fordi de er hovedårsaken til at tjenesten får flere brukere, og dermed blir mer attraktiv for annonsører.

2.3 «Zero price markets»

7 av de 10 største firmaene i verden har digitale produkter som sin hovedinntektskilde.³⁴ Felles for disse er at de også tilbyr tjenestene sine gratis til forbrukere. «Zero price markets» er navnet på markeder hvor foretak ikke krever betaling for bruk av digitale tjenester. Moderne konkurranserett er karakterisert for å være prisfiksert.³⁵ Pris- og kostnadskonsepter er viktige i konkurranseretten, både ved anvendelsen av konkurranseverktøy og for å sammenligne med andre produkter i et marked. På tross av at tjenestene er gratis, er det ikke ensbetydende med at forbrukerne ikke betaler. Forbrukere betaler med noe som anses som

³¹ Yun (2020) s. 4.

³² Ibid.

³³ Mäihäniemi (2020) s. 62.

³⁴ *The 100 largest companies in the world by market capitalization in 2021*, www.statista.com/statistics/263264/top-companies-in-the-world-by-market-value/, 16. april 2021, (sist lest 7. mai 2021)

³⁵ Stucke og Grunes (2016) s. 107.

like, om ikke mer verdifullt enn penger: tid og persondata.³⁶ Suksessen til digitale plattformer er derfor avhengig av å kunne innhente, prosessere og bruke mengdene med informasjon om brukere til å utvikle tjenesten videre og tiltrekke potensielle annonsører.³⁷ Hvordan slike «zero price markets» påvirker anvendelsen av konkurranseretten presenteres under pkt. 3 og 5 i oppgaven.

2.4 Stordata

Stordata (Big data) har ingen klar definisjon. Kommisjonen har definert Big data slik: *“The term ‘Big Data’ refers to large amounts of different types of data produced with high velocity from a high number of various types of sources. Handling today’s highly variable and real-time datasets requires new tools and methods, such as powerful processors, software and algorithms, going beyond traditional ‘data mining’ tools designed to handle mainly low variety, small scale and static datasets, often manually”*.³⁸

Teknologien har medført at mengden av data som finnes og generes i verden er stor. Data kommer også i mange ulike former, og kan kombineres sammen med annen type informasjon. Variasjonen i hva slags data som finnes, og kan innhentes, er derfor stor. En årsak til økningen i datainnsamling er at kostnadene knyttet til å innhente, lagre, prosessere og analysere har blitt redusert.³⁹ Hastigheten på datainnsamlingen har også økt kraftig. Med ny teknologi blir informasjon innhentet og delt i stor hastighet. Fordi foretak har verktøy, slik som algoritmer, for å både innhente, lagre, analysere og behandle store mengder data, er verdien på data i den digitale økonomien stor.⁴⁰ Dette kan også sees i lys av at mange tjenester tilbys gratis, i bytte mot personopplysninger.

Begrepet stordata er derfor sentralt for oppgaven, fordi det forklarer hvordan foretak kan bruke mengder med ulike former for opplysninger til å skaffe seg et konkurransefortrinn.

³⁶ Mäihäniemi (2020) s. 66.

³⁷ Davilla (2017) s. 371.

³⁸ European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a thriving data-driven economy*, 2. juli 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN> (sist lest 4. juni 2021).

³⁹ Stucke og Grunes (2016) s. 17.

⁴⁰ Pfeiffer (2019) s. 56.

3 Hva kan utgjøre “dominerende stilling” i digitale markeder?

3.1 Vilkåret om dominerende stilling

Artikkel 102 TEUV fastslår at ett eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin «dominerende stilling» (...) er forbudt. EU-domstolen har gjennom avgjørelser langt på vei definert hva som er innholdet i vilkåret. I *United Brands v. Commission* uttalte domstolen at en dominerende stilling “(...) relates to a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of the consumers”.⁴¹

Å inneha en «dominerende stilling» i et marked er ikke i seg selv kritikkverdig, men foretaket har «a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market».⁴² Dersom et foretak regnes for å ha en dominerende stilling, stilles det derfor høyere krav til måten foretaket opererer på, jf. «special responsibility». Bakgrunnen er at måten et dominerende foretak opererer på lettere kan skade konkurransen, enn en mindre aktør. Som uttalt i *Michelin* har et dominerende foretak et særlig ansvar for å ikke skade en «genuine undistorted» konkurranse.⁴³

I vurderingen av om et foretak har en «dominerende stilling» er det første steget å avgrense det relevante markedet. Deretter er det nødvendig å vurdere om foretaket har markedsrett i det aktuelle avgrensede markedet. I punkt 3.2 og 3.3 vil jeg se på hvordan det relevante markedet kan avgrenses for digitale plattformer som tilbyr tjenestene sine gratis, og hvilke indikatorer på markedsrett som er typiske for digitale markeder.

⁴¹ *United Brands Company* (C-27/76) avsnitt 65 og *Hoffmann-La Roche* (C-85/76) avsnitt 38.

⁴² *Almelo* (C-393/92) avsnitt 37.

⁴³ *Michelin* (C-332/18) avsnitt 57.

3.2 Markedsavgrensning

Markedsavgrensning er en måte å identifisere og definere grensene for konkurranse mellom foretak.⁴⁴ Det relevante markedet består av produkter og/eller tjenester som kan substitueres av forbrukeren grunnet pris, bruksområde og egenskaper.⁴⁵ Både substituerbarheten på tilbuds- og etterspørselssiden er sentrale måter å vurdere hvordan et marked vil respondere på endring i pris eller andre konkurranseparametre, som igjen er sentralt for å definere det relevante markedet.

Avgrensningen av det relevante markedet må skje både med hensyn til et bestemt produkt og geografisk område.⁴⁶ Dette kommer klart til uttrykk i *Hoffmann-La Roche*: «*In order to determine whether Roche has the dominant position as alleged, it is necessary to delimit the relevant markets both from the geographical standpoint and from the standpoint of the product*».⁴⁷ Som vist til under del 1.3, har oppgaven kun fokus på produktmarkedet.

Digitale plattformer skiller seg fra mer tradisjonelle foretak fordi de opererer i flere markeder, og tilbyr ofte tjenestene sine gratis. Når en plattform opererer mellom to eller flere sider, så er en problemstilling om hver enkelt side skal avgrenses, eller om alle sidene skal anses som ett marked (del 3.2.1). En annen problemstilling er hvordan den siden som mottar tjenester gratis skal tas hensyn til: skal markedet kun avgrenses til den betalende siden? (del 3.2.2).

3.2.1 Hvordan avgrense flersidige markeder?

Avgjørelser fra Kommisjonen viser at en flersidig markedsmodell har blitt anvendt for digitale plattformer. I *Verizon/Yahoo* avgrenset Kommisjonen til åtte ulike markeder: tjenester for datasøk, reklame, dataanalysetjenester, kommunikasjonstjenester for forbrukere, e-posttjenester for forbrukere, digitalt innhold, tjenester for webhotell og samlokalisering, og

⁴⁴ Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03), avsnitt 2.

⁴⁵ Ibid avsnitt 7.

⁴⁶ Ibid avsnitt 2.

⁴⁷ *Hoffman-La Roche* (C-85/76) avsnitt 21.

skytjenester.⁴⁸ I *Google Shopping (search)* definerte Kommisjonen et marked for internettsøk og et marked for shoppingportaler.⁴⁹

Bruken av en flersidig markedsmodell er viktig når man skal avgrense markedet for digitale plattformer. Hvis ikke både forbrukersiden og tredjepartene blir regnet med, kan markedet avgrenses for smalt. En for smal avgrensning kan medføre at viktig konkurranse utelates fra analysen. De ovennevnte avgjørelsene er derimot uklare på hvordan slike markeder avgrenses. Den europeiske Kommisjonen har ikke i sine retningslinjer indikert hvordan et marked for digitale plattformer skal defineres. Nyere rapporter gir heller ingen indikasjon på hvordan markedet skal avgrenses for tosidige eller flersidige markeder. Oppgaven vil derfor se hen til juridisk teori, som har skilt mellom to ulike måter å avgrense digitale markeder på: *single market approach* og *multimarkets approach*.

Single market approach vs. multimarkets approach

I juridisk teori er det tatt til orde for to ulike metoder å avgrense markeder for digitale plattformer på. En måte er *single market approach*. Denne metoden går ut på å definere og avgrense et marked som omfatter både mottaker og forsyner-siden.⁵⁰ En annen metode er omtalt som *multimarkets approach*, som innebærer å definere et marked på hver side, men å samtidig ta hensyn til at begge sider av markedet er sammenkoblet gjennom nettverkseffekter.⁵¹ Konkurransemyndigheter bruker vanligvis sistnevnte metode, da det er ansett for å være et mer fleksibelt instrument for å vurdere substituerbarheten for brukerne av plattformen.⁵²

Tyske konkurransemyndigheter har skrevet en rapport hvor de skiller mellom ulike kategorier av digitale plattformer, herunder *matching platforms* og *non-matching platforms*. De mener at skillet mellom plattformer som sammenkobler brukere og de som ikke gjør det, bestemmer hvilken metode som skal benyttes ved avgrensningen av et marked.

⁴⁸ *Verizon/Yahoo* (M.8180) avsnitt 11–12.

⁴⁹ *Google shopping* (AT.38740) avsnitt 154.

⁵⁰ Franck & Peitz (2019) s. 22.

⁵¹ *Ibid* s. 22.

⁵² *Ibid* s. 38.

Konkurransemyndighetene mener at *multimarkets approach* som hovedregel skal benyttes for digitale plattformer. Tyske konkurransemyndigheter mener at Facebook er å regne som en *non-matching platform* fordi brukere og annonsører m.m. er to ulike grupper og at “[a]s none of the above groups of Facebook users have demands similar to the group of private users, they have to be attributed to other markets». ⁵³

Det kan stilles spørsmålstegn ved om skillet mellom *matching* og *non-matching platforms* er relevant. ⁵⁴ Tyske konkurransemyndigheter mener at hvor det er like muligheter for substitusjon for brukere av en plattform, så bør kun ett marked avgrenses. Ett eksempel på en slik plattform er Elitepartner, som er en datingplattform. Franck og Peitz kritiserer tyske konkurransemyndigheters forslag til å bruke *single market approach* i slike tilfeller. Bakgrunnen er at brukere av datingplattformer har ulike formål ved bruken av tjenesten, og tiden de bruker på plattformen vil også variere. Dette vil igjen påvirke substitusjonsmulighetene til brukerne. ⁵⁵

På tross av kritikken bygger likevel tyske konkurransemyndigheter opp under den generelle oppfatningen om at markeder bør avgrenses hver for seg, og at nettverkseffekter mellom de ulike sidene må tas hensyn til ved markedsavgrensningen av digitale plattformer.

3.2.2 “Zero price markets”

Mange digitale plattformer opererer ved at de tilbyr tjenestene sine gratis, i bytte mot at de innhenter personlig informasjon om brukerne. I vurderingen av om et foretak har dominerende stilling i et marked, er det sentralt hvorvidt den ene siden har mottatt en økonomisk kompensasjon. Dette er fordi pris og motytelser er viktig i konkurranseretten, og gjøre det lettere å sammenligne konkurrerende firmaer opp mot hverandre

Måten digitale plattformer opererer på har medført endringer i tysk lovgivning. I 2017 endret den tyske regjeringen konkurranseloven ved å innta en ny bestemmelse som fastsetter at «*the*

⁵³ Bundeskartellamt, *Case summary of B-22/16*, 15. februar 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (sist lest 4.juni 2021).

⁵⁴ Franck og Peitz (2019) s. 37–38.

⁵⁵ Ibid.

*assumption of a market shall not be invalidated by the fact that a good or a service is provided free of charge».*⁵⁶ Dette viser at tysk lovgiver har ønsket å avklare den tidligere uenigheten om det kan defineres et marked hvor det ikke ytes kompensasjon.

Det har også eksistert uenighet i EU om hvorvidt man kan definere et marked på forbrukersiden, når tjenestene som tilbys er gratis. Noen har vært av den oppfatning at et marked kun kan eksistere hvor det konkurreres om pris, og at konkurransereglene ikke kan anvendes for «zero-price markets».⁵⁷ Derimot er det klart at på tross av at tjenester i seg selv er gratis for forbrukeren, er ikke det ensbetydende med at det ikke er noen kostpris. Tvert imot er gratis tjenester en måte å lokke til seg forbrukere, slik at man får tilgang på brukeropplysninger. Disse kan benyttes til å f.eks. spesialtilpasse reklame, noe som er attraktivt for annonsører. Markedsavgrensingen bør derfor ta hensyn til koblingen mellom både forbruker- og annonsørsiden, slik at det at tjenesten er gratis ikke er avgjørende for avgrensingen.

Kommisjonen har i flere avgjørelser lagt til grunn at markedet et foretak opererer i eksisterer på tross av tjenestene som tilbys er gratis. I *Microsoft/LinkedIn* ble det uttalt at *«the vast majority of [social networking] services are provided free of monetary charge. They can however monetise through other means, such as advertising or charge for premium services»*.⁵⁸ Også avgjørelsene i *Microsoft/Skype*⁵⁹ og *Facebook/Whatsapp*⁶⁰ viser til at avgrensingen av et marked ikke er avhengig av at forbrukerne betaler for tjenestene.

Dersom «zero price markets» ikke ble regnet for å være et relevant marked, ville heller ikke Artikkel 102 TEUV være anvendelig for mange digitale plattformer. EU-domstolens avgjørelser har klart lagt til grunn at avgrensningen av et marked er et særlig viktig steg. Dette kommer klart til uttrykk i *Volkswagen v. Commission*: *«For the purposes of Article 86, the proper definition of the relevant market is a necessary precondition for any judgment as to allegedly anti-competitive behaviour, since, before an abuse of a dominant position is*

⁵⁶ Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 12. juli 2018, paragraf 18 (2a).

⁵⁷ Newman (2015) s. 160.

⁵⁸ *Microsoft/LinkedIn* (COMP/M.-8124) avsnitt 87.

⁵⁹ *Microsoft/Skype* (COMP/M.6281) avsnitt 75 og 101–109.

⁶⁰ *Facebook/Whatsapp* (COMP/M.7217) avsnitt 31 og 34.

*ascertained, it is necessary to establish the existence of a dominant position in a given market, which presupposes that such a market has already been defined».*⁶¹ Hvis kompensasjon var nødvendig for å etablere et marked, ville konsekvensen være at forbrukersiden ikke ble tatt hensyn til i markedsavgrensningen. Dette ville vært særlig uheldig, da en for snever markedsavgrensning vil kunne medføre at digitale plattformer med store brukermasser ikke ble regnet for å ha en dominerende stilling etter Artikkel 102 TEUV.

3.2.3 Fungerer vanlige konkurranseverktøy i “zero price markets”?

Som vist til ovenfor medfører ikke gratis tjenester at markedet kun må avgrenses til den betalende siden. Det er likevel ingen tvil om at vanlige konkurranseverktøy ofte sammenligner og benytter seg av pris som en faktor for å avgrense markedet. I det videre vil jeg se på hvordan slike verktøy kan tilpasses når tjenestene som tilbys er gratis.

SSNIP-testen (Small but Significant Non-transitory Increase in Prices) er en hypotetisk monopolistisk test som er benyttet for å avgrense et relevant marked. I *Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purpose of Community Competition Law* er det vist til at testen tar sikte på å vurdere om forbrukere ville ha byttet til andre substituerbare produkter eller andre leverandører grunnet en hypotetisk økning i pris på 5-10 %.⁶² Denne testen har blitt benyttet i rettspraksis fra EU-domstolen, herunder blant annet *France Télécom v Commission*.⁶³ Dette verktøyet tar i bruk prisen som et sentralt element for å vurdere om forbrukere ville byttet til et annet produkt. Når mange tjenester tilbys gratis vanskeliggjør det anvendelsen av SSNIP-testen.

I *Google Shopping* uttalte Kommisjonen at «*the SSNIP test would not have been appropriate in the present case because Google Services its search services for free*».⁶⁴ Derimot har det blitt uttalt i et notat av delegasjonen til den Europeiske Unionen at på tross av at det er komplisert å avgrense et marked ved bruk av SSNIP-testen når tjenestene tilbys gratis, er «*however these problems are not insurmountable and [...] the SSNIP-test can still be applied*

⁶¹ *Volkswagen v. Commission* (T-62/98) avsnitt 230.

⁶² Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, avsnitt 17.

⁶³ *France Télécom* (C-202/87) avsnitt 87: “[t]he question to be answered is whether the parties' customers would switch to readily available substitutes ... in response to a hypothetical small (in the range 5 to 10%) but permanent relative price increase in the products and areas being considered”.

⁶⁴ *Google Search Shopping* (COMP/AT.39740) avsnitt 245.

with modifications». ⁶⁵ Hvilke modifikasjoner testen krever for å kunne anvendes på digitale plattformer er ikke spesifisert, og teoretikere har heller ikke kommet til enighet om hvordan denne testen skal kunne benyttes for slike markeder.

Én måte å anvende SSNIP-testen på er å spørre om forbrukerne ville byttet til et annen tjeneste, dersom man introduserte en liten men betydelig økning i pris. ⁶⁶ Denne metoden har blitt kritisert fordi forbrukerne ikke nødvendigvis er villige til å betale for tjenester som er gratis. Dette er synliggjort i *Facebook/Whatsapp*: «*price is one factor that influences the popularity of a consumer communications app. Indeed, the users of a consumer communications apps tend to be very price-sensitive and expect a consumer communications app to be provided for free. This is a standard practice in the industry, with virtually all consumer communications apps not charging any fees*». ⁶⁷

En annen måte anvende SSNIP-testen, er å anse personlig data som en «pris» som betales. ⁶⁸ Dette har fått støtte av Vestager som har uttalt at ved å gi bort personlig data når man bruker en tjeneste: «*you are paying a price, an extra price for the product that you are purchasing, and you gave something that was valuable*». ⁶⁹ På tross av at noen teoretikere også mener at personopplysninger kan fungere som en form for “pris”, ⁷⁰ er det en utfordrende hypotetisk test å gjennomføre. Først og fremst er det vanskelig å konstatere *når* en viss mengde med personlig data kan anses for dyrt. Videre har mange digitale plattformer like retningslinjer for innhenting av personopplysninger, noe som gjør at det er lite sammenligningsgrunnlag.

I *Microsoft/Skype* konkluderte Kommisjonen med at ikke bare prisen på tjenester, men også kvalitet er noe forbrukersiden verdsetter. ⁷¹ I en rapport fra OECD kommer det til uttrykk at «*competition policy is just as concerned with quality as it is with prices*». ⁷² At kvaliteten på ulike tjenester kan være en måte å vurdere substituerbarheten på har fått støtte av flere teoretikere. ⁷³

⁶⁵ OECD (2012) s. 7.

⁶⁶ Esayas (2020) s. 142.

⁶⁷ *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217) avsnitt 90.

⁶⁸ Esayas (2020) s. 143.

⁶⁹ Vestager (2015).

⁷⁰ Se eksempelvis Robertson (2020) s. 173.

⁷¹ *Microsoft/Skype* (COMP/M.6281) avsnitt 81.

⁷² OECD (2013) s. 1.

⁷³ Franck and Peitz (2019) s. 64.

En test som bruker kvalitet som indikator på substituerbarhet er SSNDQ (Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality). Denne testen har derimot ikke fått fotfeste som en alternativ test. Bakgrunnen kan være at kvalitet, i motsetning til pris, anses for å være subjektiv.⁷⁴ Å vurdere hvorvidt kvaliteten på en tjeneste medfører at brukere bytter til andre produkter, kan derfor være en hypotetisk test som er vanskelig å utøve for konkurransemyndigheter. Dette kan sees i lys av at hvilke personvernregler som digitale plattformer benytter seg av ofte er skjult.⁷⁵

3.3 Markedsmakt

Markedsmakt er definert som muligheten for et foretak til å øke priser, minske produksjon, valget eller kvalitet av varer og tjenester, og redusere innovasjon.⁷⁶ Markedsmakt er ikke nødvendigvis ensbetydende med å ha en dominerende stilling. Det er derimot nødvendig at foretaket har en kvalifisert overvekt av markedsmakt for å kunne betraktes som et dominerende foretak.⁷⁷ I det videre vil jeg undersøke hvilke former for markedsmakt som kan oppstå i digitale markeder.

3.3.1 Markedsandeler

Markedsandeler har blitt ansett som en viktig indikator på om et foretak har markedsmakt. Dette er fordi markedsandeler gir innblikk i strukturen til et bestemt marked, og den økonomiske posisjonen til foretak.⁷⁸ I *Hoffman-La Roche* ble det uttalt at «(...) *the existence of a dominant position may derive from several factors which taken separately are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very high market shares*». ⁷⁹ Det er en presumsjon for at et foretak har en dominerende stilling hvor markedsandelene er på over 50 % ⁸⁰, og at markedsandeler på 70%-80% gir en klar indikasjon på dominans.⁸¹

⁷⁴ Graef (2016) s. 55.

⁷⁵ Kemp (2020) s. 640.

⁷⁶ Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, avsnitt 8.

⁷⁷ *United Brands Company* (C-27/76) avsnitt 65.

⁷⁸ Whish og Bailey (2019) s. 42.

⁷⁹ *Hoffmann-La Roche* (C-85/76) avsnitt 39.

⁸⁰ *AKZO v. Commission* (C-62/86) avsnitt 60.

⁸¹ *Hilti v. Commission* (T-30/89) avsnitt 92.

I tidligere avgjørelser fra Kommisjonen hvor foretak opererer i digitale markeder, blir markedsandeler brukt som en indikator på markedsrett. Et eksempel er *Microsoft/Yahoo* hvor markedsandeler ble brukt for å vurdere markedsretten til foretakene i markeder for søkemotorer.⁸² I dommen sammenligner Kommisjonen markedsandelene til Google på 90-100%, med markedsandelene til Microsoft og Yahoo på under 5-10 %.⁸³

Senere avgjørelser gir uttrykk for at markedsandeler ikke fungerer som en god indikator på markedsrett i digitale markeder. I *Microsoft/Skype* som omhandlet en fusjon mellom de to nevnte foretakene, viste Kommisjonen til at «*market shares only provide a limited indication of competitive strength in the context of the market for internet consumer communications services because of the nascent and dynamic nature of the sector as a result of which market shares can change quickly within a short period and time*».⁸⁴ Også *Cisco v. Commission* som omhandlet forbrukerkommunikasjon, bekrefter at i dynamiske sektorer indikerer ikke nødvendigvis høye markedsandeler at et foretak har markedsrett.⁸⁵

De ovennevnte avgjørelsene peker på at fordi digitale markeder er dynamiske og endrer seg raskere enn de tradisjonelle, vil markedsandeler ikke være en god nok indikator på markedsrett. Hvilke markedsandeler et foretak har i slike sektorer vil ikke ta hensyn til at konkurransen i digitale markeder tar sted i framtiden, og ikke nåtiden.⁸⁶ Graef tar til orde for at markedsandeler kan være en indikator i de tilfeller hvor markedet er stabilt, og det er mulig å forutse at det aktuelle foretaket vil ha like store markedsandeler i framtiden.⁸⁷ Andre indikatorer, slik som eksempelvis innovasjon og etableringshindre vil være mer bedre egnet til å vurdere markedsrett.⁸⁸

Esayas er av den oppfatning at tiden forbrukerne bruker på tjenester, kan være en bedre måte å definere markedsrett på enn markedsandeler.⁸⁹ Denne oppfatningen er blant annet basert

⁸² *Microsoft/Yahoo!* (COMP/M.5727-18) avsnitt 112-130.

⁸³ *Ibid* avsnitt 112.

⁸⁴ *Microsoft/Skype* (COMP/M.6281) avsnitt 78.

⁸⁵ *Cisco v. Commission* (T-79/12) avsnitt 69.

⁸⁶ Mäihäniemi (2020) s. 59.

⁸⁷ Graef (2015) s. 6.

⁸⁸ *Ibid* side 7.

⁸⁹ Esayas (2018) s. 22.

ulike studier som viser at det er en sammenheng mellom tiden forbrukerne bruker på tjenester, og hvor mye data som genereres. Et argument for at tid er bedre egnet som indikator på markedsrett, er at det reflekterer «lock-in» effekten mange digitale plattformer har.⁹⁰ Jo mer tid forbrukere bruker på å eks. oppdatere profilen sin og knytte kontakter, jo mindre sannsynlighet er det for at de bytter til en annen tjeneste. Dette forslaget kan kritiseres, fordi det er vanskelig å sammenligne hvor mye tid forbrukere bruker på en digital plattform. Det er individuelt og vil variere. Selv om det kan regnes ut et gjennomsnittsbruk, vil det kunne ta lang tid å innhente og kalkulere tidsbruk. Det positive med forslaget er at det tar hensyn til at tiden man bruker på en digital plattform kan føre til mer innhenting av personopplysninger og dermed dårligere personvern for forbrukerne.⁹¹

Forslaget til Esayas et godt første steg som en potensiell indikator på markedsrett. Etter min oppfatning ville en bedre justering være å også se hver enkelt persons tidsbruk på ulike digitale plattformer. Dersom en person bruker 10 timer i uken på Facebook, men 1 time i uken på andre plattformer, så kan det tale for at Facebook har større verdi for brukeren.

3.3.2 Etableringshindre og nettverkseffekter

Etableringshindre er en annen viktig indikator på markedsrett, fordi de hindrer andre konkurrenter fra å respondere på eksempelvis endringer i pris eller kvalitet innen rimelig tid.⁹² Høye etableringshindre minsker sannsynligheten for potensiell ny konkurranse, og gjør det lettere for allerede etablerte foretak å utøve markedsrett. Det er vanskeligere å vurdere om det foreligger etableringshindre i et digitalt marked, enn tradisjonelle. Bakgrunnen er at innsamling av brukerinformasjon er gratis og ikke-eksklusiv.⁹³ Datainnsamling som er gjennomført av en tjeneste, kan derfor også innhentes av en annen tjeneste på markedet.

Som nevnt tidligere er nettverkseffekter et særtrekk for digitale marked. For brukere av mange digitale plattformer er det viktig å kunne komme i kontakt med andre personer. Nettverkseffekter kan derfor skape en «lock-in effekt», som gjør at brukere ikke er villig til å benytte seg av en annen plattform.

⁹⁰ Ibid s. 23.

⁹¹ Ibid s. 25.

⁹² *United Brands Company (C-27/76)* avsnitt 122.

⁹³ Mäihäniemi (2020) s. 88.

Avgjørelsen fra Bundeskartellamt illustrerer hvilken effekt nettverkseffekter kan ha. I avgjørelsen ble det vist til at datainnsamling var et element i vurderingen av om Facebook ble ansett for å ha en dominerende stilling. Facebook har en stor brukermasse, og for brukerne er det viktig å kunne finne personer de ønsker å komme i kontakt med. Dette ble ansett for å skape en «lock-in effect», fordi det var vanskelig for brukere å bytte til et annet sosialt nettverk.⁹⁴ Avgjørelsen illustrerer at antall brukere kan utgjøre etableringshindre og være en indikator på markedsrett.

Indirekte nettverkseffekter medfører at jo flere brukere en plattform har, desto mer tiltrekkende er de for annonsører, noe som fører til større inntekter.⁹⁵ Slike annonseinntekter kan benyttes for å forbedre og utvikle tjenestene. Dette illustrerer at indirekte nettverkseffekter kan være en form for etableringshinder for nye aktører på markedet, da mangelen på visse typer brukerdata vil kunne hindre nye aktører i å utvikle og forbedre seg like raskt.⁹⁶

Det er ikke nødvendigvis mengden data som plattformer innhenter som er avgjørende for om det foreligger etableringshindre. Körber er av den oppfatning av at det må differensieres mellom hvilke opplysninger som innhentes, til hvilket formål og kvaliteten på opplysningene.⁹⁷ Ikke all data er like verdifull for samme type tjenester. Siden den teknologiske utviklingen skjer raskt i digitale marked, kan også verdien på data forsvinne med tiden.⁹⁸

Både indirekte og direkte nettverkseffekter kan medføre en konkurransemessig fordel for etablerte digitale plattformer med store brukermasser, og innebærer at det er vanskelig for mindre og eller nye aktører å etablere seg i markedet.⁹⁹ Juridisk teori viser derimot til at hvorvidt nettverkseffekter faktisk utgjør etableringshindre må avgjøres i hver enkelt sak.¹⁰⁰ Dette er fordi mange av dagens dominerende digitale plattformer klarte å etablere seg i markedet, på tross av andre plattformer hadde mange brukere.¹⁰¹

⁹⁴ Bundeskartellamt v. Facebook (B-22/16) avsnitt 460.

⁹⁵ Mäihäniemi (2020) s. 61.

⁹⁶ Ibid s. 67.

⁹⁷ Körber (2018) s. 3.

⁹⁸ Ibid.

⁹⁹ Graef (2016) s. 34.

¹⁰⁰ Franck and Peitz (2019) s. 77.

¹⁰¹ Ibid.

3.4 Oppsummering

Som oppgaven viser, er metoden for markedsavgrensning av digitale plattformer uavklart. Det er akseptert at forbrukersiden av et marked må avgrenses, på tross av at tjenestene som tilbys er gratis. At de ulike sidene må tas hensyn til ved at de kobles gjennom nettverkseffekter er også klart, men konkret hvordan det gjøres i praksis er usikkert. Fordi digitale plattformer sammenkobler ulike grupper, og tjenestene er gratis, kompliserer dette markedsavgrensingen. I relasjon til markedsrett tyder mye på at markedsandel ikke er en god nok indikator på markedsrett i digitale markeder. Etableringshindre i form av nettverkseffekter er bedre indikatorer, men må avgjøres i hvert enkelt tilfelle, gitt at digitale markeder er dynamiske.

4 Rekkevidden av konkurransemyndighetenes kompetanse

4.1 Innledning

Margrethe Vestager uttalte at: «*I do not see the competition portfolio as a lonely portfolio. On the contrary, competition is central to the things we want to create both in and for Europe*». ¹⁰² Körber er av motsatt oppfatning: «*it is for good reasons that competition law is about protecting competition, and nothing else*». ¹⁰³ Det eksisterer derfor uenighet om rollen til personvernretten i konkurranserettslig vurderinger.

For å vurdere egnetheten av Artikkel 102 (a) TEUV i et personvernsperspektiv, vil det først være nødvendig å se på målsettingene til de to rettsområdene. Formålet er å undersøke konkurranseretten og personvernretten har like mål. Hvis svaret er ja, taler det for at de to rettsområdene *kan* utfylle hverandre. I den sammenheng er det også nødvendig å ta stilling til rekkevidden av kompetansen til konkurransemyndighetene: har praksis fra EU-domstolen åpnet for å ta hensyn til andre rettsområder, eller skal konkurranseretten holdes helt adskilt?

4.2 Målsettingene til konkurranseretten og personvernretten

Målet med konkurransereglene er å sikre en best mulig konkurranse som skaper konkurranseeffektivitet, lavere priser, valgfrihet for forbrukeren og som stimulerer til kreativitet og innovasjon fra aktørene. ¹⁰⁴ De europeiske konkurransereglene gjelder kun for «foretak». I dette vilkåret ligger det at konkurransereglenes anvendelsesområde i hovedsak er for økonomisk aktivitet. ¹⁰⁵

Konkurranseretten har også som mål å verne forbrukere mot ulovlig bruk av markedsrett. Dette kommer til uttrykk i *TeliaSonera*, hvor det ble uttalt at europeiske konkurranseregler er nødvendige for et velfungerende indre marked og at et mål er «*to prevent competition from*

¹⁰² Vestager (2014).

¹⁰³ Körber (2018) s. 9.

¹⁰⁴ Whish og Bailey (2018) s. 18.

¹⁰⁵ *Pavlov* (C-180/98) og (C-184/98) avsnitt 74.

*being distorted to the detriment of the public interest, individual undertakings and consumers, thereby ensuring the well-being of the European Union».*¹⁰⁶

Forbrukerhensyn har fått mer fokus som et mål i konkurranseretten de seneste årene. I *Post Danmark I* ble det uttalt at «Article [102 TFEU] covers not only those practices that directly cause harm to consumers but also practices that cause harm through their impact on competition».¹⁰⁷ I *Intel* uttalte at retten at «Article [102 TFEU] is aimed not only at practices which may cause damage to consumers directly, but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure».¹⁰⁸ Også i Kommisjonens retningslinjer ved anvendelsen av Artikkel 102 TEUV vises det til at bestemmelsen skal ha fokus på atferd som er skadelig for forbrukere, og at forbrukere har fordeler av konkurranse med lavere priser og bedre kvalitet.¹⁰⁹

Art. 1 GDPR viser til at formålet med innføringen av regelverket er å beskytte «*fundamental rights and freedoms of natural persons and in particular their right to the protection of personal data*».

Fortalen til GDPR viser at «*This Regulation is intended to contribute to the accomplishment of an area of freedom, security and justice and of an economic union, to economic and social progress, to the strengthening and the convergence of the economies within the internal market, and to the well-being of natural persons.*».¹¹⁰

GDPR synes derfor å ha to hovedformål. Det første er å sørge for beskyttelse av individers bestemmelsesrett over egne opplysninger. Det andre er at regelverket også skal sørge for fri flyt i det indre marked og bidra til forbrukervelferd. Dette viser til målsettingene til personvernregelverket har to sider, både det menneskerettslige aspektet og det økonomiske.

Begge rettsområdene har innflytelse og fokus på økonomisk aktivitet, samtidig som forbrukerhensyn står sentralt.¹¹¹ Derimot er forbrukerhensyn i konkurranseretten mer rettet

¹⁰⁶ *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB* (C-52/09) avsnitt 22.

¹⁰⁷ *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet* (C-209/10) avsnitt 20.

¹⁰⁸ *Intel Corp. V. European Commission* (T-286/09) avsnitt 105.

¹⁰⁹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings avsnitt 5.

¹¹⁰ Recitals GDPR avsnitt 2.

¹¹¹ *Costa-Cabral and Lynskey* (2017) s. 15.

mot faktorer som pris, valgmuligheter og kvalitet, mens personvernretten har som mål å sørge for at menneskerettighetene ikke blir krenket, herunder eksempelvis retten til privatliv og retten til ikke-diskriminering.¹¹² Konkurranseretten og personvernretten er derfor to rettsområder hvor forbrukerhensyn beskyttes på to forskjellige måter.

Konkurranseretten er ikke ment for å kunne anvendes for alle andre rettsområder. Det er derfor viktig å avklare hvilke mål konkurranseretten skal ivareta, slik at håndhevelsesområdet ikke blir for vidt. Konsekvensen ville kunne undergrave rettssikkerheten og konkurranserettens legitimitet.¹¹³

Én grunn for å skille mellom personvernretten og konkurranseretten er at rettsområdene har ulike prosedyrer og sanksjonsmidler. Artikkel 83 GDPR viser til at det kan gis bøter opptil 4 prosent av årlige inntekter dersom det er brudd på personvernet. For brudd på konkurranseretten kan foretak bøtelegges for opptil 10 prosent, jf. Artikkel 23 (2) Reg. 1/2003.¹¹⁴ Bestemmelsene illustrerer at brudd på konkurranseretten er ofte dyrere for foretak, enn brudd på personvernet. Konkurranseretten åpner også opp for andre tiltak enn bøter.

GDPR ble vedtatt i 2018, og førte til et styrket vern og fokus på personvern. Dette underbygger at datamyndigheter skal ha den fremste kompetansen til å vurdere hva som utgjør brudd på personvernretten. I relasjon til digitale markeder er det naturlig at begge rettsområdene på visse punkter overlapper. Konkurransemyndighetene bør derfor kun ha en rolle dersom det er tale om dominerende foretak som opererer på en måte som aktualiserer personvern og databeskyttelse.¹¹⁵ Rollen til konkurransemyndigheter bør derfor være begrenset til når dominerende foretak har et ansvar utover det som følger av GDPR for datainnsamling.¹¹⁶

På bakgrunn av nevnte dommer og uttalelser ser man at det både er likheter og ulikheter mellom målene konkurranseretten og personvernretten ønsker å ivareta. Begge rettsområdene har et viktig felles mål om forbrukervelferd. Dette taler derfor i utgangspunktet for at

¹¹² Ibid s. 18.

¹¹³ Buiten (2020) s. 17.

¹¹⁴ Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty.

¹¹⁵ Buiten (2020) s. 18.

¹¹⁶ Ibid.

rettsområdene kan utfylle hverandre. I det neste avsnittet vil jeg undersøke konkurranseretten er åpen for innflytelse fra andre rettsområder.

4.3 Er konkurranseretten åpen for innflytelse fra andre rettsområder?

4.3.1 Andre rettsområder som har blitt tatt hensyn til i konkurranseretten

For å vurdere om personvern hensyn har en plass i en vurdering etter Art. 102 TEUV, er det først nødvendig å se om konkurranseretten er åpen for å ta hensyn til andre regelverk.

I *Astra-Zeneca* kom EU-domstolen fram til at foretaket misbrukte sin dominerende stilling på markedet for farmasiprodukter.¹¹⁷ Bakgrunnen var at de utga misvisende informasjon til ulike patentkontorer. I dommen ble det vist til at foretaket misbrukte sin dominerende stilling ved å skaffe seg en tilleggsbeskyttelsesattest for Losec, slik at de fortsatt hadde patentbeskyttelse. Dette styrket Astra-Zeneca sin posisjon på markedet og hindret konkurranse fra andre aktører. Dommen viser at brudd på immaterielle rettigheter kan ha en funksjon i en konkurranserettslig vurdering.¹¹⁸ Innovasjon er en konkurranserettslig parameter, og i flere misbruksaker har immaterialretten blitt brukt for å vurdere om et foretak har misbrukt sin dominerende stilling.¹¹⁹ Når immaterialretten har blitt benyttet i konkurranserettslige vurderinger, taler dette for at Art.102 TEUV kan være åpen for å anvende personvern hensyn på tilsvarende måte i en misbruksvurdering.

I *Allianz Hungária* gjaldt saken en avtale mellom et ungarsk forsikringsselskap og et bilverksted.¹²⁰ Avtalen innebar at salgsvederlag til ansatte i bilverkstedet var avhengig antallet forsikringsavtaler de solgte til sine kunder. Domstolen kom fram til at denne avtalen var i strid med Art. 101 (1) TEUV. Avgjørelsen var prejudisiell¹²¹, slik at det var opp til den ungarske domstolen å konstatere hvorvidt avtalen var et brudd på konkurransereglene. Gjennom et obiter dictum fant EU-domstolen at en slik avtale kunne være i strid med Art. 101

¹¹⁷ *AstraZeneca* (C-457/10).

¹¹⁸ *AstraZeneca* (C-457/10) avsnitt 93.

¹¹⁹ *Costa Cabral and Lynskey* (2017) s. 36.

¹²⁰ *Allianz Hungaria* (C-32/11).

¹²¹ Art. 267 TEUV.

TEUV «(...)where [...] domestic law requires that dealers acting as intermediaries or insurance brokers must be independent from the insurance companies.»¹²² Domstolen var derfor av den oppfatning at man måtte se på nasjonale ungarske regler for å kunne vurdere hvor tett bilselgere og forsikringsselskaper kunne arbeide sammen. Flere teoretikere tolker denne uttalelsen dithen at hvor konkurranseretten ikke har passende verktøy, kan andre rettsområder brukes for veiledning.¹²³

De ovennevnte avgjørelsene viser at konkurranseretten er åpen for å kunne ta hensyn til andre rettsområder i sine vurderinger. Dette taler for at konkurransemyndigheter også kan se hen til personvernretten for veiledning i konkurranserettslige vurderinger.

4.3.2 Konkurranseretten og bruk av personvern hensyn

Selv om avgjørelser nevnt ovenfor viser at konkurranseretten tidligere har fått innflytelse fra andre rettsområder, har den tradisjonelle oppfatningen vært at personvern skal reguleres og dømmes av datamyndighetene.

Den tidligste avgjørelsen fra EU-domstolen om forholdet mellom konkurranseretten og personvernretten var *Asnef-Equifax*. Saken gjaldt finansinstitusjoner som hadde et informasjonsutvekslingssystem om låntakeres kredittverdighet. Domstolen kom fram til at et slikt system forhindret rettferdig konkurranse, men at det var opptil nasjonale domstoler å vurdere om vilkårene i Art. 101 TEUV var oppfylt. I et *obiter dictum* uttalte domstolen at «any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law, they may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection».¹²⁴ Dommen gir uttrykk for at det er datamyndighetene skal avgjøre hva som er i strid med personvernet.

I *Facebook/Whatsapp* vurderte Kommisjonen om fusjonen mellom de to selskapene var forenlig med det indre marked. I denne avgjørelsen uttalte Kommisjonen at «privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as

¹²² *Allianz Hungaria* (C-32/11) avsnitt 47.

¹²³ *Costa Cabral og Lynskey* (2017) s. 32.

¹²⁴ *Asnef-Equifax* (C-238/05) avsnitt 63.

*a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition rules but within the scope of the EU data protection rules».*¹²⁵ Også denne avgjørelsen er klar på at personvern må holdes adskilt fra konkurranseretten.

Nyere avgjørelser peker derimot på et skifte, hvor personvern hensyn kan benyttes i en konkurranserettslig vurdering. I *Microsoft/LinkedIn* gjaldt saken en planlagt fusjon mellom Microsoft og LinkedIn.¹²⁶ Spørsmålet var om fusjonen mellom de to foretakene var forenlig med det interne marked. I avgjørelsen viste Kommisjonen til at data som begge foretakene hadde var viktige parametere for konkurranse. Beskyttelsen av personvernet til forbrukerne ble derimot ikke tatt hensyn til i vurderingen av de horisontale effektene til fusjonen. I pressemeldingen til avgjørelsen uttaler Kommisjonen at “[p]rivacy related concerns as such do not fall within the scope of EU competition law but can be taken into account in the competition assessment to the extent that consumers see it as a significant factor of quality, and the merging parties compete with each other on this factor”.¹²⁷

Den overnevnte rettspraksisen peker derfor på at personvern og konkurranseretten er to rettsområder som i utgangspunktet skal holdes adskilt. Personvernregler kan derimot tas hensyn til i en konkurranserettslig vurdering dersom de er knyttet til kvaliteten på tjenesten og blir betraktet som et av flere konkurranseparametere. Hvordan denne kvalitetsvurderingen kan gjennomføres, vil vurderes i neste kapittel om misbruk.

4.4 Oppsummering

Flere er kritiske til at konkurransemyndigheter skal ha mulighet til å bedømme hva som i strid med personvernretten, og at datamyndighetene bør heller kunne vurdere slike spørsmål.

Likevel er det tydelig at begge rettsområdene har et felles mål om forbrukervelferd.

Konkurranseretten er også åpen for innflytelse fra andre rettsområder, og EU-domstolen har også åpnet for at personvern hensyn *kan* benyttes i konkurranserettslige vurderinger. Hvordan

¹²⁵ *Facebook/WhatsApp* (COMP/M.7217) avsnitt 164.

¹²⁶ *Microsoft/LinkedIn* (COMP/M. 8124) avsnitt 1.

¹²⁷ European Commission, *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, 6. desember 2016, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284 (sist lest 1. juni 2021)

personvernet kan ha en rolle under misbruksvurderingen etter Art. 102 TEUV, vil diskuteres i neste kapittel.

5 Misbruk av en dominerende stilling i markedene for digitale plattformer

5.1 Misbruksvilkåret

Det fremgår av Artikkel 102 (a) TEUV at ett eller flere foretaks «utilbørlige utnyttelse» av sin dominerende stilling skal være forbudt. Utilbørlig utnyttelse omtales også som misbruk. Hva som ligger i misbruksvilkåret har blitt utpenslet i *Hoffman La Roche*: «an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position, which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on basis of the transaction of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition». ¹²⁸

Art. 102 TEUV har en ikke-uttømmende liste på hva som kan utgjøre misbruk i bokstav a-d. I det videre vil det fokuseres på misbruksalternativet i bokstav (a) om «urimelig innkjøps- eller utsalgspriser» og andre «urimelige forretningsvilkår».

5.1.1 Utnyttende og ekskluderende misbruk

Misbruk etter Art. 102 TEUV kan være både ekskluderende og utnyttende. Dette kommer til uttrykk i *Continental Can*: «the provision is not only aimed at practices which may cause damage to consumers directly but also at those which are detrimental to them through their impact on an effective competition structure». ¹²⁹

Ekskluderende misbruk er når et foretak misbruker sin dominerende stilling til å ekskludere konkurrenter. Utnyttende misbruk er når et foretak misbruker sin dominerende stilling ved å utnytte leverandører eller forbrukere. Begge misbruksformene kan skade konkurransen i et

¹²⁸ *Hoffmann- La Roche* (C-85/76) avsnitt 91.

¹²⁹ *Continental Can v. Commission* (C-6/72) avsnitt 26.

marked i like stor grad.¹³⁰ Én forskjell er at den utnyttende misbruksformen tar hensyn til forbrukersiden, mens den ekskluderende har fokus på innvirkningen på konkurransen i et marked. De fleste saker som har vært oppe for Kommisjonen eller EU-domstolen vurderer om misbruket av det aktuelle foretaket har vært ekskluderende. Årsaken kan være at Kommisjonen publiserte i 2009 en veiledning for hva som kan utgjøre ekskluderende misbruk.¹³¹ Ingen lignende veiledning er å finne for utnyttende misbruk.

I den seneste tiden har den utnyttende misbruksformen fått mer oppmerksomhet, både i avgjørelser og juridisk teori. I 2017 begynte Kommisjonen å etterforske legemiddelfirmaet Aspen Pharma, grunnet mistanke om at foretakets egenproduserte kreftmedisiner var priset for høyt. Bekymringen var at forbrukere ble utnyttet, fordi prisen hadde økt kraftig og det ikke fantes andre substitutter for kreftmedisinene på markedet. Kommisjonen og Aspen Pharma har i 2021 blitt enige om at foretaket skal redusere sine priser med 73 %.¹³² Margrethe Vestager uttalte at: «*Today's decision gives a strong signal to other dominant pharmaceutical companies not to engage in abusive pricing practices to exploit our health systems*».¹³³

Den utnyttende misbruksformen har større fokus på hvordan forbrukerne rammes av måten et dominerende foretak opererer på. Dette er til forskjell fra andre misbruksformer, som tradisjonelt vurderer hvordan konkurransen i et marked påvirkes. Flere har tatt til orde for at den utnyttende misbruksformen kan passe for tilfeller hvor et foretak misbruker sin dominerende stilling i måten de innhenter og deler opplysninger om sine brukere.¹³⁴ I det videre vil jeg undersøke om «urimelig prising» og «urimelige forretningsvilkår» i Art. 102 (a) TEUV er anvendelig for utnyttende misbruk av forbrukere i digitale marked.

¹³⁰ Graef (2018) s. 137.

¹³¹ Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings.

¹³² European Commission, *Antitrust: Commission accepts commitments by Aspen to reduce prices for six off-patent cancer medicines by 73 % addressing excessive pricing concerns*, 10.februar 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_524 (sist lest 4.juni 2021)

¹³³ Ibid.

¹³⁴ Graef (2018) s. 137 følgende, Volmar og Helmdach (2018) s. 221 følgende, Schneider (2018) s. 220 følgende og Buiten (2020) s. 7 følgende.

5.1.2 Urimelige innkjøps- eller utsalgspriser i digitale markeder

Artikkel 102 (a) TEUV viser til at misbruk kan bestå i å påtvinge, direkte eller indirekte, «urimelige innkjøps eller utsalgspriser». Urimelig priser er i utgangspunktet forbudt fordi foretak med monopol i et marked bruker sin posisjon til å «*reap benefits that [he] would not have reaped if there had been normal and sufficiently effective competition*». ¹³⁵ Det er få avgjørelser om urimelig priser, fordi nasjonale konkurransemyndigheter sjeldent griper inn. ¹³⁶ Urimelige priser er også kontroversielle fordi det er vanskelig å definere *hva* som er urimelig. ¹³⁷

I *United Brands* uttalte domstolen at i vilkåret om urimelig priser er «*the questions therefore to be determined are whether the difference between the costs actually incurred and the price actually charged is excessive, and, if the answer to this question is in the affirmative, whether a price has been imposed which is either unfair in itself or when compared to competing products*». ¹³⁸ Dommen illustrerer at prisingen må både være overflødig og urimelig. I vurderingen av om prisingen er urimelig, skal man se på om prisingen er enten urimelig i seg selv, eller sammenlignet med andre produkter.

Som vist til under oppgavens del 2 og 3, er mange tjenester som tilbys av digitale plattformer gratis for forbrukere. I likhet med å definere markedsrett, utfordrer dette også bruken av vilkåret om urimelig prising. Når prisene sammenlignes med konkurrerende produkter, mangler én viktig faktor i vurderingen. Flere teoretikere tar likevel til orde for at urimelig mengder med innhenting av personopplysninger kan falle inn under misbruksalternativet, istedenfor pris. ¹³⁹ Tidligere Europakommissær Margrethe Vestager har uttalt at betaling i form av persondata ikke er et problem «*as long as people are happy that the data they share is a fair price to pay for the services they get in return*». ¹⁴⁰

¹³⁵ *United Brands* (C-27/76) avsnitt 249.

¹³⁶ Whish og Bailey (2018), s. 737.

¹³⁷ Robertson (2020) s. 173.

¹³⁸ *Ibid* avsnitt 252.

¹³⁹ Graef (2018) s. 137, se også del 3.2.3.

¹⁴⁰ Vestager (2016).

I en prejudisiell avgjørelse¹⁴¹ av EU-domstolen i *Latvian Copyright Society*, ble det vist til at for å vurdere om prisingen er overflødig, kan man bruke andre identiske tjenester som sammenligningsgrunnlag. Domstolen presiserte at dette kun er mulig når sammenligningsgrunnlaget er «*in accordance with objective, appropriate and verifiable criteria*».¹⁴² Som vist under del 3.2.3 har digitale plattformer ofte like personvernregler og vilkår for bruk av tjenesten.¹⁴³ Å benytte seg av et sammenligningsgrunnlag i form av hvor mye data som innhentes, synes derfor å være vanskelig.

Det er også en utfordring å konstatere når, og hvor store mengder med personopplysninger som er urimelige sett i lys av tjenesten som tilbys. Denne utfordringen styrkes ytterligere av at verdien av data avhenger av en subjektiv vurdering, for eksempel av de som innhenter dataen eller personen som gir fra seg data ved bruk av tjenester.¹⁴⁴ Selv om det av og til er brukt forbrukerskjemaer for å forsøke å definere hva forbrukere synes er viktig i relasjon til personvern, vil ikke forbrukerne nødvendigvis ha like meninger. Det er derfor vanskelig å definere når innhenting av personopplysninger er urimelige eller ikke, på tross av at fokuset er på mengden data som innhentes.¹⁴⁵

Kravene om urimelighet og overflødighet fra *United Brand* er vanskelig å anvende for digitale plattformer. Dette tilsier at det kreves avklaringer fra domstolen, eller nye konkurranseverktøy for at vilkåret om «urimelig prising» kan anvendes for digitale plattformer sin bruk av personopplysninger.

5.1.3 Utnyttende urimelige forretningsvilkår i digitale marked

Artikkel 102 (a) TEUV viser også til at misbruk kan bestå i å påtvinge, direkte eller indirekte, «urimelige forretningsvilkår». Avgjørelser fra både EU-domstolen og Kommisjonen viser at vilkåret krever at det foretas en proporsjonalitetsvurdering, hvor ulike interesser veies opp mot hverandre.¹⁴⁶

¹⁴¹ Art. 267 TEUV.

¹⁴² *Latvian Copyright Society* (C-177/16) avsnitt 41.

¹⁴³ Robertson (2020) s. 176.

¹⁴⁴ Ibid s. 173-174.

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ O'Donoghue og Padilla (2013) s. 846–860.

BRT v Sabam omhandlet en organisasjon som krevde at alle forfatterne ga fra seg opphavsretten til organisasjonen, for nåtiden og framtiden. Domstolen viste til at hvorvidt opphavs vilkårene var urimelige berodde på om «*all of the relevant interest for the purpose of ensuring a balance between the requirement of maximum freedom for authors, composers and publishers to dispose of their works and that of the effective management of their rights by an undertaking which in practice they avoid joining*». ¹⁴⁷ Domstolen kom fram til at opphavs vilkårene var utnyttende misbruk av forfatterne, fordi vilkårene var unødvendige og urimelige for forfatteres rett til egne verk. ¹⁴⁸

I *GEMA* uttalte Kommisjonen at to kriterier var sentrale for om «urimelige forretningsvilkår» utgjorde et misbruk: vilkårene må være nødvendige og forholdsmessige. ¹⁴⁹ Disse kravene kommer også til uttrykk i andre avgjørelser fra Kommisjonen, herunder *DSD*. I dommen uttalte Kommisjonen at proporsjonalitetsvurderingen skal «*bearing in mind different interests at stake: particularly, the object of the contract, the terms of the contract, and the justification for those terms.*» ¹⁵⁰

Hva som regnes som nødvendig og proporsjonalt beror på ulike momenter. Siden begge kriteriene er skjønnsmessige, er det også større rom for å kunne ta hensyn til personvern, enn under vilkåret om «urimelig salgspriser». I en proporsjonalitetsvurdering vil den negative effekten av forretningsvilkåret, veies opp mot de positive sidene. En slik avveining avhenger av faktum i den konkrete saken. ¹⁵¹ Denne avveiningen har O'Donoghue og Padilla omtalt som «*more art than science*». ¹⁵²

Videre er proporsjonalitetsvurderinger sentrale for de fleste områder i EU-retten, også under GDPR, noe som tilsier at vilkåret om «urimelig forretningsvilkår» kan tilpasses for personvern hensyn. ¹⁵³ Vil kåret om urimelige forretningsvilkår synes derfor å være mer fleksibelt, enn vilkåret om urimelig prising.

¹⁴⁷ *BRT v. Sabam* (C-127/73) avsnitt 8.

¹⁴⁸ *Ibid* avsnitt 15.

¹⁴⁹ *GEMA Statutes* (IV/29.791) avsnitt 36.

¹⁵⁰ *DSD* (COMP D3/34494) avsnitt 112.

¹⁵¹ Volmar og Helmdach (2018) s. 202.

¹⁵² O'Donoghue og Padilla (2013) s. 856.

¹⁵³ Esayas (2020) s. 392.

I de neste avsnittene vil jeg se på *Facebook sagaen*¹⁵⁴, som vurderer om digitale plattformers bruk av personopplysninger kan utgjøre et misbruk av et foretaks dominerende stilling.

5.2 Facebook-sagaen

5.2.1 Innledning

Det er hittil ingen avgjørelser fra EU-domstolen eller Kommisjonen som avklarer hvorvidt Art. 102 TEUV kan anvendes for digitale plattformers bruk av personopplysninger. Tyske konkurransemyndigheter har brukt en nasjonal bestemmelse som ligner på Art. 102 TEUV, for å avgjøre hvorvidt Facebook har handlet i strid med tysk konkurranseret. Som de neste avsnittene vil vise, er det særlig interessant at avgjørelsene vurderer om Facebook har utnyttet brukerne ved å stille urimelig vilkår for bruk av tjenesten. Både tyske konkurransemyndigheter (Bundeskartellamt) og Forbundsdomstolen (Bundesgerichtshof) har konkludert med at Facebook har misbrukt sin dominerende stilling ved å kombinere data fra tredjeparter uten at brukerne frivillig samtykket. *Facebook-sagaen* er ikke endelig avklart da avgjørelsen kan behandles på nytt av en underrettsdomstol eller av den EU-domstolen.¹⁵⁵

Først skal jeg redegjøre for innholdet og argumentasjonen i de ulike avgjørelsene, med særlig vekt på avgjørelsen fra Bundeskartellamt. Deretter skal jeg se på om Art. 102 (a) TEUV kan anvendes på lignende tilfeller.

5.2.2 Innholdet i avgjørelsene

I februar 2019 konkluderte Bundeskartellamt med at Facebook misbrakte sin dominerende stilling på det tyske markedet ved å kombinere brukerdata som de innhentet fra andre nettsider.¹⁵⁶ Etterforskningen til Bundeskartellamt viste at Facebook innhentet data fra tjenester de eier slik som Whatsapp og Instagram, men også fra tredjeparter. Innhenting fra tredjeparter ble muliggjort ved plugins, som gjør det mulig for brukere å like og dele innhold

¹⁵⁴ Facebook sagaen er en samlebetegnelse på avgjørelsene fra Bundeskartellamt, Oberlandesgericht og Forbundsdomstolen.

¹⁵⁵ Satariano (2020).

¹⁵⁶ Bundeskartellamt v. Facebook (B6-22/16).

fra andre nettsider med kontaktene de har på Facebook. Plugins er en funksjon som ved bruk overfører personlig data til Facebook. Bundeskartellamt mente at brukerne hadde liten kontroll over egen brukerdata, fordi informasjonen ble innhentet og delt av Facebook selv når de ikke brukte plugins.¹⁵⁷ Dette ble regnet for å utgjøre misbruk, i form av utnyttende vilkår for bruk av tjenesten.

Et annet sentralt punkt i avgjørelsen var at markedsmakten til Facebook i form av stor brukermasse, gjorde det vanskelig for brukerne å bytte til et annet nettverk. På grunn av denne «lock-in» effekten, måtte de velge mellom enten å godkjenne vilkårene for bruk eller ikke benytte seg av Facebook. Dette ble ikke ansett for å være et frivillig samtykke etter GDPR artikkel 6 (1).¹⁵⁸ Avgjørelsen viser derfor til at tyske myndigheter støtter seg på personvernreglene for å kunne konstatere at vilkårene for bruk var urimelige.

Avgjørelsen fra Bundeskartellamt ble anket av Facebook. 26 august 2019 konkluderte Oberlandesgericht Düsseldorf (OLG) med at Facebook ikke misbrukte sin dominerende stilling.¹⁵⁹ Paragraf 19 (2) GWB oppstiller et krav om årsakssammenheng mellom misbruk og markedsmakt til et foretak. Etter OLG sin mening hadde ikke Bundeskartellamt undersøkt om vilkårene Facebook stiller til brukerne ville blitt utkonkurrert dersom andre på markedet hadde mer personvennlige vilkår for bruk av tjenesten.¹⁶⁰ OLG la derfor vekt på at ikke ethvert brudd på personvernet var et misbruk, misbruket måtte ha sammenheng med markedsmakten til foretaket. Videre var OLG uenig med at brukerne mistet kontroll over når deres personopplysninger ble innhentet og delt. Etter deres oppfatning kunne forbrukerne veie opp fordeler og ulemper ved å godkjenne Facebook sine vilkår, og hvilke konsekvenser samtykke til bruk ville medføre. Hvorvidt forbrukerne var uvitende om vilkårene ved bruk av tjenesten, så var dette ikke utslag av markedsmakten til Facebook, men ignorante forbrukere.¹⁶¹

¹⁵⁷ Bundeskartellamt, *Case summary B-22/16*, 15. februar 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (sist lest 4. juni 2021)

¹⁵⁸ Bundeskartellamt v. Facebook (B6-22/16) avsnitt 573 følgende.

¹⁵⁹ Oberlandesgericht Düsseldorf VI-Kart 1-19 (V).

¹⁶⁰ Ibid avsnitt 7 følgende.

¹⁶¹ Ibid avsnitt 11.

23 juni 2020 konkluderte Forbundsdomstolen i favør av Bundeskartellamt. Etter domstolens synspunkt var det «(...) *neither serious doubts about Facebook's dominant position on the German social network market nor the fact that Facebook is abusing this dominant position* (...) *As the market-dominating network operator, Facebook bears a special responsibility for maintaining still-existing competition in the social networking market*»[sic!].¹⁶² Tyske Facebook-brukere skal etter avgjørelsen få muligheten til å blokkere at Facebook henter inn informasjon om aktiviteten deres på andre nettsider.¹⁶³ Avgjørelsen styrker vernet til brukere av Facebook, og sender klare signaler om at andre dominerende digitale plattformer må være forberedt på å endre måten de innhenter og deler opplysninger på om sine brukere.

5.2.3 Virkningen for framtidige avgjørelser i EU

I avgjørelsen fra Bundeskartellamt ble det uttalt at anvendelsen av Art. 102 TEUV burde og ville ført til samme resultat. 19 GWB ble valgt som rettslig grunnlag fordi konkurransemyndighetene var av den oppfatning at den nasjonale bestemmelsen hadde videre anvendelsesområde enn Art. 102 TEUV.¹⁶⁴ De ovennevnte avgjørelsene har reist spørsmål om EU-domstolen må være forberedt på å anvende Art. 102 TEUV på lignende tilfeller.

Først og fremst er det viktig å påpeke at tyske konkurranseregler har et annet utgangspunkt enn de europeiske. Tysklands føderale Høyesterett for sivil-og straffesaker, Bundesgerichtshof, har gjennom ulike dommer vist til at brudd på andre rettsområder kan utgjøre et misbruk av dominerende stilling. Eksempler på dette er dommene VBL-Gegenwert I og II. I begge dommene kom Bundesgerichtshof fram til at brudd på forbrukerrettigheter av et dominerende foretak kunne utgjøre misbruk.¹⁶⁵ Misbruk i form av manglende gyldig samtykke etter GDPR er derfor basert på tyske nasjonale regler og presedens.¹⁶⁶ Dette er til forskjell fra avgjørelser nevnt under pkt. 4, hvor Kommisjonen kom fram til at brudd på personvernretten i utgangspunktet ikke har en plass i en konkurranserettslig vurdering.

¹⁶²Bundesgerichtshof (KVR-69/19) s. 2.

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding*, 7. februar 2019, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6, (sist lest 5.juni 2021)

¹⁶⁵ VBL-Gegenwert I (KZR 58/11) avsnitt 65 og VBL-Gegenwert II (KZR 47/14) avsnitt 35.

¹⁶⁶ Merk at det er uenighet på dette punktet. Da det gjelder tysk nasjonal rett, må én forståelse legges til grunn.

Bundeskartellamt uttalte at innhenting og kombinasjonen av brukerdata fra tredjeparter ikke var nødvendig «*for offering the social network as such nor for monetising the network through personalised advertising*».¹⁶⁷ Dataen som ble innhentet fra tredjeparter uten at brukerne brukte plugins, ble ikke ansett som nødvendig for å kunne gi en personlig tilpasset brukeropplevelse. Facebook promoterer plugins som en måte å dele innhold fra andre nettsider. For at denne funksjonen skal ha en virkning er det underforstått at Facebook sporer aktiviteten til brukerne av tjenesten. Når aktiviteten spores, uavhengig av om brukerne liker eller deler noe, kan dette sies å ikke være proporsjonalt i lys av tjenesten som tilbys.¹⁶⁸ At det foretas en slik proporsjonalitetsvurdering er i tråd med nevnte avgjørelser fra pkt. 5.1.3. Etter mitt synspunkt er dette et godt argument for at digitale plattformers bruk av personopplysninger er urimelig. Hvis argumentet får fotfeste, vil det potensielt kunne hindre at digitale plattformer kan innhente store mengder med opplysninger, uten at innhenting har sammenheng med brukeropplevelsen eller annonsørinntekter.

Bundeskartellamt anførte at Facebooks vilkår om bruk førte til at brukerne mistet kontroll over egen data, noe som var å regne utnyttende misbruk.¹⁶⁹ Etter 19 GWB er det ikke nok at det foreligger misbruk i form av brudd på andre rettsområder, bestemmelsen krever også at det er en årsakssammenheng mellom markedsrett og misbruk. Bundeskartellamt viste til i sin avgjørelse at det må være «*a connection between such infringement and market dominance*».¹⁷⁰ Hvordan kravet til årsakssammenheng var oppfylt kan ikke leses ut av avgjørelsen. Som nevnt ovenfor, er dette én av grunnene til at OLG kom til motsatt resultat.¹⁷¹

På tross av at Bundeskartellamt ikke forklarte hvordan misbruket til Facebook hadde årsakssammenheng med tjenestens dominerende stilling på markedet, er det flere forhold som tyder på at det forelå en slik årsakssammenheng. Facebook har mange brukere, og mange

¹⁶⁷ Bundeskartellamt, *Case summary B-22/16*, 15. februar 2019, s. 10, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (sist lest 4.juni 2021)

¹⁶⁸ Esayas (2020) s. 398.

¹⁶⁹ Bundeskartellamt (B-22/16) avsnitt 867.

¹⁷⁰ Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules* 2.mars 2016, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (sist lest 1.juni 2021)

¹⁷¹ Esayas (2020) s. 403.

nettsteder var villige til å overføre informasjon om besøkende, uavhengig av om brukerne benyttet seg av plugins på nettsidene. Dette viser til at samarbeidet Facebook har med andre nettsider er så viktig at de i realiteten er villige til å bryte GDPR-regelverket.¹⁷² Noe annet som illustrerer markedsmakten til Facebook er antallet tredjeparter og apper som tjenesten innhenter personopplysninger fra.¹⁷³ I 2018 visste ikke Facebook antallet på hvilke sider de innhentet informasjon fra, men antok at ca. 11.5 millioner nettsteder benyttet seg av Facebook sine plugins.¹⁷⁴ Samarbeidet viser at det er vanskelig for brukere å unngå at Facebook sporer aktiviteten deres på andre nettsider. Mindre aktører kan også benytte seg av slike plugins for å innhente personopplysninger. Likevel er det større sannsynlighet for at nettsider ønsker å samarbeide med et dominerende foretak.

I avgjørelsen fra OLG tyder mye på at kritikken ikke retter seg mot at 19 GWB er riktig rettsgrunnlag for tvisten, men mot at Bundeskartellamt ikke har tilstrekkelig bevist flere av sine påstander. Avgjørelsen stenger derfor ikke for å bruke tysk konkurranserett for tilfeller hvor digitale plattformer utnytter forbrukerne for å hevde seg i markedet. Tvert imot synes dommen å legge til grunn at 19 GWB kan anvendes i slike tilfeller.

På bakgrunn av proporsjonalitetsvurderingen og årsakssammenhengen mellom Facebook sin markedsmakt og misbruk, tyder mye på at anvendelsen av Art. 102 TEUV kunne ført til samme resultat. Det må likevel bemerkes at måten Bundeskartellamt konstaterer at Facebook har misbrukt sin dominerende stilling ved å utnytte forbrukere er nyskapende. Hvis en lignende sak kommer opp for tyske domstoler i framtiden, vil trolig påstandene være bedre bevist.

¹⁷² Ibid.

¹⁷³ Esayas (2020) s. 404.

¹⁷⁴ Facebook, *Letter addressed to the UK House of Commons, Digital, Culture, Media and Sports Committee*, 14 mai 2018, <https://old.parliament.uk/documents/commons-committees/culture-media-and-sport/180514-Rebecca-Stimson-Facebook-to-Ctte-Chair-re-oral-ev-follow-up.pdf> (sist lest 5.juni 2021)

5.3 Hvordan unngå at misbruksvilkåret blir tolket for vidt?

5.3.1 Innledning

Som punktene ovenfor illustrerer er anvendelsen av utnyttende misbruk i form av «urimelige forretningsvilkår» relativt nytt. Kun tyske konkurransemyndigheter har brukt vilkåret for å vurdere om forbrukere blir utnyttet. Mange er fornøyde med resultatet, fordi de mener at det er på tide at måten digitale plattformer operer på også får fokus i en konkurranserettslig sammenheng. Andre er skeptiske til at dette vil utvide konkurransemyndighetenes kompetanse i for stor grad. I det neste avsnittet vil jeg derfor peke på to forslag som avgrensner anvendelsesområdet til misbruksvilkåret.

5.3.2 Strengene krav til årsakssammenheng?

Som vist til ovenfor i pkt. 5.1.2 var tyske domstoler uenige om kravet til årsakssammenheng mellom misbruk og markedsrettet makt var oppfylt.

Krav om årsakssammenheng har ikke fått like mye oppmerksomhet i europeisk konkurranserett, som tysk nasjonal rett. I *Continental Can* avklarte EU-domstolen at det ikke eksisterte et strengt krav til årsakssammenheng mellom markedsrettet makt og misbruk.¹⁷⁵ For avgjørelser knyttet til vilkåret om «urimelige forretningsvilkår», har det likevel blitt stilt et strengere krav om årsakssammenheng.¹⁷⁶ Dette kommer til uttrykk i *Tetra Pak*, hvor det uttalt at «*the application of [Art. 102] presupposes a link between the dominant position and the alleged abusive conduct*».¹⁷⁷

Buiten er av den oppfatning at det burde være et strengt krav til årsakssammenheng mellom misbrukshandlingen og den dominerende stillingen til foretaket.¹⁷⁸ Bakgrunnen er at vilkår

¹⁷⁵ *Continental Can v. Commission* (C-6/72) avsnitt 27.

¹⁷⁶ Schneider (2018) s. 224.

¹⁷⁷ *Tetra Pak* (C-333/94) avsnitt 27.

¹⁷⁸ Buiten (2020) s. 9.

som stilles til bruk av tjenester, ikke trenger å være knyttet til markedsmakten til foretaket. Også mindre aktører kan utnytte forbrukerne sine ved å stille inngripende vilkår om bruk.

Kommisjonen viste til i *Facebook/Whatsapp* at både datasikkerhet og personvern var viktige parametere i konkurranse hvor tjenester tilbys gratis.¹⁷⁹ Også i Microsoft/Linkedin ble det uttalt at personvern er «*a significant factor of quality*» i markedet for profesjonelle sosiale nettverker og kunne potensielt påvirke fusjonen på en negativ måte. Avgjørelsene viser til at kvaliteten på en tjeneste i form av dårlig personvern, kan være noe som foretak konkurrerer om.

Fordi mange foretak har en markedsmodell hvor personopplysninger byttes mot bruk av en gratis tjeneste, kan i prinsippet mindre aktører forsøke å tilby bedre personvern for å lokke til seg brukere. Dette er en stor trussel for de foretakene som er avhengig av mye brukerdata for inntekter og for å utvikle tjenestene videre. Før Facebook og Whatsapp fusjonerte, var Whatsapp en chatte-tjeneste som innhentet minimalt med opplysninger om brukerne. Etter fusjonen ble retningslinjene for personvern endret. Nå kan informasjon deles på tvers av begge tjenestene. Dette viser at dominerende foretak som Facebook kan kjøpe opp mindre konkurrenter som tilbyr bedre beskyttelse av personvern.¹⁸⁰ På denne måten kan dominerende foretak fortsette å ha inngripende vilkår, samtidig som de undertrykker konkurrenter med annen markedsstrategi.

Selv om personvernet er noe forbrukere er bekymret over, velger de likevel ikke tjenester som tilbyr ønsket beskyttelsesnivå av personvernet.¹⁸¹ Dette omtales som «*the privacy paradox*»: privatpersoner handler på en slik måte som gir signaler om at de bryr seg om personvern. Det er også andre forhold som hindrer forbrukere fra å ta informerte avgjørelser når de ser på vilkår for bruk av tjenester. Forbrukere leser sjelden gjennom vilkår for bruk av tjenesten, på tross av at tjenesten krever at man godkjenner.¹⁸² Selv om de hadde lest vilkårene, og var uenige i måten deres personopplysninger behandles og deles på, er det ingen mulighet for å forhandle med tjenesten. Dette gjelder særlig for store firmaer som Google, Apple og Facebook. Videre er tilgangen på personopplysninger viktig både for dominerende og ikke-

¹⁷⁹ *Facebook/Whatsapp* (COMP/M. 7217) avsnitt 87.

¹⁸⁰ Esayas (2018) s. 19.

¹⁸¹ Llanos (2019) s. 234.

¹⁸² Esayas (2018) s. 17.

dominerende foretak. Digitale plattformer har derfor lite insentiv til å konkurrere om å ha best personvern.¹⁸³ Dette fører til at, slik som Buiten poengterer, at mindre aktører kan stille like inngripende vilkår til bruk av tjenesten, som dominerende foretak.

Fordelen med et svakt krav til årsakssammenheng er at det gir konkurransemyndigheter et potensielt større spillerom, hvor det er lettere å forhindre at dominerende foretak i digitale marked utnytter forbrukere ved å innhente mengder med personopplysninger. Etter min mening er det likevel gode grunner for å ha et strengt krav om årsakssammenheng for utnyttende misbruk etter Art. 102 TEUV. Vilkåret om «urimelig forretningsvilkår» er skjønnsmessig, og det er en risiko for at hva som regnes som urimelig kan favne for vidt.¹⁸⁴ Med et svakt krav, kan framtidige konkurransemyndigheter avgjøre at brudd på personvernretten er å regne som «misbruk», uten å måtte bevise at det har sammenheng med markedsmakten til foretaket. En slik vid kompetanse bør ikke gis.

Et strengt krav til årsakssammenheng kan forhindre at kompetansen til konkurransemyndigheter blir for vid. Måten digitale plattformer innhenter og deler personopplysninger på vil ikke utgjøre misbruk i alle tilfeller hvor det foreligger brudd på personvernregelverket. Årsaken er at bruddet må ha en sammenheng med markedsmakten til den digitale plattformen, som er den ansvarlige som stiller vilkår til bruk av tjenesten.¹⁸⁵ Større aktører som bryter personvernregelverket for å hevde seg i markedet, vil kunne dømmes etter konkurranserettslig regler. Andre foretak som bryter personvernregelverket, uten sammenheng med deres dominerende stilling i markedet, vil dømmes etter personvernregelverket.

5.3.3 GDPR som verktøy for å vurdere om det foreligger utnyttende misbruk

Som punkt 5.1.3 illustrerer er det vanskelig å avgjøre når priser eller forretningsvilkår er å regne som «urimelig». Flere teoretikere har derfor tatt til orde for at GDPR kan være et hjelpeverktøy for å etablere hvorvidt innhenting og deling av personopplysninger er å anse

¹⁸³ Ibid s. 14.

¹⁸⁴ Schneider (2018) s. 224.

¹⁸⁵ Ibid.

som «urimelig». Dette får støtte av tyske og franske konkurransemyndigheter som i deres rapport har uttalt at *«looking at excessive trading conditions, especially terms and conditions which are imposed on consumers in order to use a service or a product, data privacy regulations might be a useful benchmark to assess an exploitative conduct»*.¹⁸⁶

GDPR-regelverket viser til at alle datasubjekter skal ha kontroll og kunnskap om når og hvordan personopplysninger innhentes eller deles.¹⁸⁷ Regelverket er vidtrekkende, noe som taler for at det kan være et gunstig hjelpeverktøy i konkurranseretten. Dette må også sees i lys av del 4.2 som viser at konkurranseretten er åpen for innflytelse av andre rettsområder.

Artikkel 5 (1) b GDPR viser til at personopplysninger skal samles inn for *«spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål og ikke viderebehandles på en måte som er uforenlig med disse formålene»*. Denne artikkelen viser til prinsippet om formålsbegrensning. Etter Artikkel 5 (1) c skal personopplysninger som samles inn være *«adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for»*. Denne artikkelen viser til prinsippet om dataminimisering. Både bokstav b og c er generelle prinsipper som behandlere av personopplysninger skal følge. Prinsippene viser til at datainnsamling må ha et bestemt formål, være nødvendige og kun benyttes til det relevante formålet.

Dersom bruken av personopplysninger ikke oppfyller kravene etter Art. 5 (1) b og c GDPR, kan det indikere at innsamlingen er overflødig, og derfor ikke proporsjonal i lys av tjenesten som tilbys. Graef tar til orde for både Artikkel 5 (1) b og c GDPR kan benyttes til å avgjøre i hvilke tilfeller innhentingen av personopplysninger er urimelig.¹⁸⁸ Brudd på disse reglene kan gi en indikasjon på om innhenting og deling av personopplysninger regnes som utnyttende misbruk etter Artikkel 102 TFEU.¹⁸⁹ Bruken av personvernregler kan derfor potensielt bidra til å løse utfordringer knyttet til hvordan personvern hensyn kan spille inn i en konkurranserettslig vurdering.

¹⁸⁶ Autorité de la Concurrence and Bunderskartellamt (2016) s. 25.

¹⁸⁷ Recitals GDPR.

¹⁸⁸ Graef (2018) s. 139.

¹⁸⁹ Ibid.

I avgjørelsen fra Bundeskartellamt ble Facebook ansett for å misbruke sin dominerende stilling ved at brukerne var nødt til å godkjenne at tjenesten kunne innhente opplysninger om hvilke nettsider brukerne besøkte. Fordi brukerne enten måtte velge mellom å godkjenne vilkårene ved bruk, eller ikke bruke tjenesten i det hele tatt, ble dette ansett for ikke å utgjøre et effektivt samtykke etter Art. 6 GDPR.¹⁹⁰ Avgjørelsen viser derfor til at personvernregelverket kan være et hjelpeverktøy for å vurdere om det foreligger utnyttende misbruk.

Fordi digitale marked er så dynamiske, kan nye former for misbruk oppstå i framtiden. Bruken av GDPR som hjelpeverktøy kan også gi konkurranseretten muligheten til å adressere nye former for konkurransehemmende aktivitet i digitale marked.¹⁹¹

Én utfordring er at GDPR er et relativt nytt regelverk, i motsetning til konkurranseretten. Det har hittil ikke vært avsagt mange avgjørelser, noe som medfører at det kan være vanskelig å anvende de ulike bestemmelsene som hjelpeverktøy for å konstatere hva som er «urimelig». Usikkerhet vil også kunne oppstå hvor det er uklart om det foreligger brudd på GDPR. I avgjørelsen fra Bundeskartellamt, samarbeidet de tyske konkurransemyndighetene med datamyndighetene. En slik samarbeidsform er fordelaktig, fordi bruken av GDPR i konkurranserettslige vurderinger krever en god forståelse over begge rettsområdene.

5.4 Oppsummering

Som oppgaven viser er utnyttende misbruk i form av «urimelig forretningsvilkår», alternativet i Art. 102 TEUV som kan passe for digitale plattformers bruk av personopplysninger. At vilkåret krever en proporsjonalitetsvurdering medfører at det lettere kan tilpasses for utnyttende misbruk av forbrukere av digitale tjenester. Én ulempe er at vilkåret er skjønnsmessig, og at kun tyske nasjonale domstoler har anvendt en lignende bestemmelse for brudd på personvern før.

¹⁹⁰ Bundeskartellamt v. Facebook (B-22/16) avsnitt 639 følgende.

¹⁹¹ Graef (2016) s. 361.

Avgjørelsen fra Bundeskartellamt og Forbundsdomstolen har blitt kritisert på flere punkt. Først og fremst mener flere at konkurranserettens rekkevidde utvides for mye, dersom brudd på GDPR kan utgjøre et misbruk. Frykten er at konkurranseretten kan få en innvirkning på personvernregelverket, en kompetanse som mange mener burde kun være underlagt datamyndighetene. Dersom det kreves strengere krav til årsakssammenheng mellom markedsmakt og urimelig forretningsvilkår, vil det kunne minimere risikoen for at konkurransemyndighetenes kompetanse utvides for mye.¹⁹² Også bruken av GDPR som hjelpeverktøy vil kunne avklare når digitale plattformers bruk av personopplysninger er «urimelig».

¹⁹² Körber (2018) s. 7 følgende og Buiten (2020) s. 9 følgende.

6 Veien videre?

6.1 Digital markets act

6.1.1 Hva er DMA?

Digital Markets Act (DMA) er et forslag til ny europeisk konkurranselovgivning. Lovforslaget skal gjøre det vanskeligere for selskaper å misbruke sine dominerende posisjoner, og samtidig pålegge de ansvar for tjenestene de tilbyr forbrukere.¹⁹³ Med forsøk på å takle etableringshindre og utestengelse av mindre aktører, ønsker DMA å gi europeere et stort og mangfoldig tilbud på varer og tjenester. Formålet med DMA er sørge for at digitale marked er konkurransedyktige og rettferdig for både eksisterende og framtidige konkurrenter. DMA viser derfor at EU prøver å takle utfordringene knyttet til digitale markeder, og hvordan store digitale plattformer opererer på.

6.1.2 Hvem er underlagt reglene i DMA?

Kun større digitale plattformer, *gatekeepers*, omfattes av reglene i DMA. Det finnes ingen fast definisjon på *gatekeepers*, men Caffara og Scott Morten har definert de som «*an intermediary who essentially controls access to critical constituencies on either side of a platform that cannot be reached otherwise, and as a result can engage in conduct and impose rules that counterparties cannot avoid*».¹⁹⁴ Hvilke digitale plattformer som regnes som *gatekeepers* avgjøres av Kommisjonen med grunnlag i tre kumulative vilkår: (i) størrelsen og innvirkningen på det europeiske interne marked, (ii) kontrollen over en viktig *gateway* for bedrifter til å nå sluttbrukere, og (iii) om kontrollen er veletablert og langvarig.¹⁹⁵

Hvis reguleringen blir vedtatt vil foretak med mange brukere blir rammet, eksempelvis Google og Amazon. Brudd på regelverket for *gatekeepers* kan innebære bøter på 10 % av årlig inntekt på verdensbasis. En ser derfor at sanksjonene har blitt utvidet fra de alminnelige konkurransereglene, noe som legger særlig press på store aktører med høy årlig omsetning.

¹⁹³ Aftenposten lederartikkel (2020).

¹⁹⁴ Streel m.fl. (2021) s. 15.

¹⁹⁵ Proposal Digital Market Act, artikkel 3.1 Merk at dokumentet ikke eksisterer på norsk, det er en oversettelse.

Dette gjenspeiler igjen forsøket på å avklare om og hvordan konkurransereglene bør utformes for å kunne takle utfordringer i digitale marked.

DMA gir Kommisjonen full regulatorisk makt over digitale *gatekeepers*, istedenfor medlemstatene. Dette forslaget medfører at medlemsstatene vil ha en mye mindre innflytelse, enn ved andre deler av EU-retten.¹⁹⁶ En slik delegering av makt til Kommisjonen vil kunne sikre en ensartet behandling av større foretak som opererer i digitale marked.

6.1.3 Vil DMA være tilstrekkelig for å takle konkurranserettslige utfordringer i digitale marked?

Et punkt i DMA som kan kritiseres, er at kun de som regnes som *gatekeepers* er omfattet. På tross av at de største digitale plattformene vil omfattes, vil likevel mindre aktører kunne misbruke sin dominerende stilling på markedet i form av enten utnyttende eller ekskluderende misbruk. Digitale plattformer, og andre foretak som operer i digitale marked har en evne til å både tilpasse seg og utvikle seg. Deres markedsstrategi er også basert på bruken av personopplysninger. Når DMA oppstiller klare vilkår for hvem som er å regne som *gatekeepers*, kan det tenkes at noen velger å tilpasse seg regelverket. Dette må særlig sees i lys av hvor viktige personopplysninger er for digitale plattformer.

Digitale markeder utvikler seg raskt. Skade på fri og effektiv konkurranse i et marked, kan ha store ringvirkninger. Tidligere avgjørelser av Kommisjonen viser at det ofte tar lang tid før det tas en beslutning, og selve etterforskningen av et foretak har noen ganger tatt 6 år. Denne tiden er svært kritisk når teknologien utvikler seg raskt. At Kommisjonen kan handle *ex ante*, ved at de kan kreve informasjon og innføre strenge retningslinjer, kan forhåpentligvis være forbyggende for konkurransehemmende aktivitet i digitale marked. Dette må også sees i lys av det hverken kreves at markedet først avgrenses, eller at foretaket må anses for å ha markedsrett i det relevante markedet. Som tidligere vist til i del 3 kan det være særlig positivt, da det fortsatt er uenighet om både markedsavgrensning og markedsrett i relasjon til digitale plattformer som tilbyr tjenestene sine gratis.

¹⁹⁶ Streef m.fl. (2021) s. 23.

Forslaget til DMA vil kunne være et godt første forsøk på å takle utfordringer knyttet til digitale marked, hvis det blir vedtatt. Større foretak vil bli kontrollert av Kommisjonen, og må forholde seg til et nytt regelverk som blant annet skal hindre at de utestenger mindre aktører. Før DMA kan vedtas etter den ordinære lovgivningsprosedyren, må forslaget først behandles i Europaparlamentet.¹⁹⁷ Medlemsstatene kan under prosessen også komme med innspill til forslaget. Det er verdt å bemerke at lovgivningsprosesser i EU er ofte kompliserte, og tar lang tid. Det kan ta både 1 eller 2 år før DMA blir vedtatt.¹⁹⁸

Problemstillingen masteroppgaven reiser er derfor fortsatt aktuell, og uenighetene knyttet til forholdet mellom konkurranseretten og personvernretten vil derfor trolig ikke bli løst med det første. Måten digitale plattformer opererer på, og markedsstrategier vil også kunne utvikle seg raskt. Tiden vil vise om DMA vil løse flere av problemstillingene knyttet til digitale marked, eller om digitale plattformer klarer å tilpasse seg slik at de kan fortsette suksessen med å innhente og dele personopplysninger om sine brukere.

6.2 Tyskland- mulig forbilde for andre europeiske konkurransemyndigheter?

Som tidligere vist til i oppgaven har tyske konkurransemyndigheter både i nasjonal lovgivning og nasjonale avgjørelser forsøkt å takle utfordringer som digitale markeder har i konkurranseretten. 19 januar 2021 ble *Act against Restraints of Competition*¹⁹⁹ (ARC) oppdatert. Av særlig interesse er paragraf 19 a som viser til at Bundeskartellamt kan gripe inn dersom de finner «*paramount significance for competition across market*» av et foretak. I denne vurderingen ser Bundeskartellamt blant annet på foretakets tilgang på data, nettverkseffekter, ressurser og strategisk posisjon i markedet.²⁰⁰ Den nye lovgivningen fastsetter derfor konkret hvilke momenter som er sentrale i vurderingen om digitale

¹⁹⁷ Art. 294 TEUV.

¹⁹⁸ Aftenposten lederartikkel (2020).

¹⁹⁹ Act against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 21.januar 2021,10th amendment.

²⁰⁰ Semin og Dreyer (2021).

plattformer har en dominerende stilling. Det tyske konkurransetilsynet har derfor fått nye verktøy for å overvåke digitale markeder og potensiell markedsrett.²⁰¹

Den prosessuelle runden for anker etter paragraf 19a ARC har også blitt kortere. Alle saker vil gå direkte til den føderale domstolen (Federal Court of Justice), uten først å måtte behandles av Oberlandesgericht Düsseldorf.²⁰² Dette ville spare mye tid, og også føre til at konkurransemyndighetene kan gripe inn raskere enn før.²⁰³

Formålet med endringen i konkurranselovgivningen er å styrke tysk konkurranserett for å takle utfordringer og problemer av digitalisering og markedsstrategien til digitale plattformer.²⁰⁴ Andreas Mundt, presidenten av Bundeskartellamt, sier dette om den nye lovgivningen: «*The amendment to the German Competition Act will allow us to take a major step forward. In future we will be able to prohibit big tech companies from engaging in certain types of conduct much earlier (...). We will be allowed to take preventive measures which can contribute decisively to curbing the market power of the large digital platforms*».²⁰⁵

Den nye tyske lovgivningen vil potensielt takle digitale plattformer som opererer på en måte som kan være skadelig for konkurransen i det tyske marked. Hvordan Bundeskartellamt vil gå fram i det enkelte tilfellet er uvisst. Det er også uvisst om reglene vil klare å begrense markedsmakten til store digitale selskap. Det er likevel en fordel at lovgivningen er oppdatert, slik at det ikke er nødvendig å vente på vedtakelsen av DMA. Tyskland kan derfor sees på som et forbilde for andre europeiske land.

²⁰¹ Johansen og Sandvig (2021).

²⁰² Merk at alle andre anker etter de andre konkurransereglene må først behandles av Oberlandesgericht Düsseldorf.

²⁰³ Bundeskartellamt, *Amendment of the German Act against Restraints of Competition*, 19.januar 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Nouvelle.html (sist lest 6. mai 2021)

²⁰⁴ Semin og Dreyer (2021).

²⁰⁵ Bundeskartellamt, *Amendment of the German Act against Restraints of Competition*, 19.januar 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Nouvelle.html (sist lest 6. mai 2021)

7 Avsluttende bemerkninger

Siktemålet med oppgaven har vært å avklare om Artikkel 102 (a) TEUV kan anvendes for digitale plattformers innhenting, bruk og deling av personopplysninger. Som oppgaven belyser, har den teknologiske utviklingen og inntreden av digitale plattformer medført utfordringer for anvendelsen av tradisjonelle europeiske konkurranseregler. Både markedsavgrensningen, markedsrett og misbruksalternativene vil kreve tilpassinger. På tross av mulige tilpassinger, er jeg av den oppfatning at Artikkel 102 (a) TEUV kan og bør anvendes for innhenting og deling av personopplysninger. Jeg stiller meg ikke bak synspunktet om at konkurranseretten og personvernretten må holdes atskilt. Tvert i imot, vil personvernregelverket kunne være et hjelpeverktøy for anvendelsen av Artikkel 102 TEUV i digitale marked. På denne måten kan de to rettsområdene utfylle og harmonere med hverandre. Frykten for at konkurranseretten virkeområde blir for vidt, avbøtes ved at artikkelen kun anvendes når personvern får en innvirkning på konkurranseretten. Et strengere krav til årsakssammenheng mellom markedsrett og misbruk, er også en løsning som forhindrer at konkurransemyndigheter får for vidt kompetanseområde.

Selv om jeg er av den oppfatning at Artikkel 102 (a) TEUV er anvendelig ved deling og innhenting av personopplysninger, er det ønskelig med en avklaring fra domstolene eller Kommisjonen. De europeiske konkurransereglene har ikke blitt oppdatert siden vedtagelsen av TEUV. Teknologien vil utvikle seg videre, og nye problemstillinger knyttet til skillet mellom konkurranseretten og personvern kan oppstå. Det er derfor viktig at det i fremtiden ikke skapes flere hulrom hvor det er usikkerhet om konkurranseretten anvendelsesområde.

Hvorvidt Artikkel 102 TEUV faktisk vil anvendes av EU-domstolen eller Kommisjonen i fremtiden for digitale plattformer som innhenter og deler personopplysninger, er usikkert. Tyske nasjonale myndigheter viser at de er villig til å både avklare og endre konkurranseregelverket, for å forhindre utnyttelse av forbrukere av digitale tjenester. Digital Markets Act viser også tydelig at EU tar konkrete steg for å motvirke at dominerende digitale plattformer, med tilgang på personopplysninger, kan utestenge mindre aktører. Mye tyder derfor på at den europeiske konkurranseretten fremover vil endres og utvikles, slik at det blir mer rettferdig konkurranse i digitale marked, og bedre personvern for forbrukere.

Litteraturliste

Direktiver, konvensjoner, reguleringer

Regulation No.1/2003	Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, OJ 2003 L.
TEU	Treaty on European Union Consolidated version 2016, OJ 2016/C 202/01.
GDPR	Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the Protection of Natural Persons with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, and Repealing Directive 95/46/EC, OJ L119/1
DMA	Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act), 2020, COM/2020/842 final
TEUV	Treaty on the Functioning of the European Union. Consolidated version 2016, OJ 2016/C 202/01.

Nasjonale lover

EØS-loven	Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv.
German Act against restraint of competition (2018)	Act Against Restraints of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 12. juli 2018, 9th amendment
German Act against restraints of competition (2021)	Act Against Restraint of Competition (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) 20.januar 2021, 10th amendment
Konkurranseloven	Om lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven)

Forarbeider

Ot.prp.nr.6 (2003–2004)	Lov 5.mars 2004 nr. 12 lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger.
-------------------------	--

Avgjørelser fra EU-domstolen

Dom av 21.februar 1973, *Continental Can v. Commission*, C-6/72, ECLI:EU:C:1973:22

Dom av 27.mars 1974, *Belgische radio en Televisie (BRT v. SV SABAM and NV FONIOR)*, Case 127/73, ECLI:EU:C:1974:25

Dom av 14. februar 1978, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, C-27/76, ECLI:EU:C:1978:22

Dom av 13. februar 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, C-85/76, ECLI:EU:C:1979:36

Dom av 3.juli 1991, *AKZO Chemie BV v. Commission*, C-62/86, ECLI:EU:C:1991:286

Dom av 12. desember 1991, *Hilti AG v. Commission*, Case T-30/89, ECLI:EU:T:1991:70

Dom 27. april 1994, *Almelo v. NV Energiebedrijf Ijsselmij* C-393/92, ECLI:EU:C:1994:171

Dom av 14. november 1996, *Tetra Pak International SA v. Commission*, C-333/94 P, ECLI:EU:C:1996:436.

Dom av 2. april 2006, *France Télécom SA v. Commission*, C-202/87, ECLI:EU:C:2009:214

Dom av 17.februar 2011, *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB*, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83

Dom av 6. desember 2012, *AstraZeneca v. Commission*, C.457/10 ECR I-770

Dom av 27 mars 2012, *Post Danmark A/S v. Konkurrencerådet*, C-209/10, ECLI:EU:C:2012:172

Dom av 14. mars 2013, *Allianz Hungaria*, C-32/-11 ECLI:EU:C:160

Dom av 14. september 2017, *Latvian Copyright Society*, C-177/16, ECLI:EU:C:2017:689

Avgjørelser fra Kommisjonen

Avgjørelse 4. desember 1981, *GEMA Statutes (GEMA III)*, IV/29.971

Avgjørelse 20. april 2001, *DSD*, COMP D3/34493

Avgjørelse 7.oktober 2011, *Microsoft/Skype*, COMP/M.6281,

Avgjørelse 3. oktober 2014, *Facebook/WhatsApp*, COMP/M.7217

Avgjørelse 6. desember 2016, *Microsoft/LinkedIn*, COMP/M.-8124,

Avgjørelse 27. juni 2017, *Google Search (Shopping)*, COMP/AT.39740

Avgjørelse av 18. juli 2018, *Google Android*, COMP/AT.40099

Avgjørelse 18. februar 2020, *Microsoft/Yahoo! Search Business*, COMP/M.5727

Avgjørelser fra Retten (European General Court)

Avgjørelse fra 6. september 2017, *Intel Corp. V. European Commission*, T-286/09, ECLI:EU:T:2014:547

Avgjørelse fra 6. juli 2000, *Volkswagen v. Commission*, T-62/98, ECLI:EU:T:2000:180

Nasjonale avgjørelser

Avgjørelse 6. november 2013 av Bundesgerichtshof, *VBL vs. Gegenwert*, KZR 58/11

Avgjørelse 24. januar 2017 av Bundesgerichtshof, *VBL vs. Gegenwert II*, KZR 47/14

Avgjørelse 6. februar 2019 av Bundeskartellamt, B-22/16

Avgjørelse av 26. august 2019 av Oberlandersgericht Düsseldorf, *Facebook*, VI-Kart 1/19

Avgjørelse 23. juni 2020 av Bundesgerichtshof, KVR 69-19

Kommisjonens retningslinjer

Commission notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (97/C 372/03)

Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings (Guidance Paper), 2009 OJ C 45/7

Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, 2004 OJ C 31/03

Litteratur

Bøker

- Arnesen m.fl. (2018) Arnesen, Finn , *Agreement on the European Economic Area: a commentary*, Universitetsforlaget 2018.
- Esayas (2020) Esayas, Samson, *Data Privacy and Competition Law in the Age of Big data: The commercialization of Personal Data and its Implications for the foundations and Policy Boundaries of Data Privacy Law and Competition Law*, Dissertation for Faculty of Law UiO 2020.
- Jones and Sufrin (2019) Jones, Alison, Sufrin, Brenda og Dunne og Niamh, Jones, *Sufrin's EU competition law: text, cases, and materials*, Oxford University Press 2019.
- Mäihäniemi (2020) Mäihäniemi, Beata, *Competition Law and Big data: Imposing Access to Information in Digital Markets*, Edward Elgar Publishing 2020.
- Nygaard (2004) Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave. Universitetsforlaget 2004.

Stucke og Grunes (2016) Stucke, Maurice, og Grunes, Allen, *Big Data and Competition Policy*, Oxford University Press Incorporated 2016, ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bergen-ebooks/detail.action?docID=4545418>

Whish og Bailey (2018) Whish, Richard og Bailey, David, *Competition law*, Oxford University press 2018.

Artikler

Buiten (2020) Buiten, Miriam, *Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law*, Journal of Antitrust Enforcement 00, s.1–19, 2020, DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>

Costa-Cabral and Lynskey (2017) Costa-Cabral, Fransisco, og Lynskey, Orla, *Family ties: the intersection between data protection and competition in EU law*, Common Market law review nr. 54, s. 11–50, 2017, <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.kluwer/cmlr0054&i=13>

Davilla (2017) Davilla, Marixenia, *Is Big Data a Different Kind of Animal? The Treatment of Big Data Under the EU Competition Rules*, Journal of competition law and practice volume 8. nr. 6, s. 370–381, 2017, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpx039>

- Esayas (2018) Esayas, Samson, *Competition in (data) privacy: 'zero'-price markets, market power, and the role of competition law*, *International Data Privacy Law*, 8(3), s. 181–199, 2018, DOI: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>
- Filistrucchi mfl. (2013) Filistrucchi, Lapo, Geradin, Damien, *Market definition in two-sided markets: theory and practice*, *Journal of Competition law and Economics*, s. 293–339, 2013, DOI:10.1093/joclec/nhu007
- Graef (2015) Graef, Inge, *Stretching EU competition law tools for search engines and social networks*, *Internet policy review: Journal on internet regulation* volume 4, issue 3, 2015, DOI: 10.14763/2015.3.373.
- Graef (2016) Graef, Inge, *EU competition law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, *International Law Series, Volume 68*, 2016.
- Graef (2018) Graef, Inge, *Blurring boundaries of consumer welfare: How to create synergies between competition, consumer and data protection law in markets*, Springer-Verlag GMBH Germany, 2018, DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-662-57646-5_6
- Kemp (2020) Kemp, Katharine, *Concealed data practices and competition law: why privacy matters*, *European Competition Journal*, s. 628–672, 2020, DOI: 10.1080/17441056.2020.1839228

- Körber (2018) Körber, Torsten, *Data, Platforms and Competition law*, https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/torsten_koerber.pdf, september 2018.
- Llanos (2019) Llanos, José, *A close look on privacy protection as a non-price parameter of competition*, European Competition Journal, volume 15, 2019, DOI: <https://doi-org.ezproxy.uio.no/10.1080/17441056.2019.1644577>
- Newman (2015) Newman, John, *Antitrust in Zero price markets: foundations*, University of Pennsylvania Law Review, volume 164 no. 1, s. 149–206, 2015, <https://heinonline-org.ezproxy.uio.no/HOL/P?h=hein.journals/pnlr164&i=153>
- O'Donoghue og Padilla (2013) O'Donoghue, Robert og Padilla, Jorge, *The law and economics of Article 102 TFEU*, Oxford Hart Publishing, 2nd edition, 2013.
- Pfeiffer (2019) Roberto, Pfeiffer Augusto Castellanos, *Digital Economy, Big Data and Competition Law*, Market and Competition Law review, Volume III, nr. 1, s. 53–89, 2019, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440296>
- Robertson (2020) Robertson, Viktoria H.S.E, *Excessive data collection: privacy considerations and abuse of dominance in the era of big data*, Common Market Law Review, Volume 57, issue 1, s. 161–190, 2020, <https://kluwerlawonline-com.ezproxy.uio.no/JournalArticle/Common+Market+Law+Review/57.1/COLA2020006>

- Schneider (2018) Schneider, Giulia, *Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's investigation against Facebook*, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 9, Issue 4, 2018, s. 213–225, DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpy016>
- Stojanovic (2020) Stojanovic, Marija, *Can competition law protect consumers in cases of a dominant company breach of data protection rules?*, *European Competition Journal*, 16:2-3, s. 531–569, 2020, DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2020.1824464>
- Volmar og Helmdach (2018) Volmar, Maximilian og Helmdach, Katharina, *Protecting consumers and their data through competition law? Rethinking abuse of dominance in light of the Federal Cartel Office's Facebook investigation*, *European Competition Journal*, vol.14, s. 195–215, 2018, DOI: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1538033>
- Yun (2020) Yun, John. M, *Overview of Network Effects & Platforms in Digital Markets*, *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 2*, 2020, DOI: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733656>
- Kemp (2020) Kemp, Katharine, *Concealed data practices and competition law: why privacy matters*, *European Competition Journal*, s. 628–672, 2020, DOI: 10.1080/17441056.2020.1839228

Rapporter

- Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt,
Competition law and Data, 10.mai 2016, hentet fra:
Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt (2016) https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf;jsessionid=E1FC A88346386D23DACE6508A67A67F3.2_cid378?_blob=publicationFile&v=2
- Franck og Peitz (2019) Franck, Jens Uwe og Peitz, Martin, *Market definition and market power in the platform economy*, CERRE: Centre on Regulation in Europe, hentet fra:
https://www.cerre.eu/sites/cerre/files/2019_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf
- OECD Competition Committee (2012) OECD, *Roundtable on market definition – Note by the Delegation of the European Union*, DAF/COMP/WD (2012)
<https://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>
- OECD (2013) OECD, *Policy roundtables: the Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*, DAF/COMP(2013)17, 28.oktober 2013,
<https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>
- OECD (2019) *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris, 13.mai 2019, DOI: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>

OECD (2020) OECD, *Abuse of dominance in digital markets*, 2020, <http://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets-2020.pdf>

Streel m.fl. (2021) Streel, Alexandre, Liebhaberg, Bruno, Fletcher, Amelia, Feasy, Richard, Krämer, Jan og Monti, Giorgio, *Assessment paper on the European Proposal for a digital markets act: a first assessment*, CERRE: Centre on Regulation in Europe, januar 2021, <https://cerre.eu/publications/the-european-proposal-for-a-digital-markets-act-a-first-assessment/>

Pressemeldinger fra Kommisjonen og tyske konkurransemyndigheter

Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules*

2. mars 2016,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (sist lest 1. juni 2021)

Bundeskartellamt, *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources. Background information on the Bundeskartellamt's Facebook proceeding*,

7. februar 2019,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook_FAQs.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (sist lest 5. juni 2021)

Bundeskartellamt, Case summary, B-22/16, 15. februar 2019,

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufricht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (sist lest 4. juni 2021)

Bundeskartellamt, *Amendment of the German Act against Restraints of Competition*, 19.januar 2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/19_01_2021_GWB%20Novelle.html (sist lest 6. mai 2021)

European Commission, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards a thriving data-driven economy*, COM/2014/0442 final, 2. juli 2014, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014DC0442&from=EN> (sist lest 4. juni 2021)

European Commission, *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*, 6. desember 2016, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284 (sist lest 1.juni 2021)

European Commission, *The Digital Markets Act: ensuring fair and open markets*, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en#what-are-the-next-steps (sist lest 1.juni 2021)

European Commission, *Antitrust: Commission accepts commitments by Aspen to reduce prices for six off-patent cancer medicines by 73 % addressing excessive pricing concerns*, 10.februar 2021, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_524 (sist lest 4.juni 2021)

Nyhetsartikler og blogginnlegg

Aftenposten lederartikkel (2020) *Aftenposten mener: Hun kan tøyte teknologikjempene*, 17. desember 2020, <https://www.aftenposten.no/meninger/leder/i/nALxpd/aftenposten-mener-hun-kan-toeyle-teknologikjempene> (sist lest 8. mars 2021)

- Johansen og Sandvig (2021) Johansen, Kjetil og Sandvig, Kaja, *Tyskland oppdaterer konkurranselovgivning- høyere terskel for konkurransemeldinger og fokus på «big tech»*, 20. januar 2021, <https://norway.dlapiper.com/no/nyhet/tyskland-oppdaterer-konkurranselovgivning-hoyere-terskel-konkurransemeldinger-og-fokus-pa-big> (sist lest 30. mai 2021)
- Satariano (2020) Satariano, Adam, *Facebook loses Antitrust decision in Germany over Data Collection*, 23. juni 2020, <https://www.nytimes.com/2020/06/23/technology/facebook-antitrust-germany.html> (sist lest 7. mai 2021)
- Semin og Dreier (2021) Semin O og Jan Joachim Dreyer, *Competition law, Digitization, and the German Response- Stricter Supervision of Big Tech and Less Merger Review*, 21. januar 2021, <https://www.dlapiper.com/en/germany/insights/publications/2021/01/the-amendment-of-the-arc-is-coming/> (sist lest 30. mars 2021)

Nettsider

BEUC, The European Consumer Organisation, *The Role of Competition Policy in Protecting Consumers' Well-being in the Digital Era* (2019), https://www.beuc.eu/publications/beuc-x-2019-054_competition_policy_in_digital_markets.pdf (sist lest 5.mai 2021)

Economist, *The World's Most Valuable Resource is no Longer Oil, but Data*, 6.mai 2017, <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data> (sist lest 4.mai 2021)

Vestager (2016)

Vestager, Margrethe, København 9 september 2016,
*Making data work for us, Data Ethics even on Data as
Power*, [https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/
vestager/announcements/making-data-work-us_en](https://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/making-data-work-us_en) (sist lest
29. mai 2021)

