

Nadużycie pozycji dominującej poprzez naruszenie ochrony danych osobowych na przykładzie sprawy *Bundeskartellamt vs Facebook*

Spis treści

- I. Wstęp
- II. Tło i status niemieckiej sprawy przeciwko *Facebook*
- III. Zagadnienia prawne
 1. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundeskartellamt
 2. Zagadnienia prawne podniesione przez OLG Düsseldorf
 3. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundesgerichtshof
- IV. Omówienie
 1. Eksploatacyjny charakter praktyki
 2. Naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki
- V. Podsumowanie

Streszczenie

Przenikanie się reżimów prawa konkurencji i ochrony danych w gospodarce cyfrowej staje się coraz bardziej wyraźne. Niniejszy artykuł poświęcony jest omówieniu jednego z zagadnień z tym związanych, tj. nadużyciu pozycji dominującej poprzez naruszenie prywatności na przykładzie sprawy *Facebook*, wszczętej przez niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt). W artykule przedstawione są główne argumenty podnoszone przez Bundeskartellamt oraz sądy w postępowaniu, nierzadko prezentujące przeciwstawne stanowiska. W tekście szczególną uwagę poświęcono kwestii eksploatacyjnego charakteru praktyki, w tym przekazywaniu danych osobowych jako formy „zapłaty” za korzystanie z usług, oraz kwestii stosowania przepisów Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO) przez organy ochrony konkurencji.

Słowa kluczowe: gospodarka cyfrowa; nadużycie pozycji dominującej; praktyka eksploatacyjna; RODO; ochrona danych osobowych.

JEL: K21, L40

* Radca prawny; counsel w kancelarii PwC Legal, kierująca praktyką IP/TMT i Danych Osobowych; adres e-mail: paulina.komorowska@pwc.com.

I. Wstęp

Przenikanie się prawa ochrony danych osobowych z prawem konkurencji w gospodarce cyfrowej systematycznie nabiera coraz większego znaczenia. Można wyróżnić dwa zasadnicze obszary tego styku w kontekście skutków dla konkurencji: związane z danymi (*data-related*) oraz związane z prywatnością (*privacy-related*) (Douglas, 2021).

W niniejszym artykule przedstawione zostanie jedno z zagadnień dotyczących skutków dla konkurencji związanych z prywatnością, jakim jest eksploatacyjne nadużywanie pozycji dominującej poprzez naruszenie prywatności, na przykładzie sprawy zainicjowanej przez niemiecki organ ochrony konkurencji (Bundeskartellamt) przeciwko *Facebook*. W artykule przedstawione zostaną główne zagadnienia prawne wraz z argumentami Bundeskartellamt i sądów w postępowaniu, a także omówiony zostanie aspekt eksploatacyjnego charakteru praktyki, w tym przekazywania danych osobowych jako formy „zapłaty” za korzystanie z usług i kwestia stosowania przepisów Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych Osobowych (RODO)¹ przez organy ochrony konkurencji.

II. Tło i status niemieckiej sprawy przeciwko *Facebook*

Sprawa *Facebook* od strony procesowej jest dość skomplikowana. Od wydania decyzji przez niemiecki organ ochrony konkurencji minęły ponad dwa lata – wypełnione szeregiem orzeczeń wydawanych przez sądy w tzw. trybie pilnym (*Eilverfahren*) – zanim sprawa została rozpatrzona w ramach głównego postępowania (*Hauptsacheverfahren*).

Decyzja Bundeskartellamt w sprawie *Facebook* (dalej też: Decyzja) została wydana 6 lutego 2019 r., kończąc postępowanie trwające niemal 3 lata². Dla porządku warto przypomnieć, że *Facebook* oferuje prywatnym użytkownikom możliwość łączenia się w serwisie *Facebook* (na stronie internetowej lub za pomocą mobilnej aplikacji) z przyjaciółmi i znajomymi oraz dzielenie się z nimi różnymi treściami³. Dostęp do serwisu jest bezpłatny dla użytkowników, jest natomiast finansowany przez internetową reklamę kierunkową (*online targeted advertising*)⁴.

Niemiecki organ ochrony konkurencji zdefiniował produktowy rynek właściwy jako rynek serwisów społecznościowych dla użytkowników prywatnych, jego zasięg geograficzny ograniczył zaś do terytorium Niemiec⁵. Organ uznał, że na tak zdefiniowanym rynku właściwym *Facebook*⁶ posiada pozycję dominującą⁷. Za kluczowe dla oceny pozycji rynkowej *Facebook* organ przyjął istnienie silnych efektów sieciowych i trudność w zmianie na inny serwis społecznościowy dla użytkowników⁸. Organ odniósł się także do wielu przypadków wyjść z niemieckiego rynku konkurentów *Facebook* (np. serwisy *StudiVZ*, *SchülerVZ*, *Google+*) i malejących udziałów rynkowych

¹ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119, z 4.05.2016 r., s. 1–88.

² Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 1. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

³ *Ibidem*, s. 2.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*, s. 3.

⁶ Postępowanie było prowadzone przeciwko spółkom *Facebook Inc.* (USA), *Facebook Ireland Ltd.* (Irlandia) oraz *Facebook Germany GmbH* (Niemcy). W niniejszym artykule spółki łącznie określane są jako *Facebook*.

⁷ Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 5.

⁸ *Ibidem*, s. 6.

pozostałych konkurentów, konkludując, że istnieje trend przechylenia się rynku (*market tipping*) na rzecz spółki Facebook, która staje się monopolistą⁹.

W oparciu o te ustalenia, niemiecki organ ochrony konkurencji w Decyzji zakazał Facebook uzależniania korzystania z serwisu przez niemieckich użytkowników od wyrażenia zgody na gromadzenie danych o użytkownikach i urządzeniach, z których korzystają, z innych portali internetowych i aplikacji oraz łączenia ich z danymi zbieranymi z kont użytkowników w serwisie Facebook¹⁰, traktując takie działanie jako nadużycie pozycji dominującej.

Facebook odwołał się od Decyzji do sądu odwoławczego (*Oberlandesgericht*) w Düsseldorfie (OLG Düsseldorf). W efekcie tego odwołania sąd tymczasowo zawiesił wykonalność Decyzji ze względu na „poważne wątpliwości co do [jej] legalności” w odniesieniu do zarzucanej praktyki eksploatacyjnej wobec konsumentów – użytkowników serwisu Facebook, jak i praktyki wykluczającej w stosunku do obecnych lub potencjalnych konkurentów Facebook¹¹.

Organ ochrony konkurencji odwołał się od orzeczenia OLG Düsseldorf do Bundesgerichtshof (Federalnego Sądu Najwyższego). W wyniku odwołania, postanowieniem z dnia 23 czerwca 2020 r., orzeczenie OLG Düsseldorf wstrzymujące wykonanie Decyzji zostało uchylone, a zarzuty Bundeskartellamt wstępnie potwierdzone¹².

Następnie spółka Facebook ponownie wniosła o wstrzymanie wykonalności Decyzji, do czego przychylił się OLG Düsseldorf¹³. W odpowiedzi Bundeskartellamt odwołał się od orzeczenia OLG Düsseldorf, które Bundesgerichtshof dopuścił w dniu 15 grudnia 2020 roku¹⁴.

W dniu 24 marca 2021 r. odbyła się rozprawa, w wyniku której OLG Düsseldorf zdecydował się skierować pytanie prejudycjalne do Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), które będzie rozstrzygane pod sygnaturą C-252/21¹⁵.

III. Zagadnienia prawne

1. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundeskartellamt

Istotą sformułowanego w Decyzji zarzutu Bundeskartellamt wobec Facebook jest uzależnienie korzystania przez użytkowników z serwisu Facebook od udzielenia zgody na zbieranie ich danych osobowych z portali i aplikacji podmiotów trzecich, co według organu stanowi nadużycie pozycji dominującej na gruncie klauzuli generalnej niemieckiej ustawy o ochronie konkurencji¹⁶ (sek. 19(1) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB).

Bundeskartellamt uznał w Decyzji, że przepisy Ogólnego Rozporządzenia o Ochronie Danych (RODO) nie wykluczają możliwości dokonywania oceny zgodności przetwarzania danych

⁹ Ibidem,

¹⁰ Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 1.

¹¹ Orzeczenie OLG Düsseldorf VI-Kart 1/19 (V), 26.08.2019, s. 5–7. Pozyskano z: https://www.olg-duesseldorf.nrw.de/behoerde/presse/archiv/Pressemitteilungen_aus_2019/20190826_PM_Facebook/20190826-Beschluss-VI-Kart-1-19-V_.pdf (14.11.2021).

¹² Orzeczenie Bundesgerichtshof KVR 69/19, 23.06.2020. Pozyskano z: <https://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2020-6&Seite=4&nr=109506&pos=121&anz=279> (19.12.2021).

¹³ Orzeczenie Kart 13/20, 30.11.2020. Pozyskano z: https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2020/Kart_13_20_V_Beschluss_20201130.html (19.12.2021).

¹⁴ Orzeczenie Bundesgerichtshof KVZ 90/20, 18.12.2020. Pozyskano z: <https://www.d-kart.de/wp-content/uploads/2021/03/BGH-Beschluss-v-15.12.2020-KVZ-9020.pdf> (19.12.2021).

¹⁵ <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=242143&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207886> (19.12.2021).

¹⁶ Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 7. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

osobowych z przepisami RODO przez ten organ¹⁷. Organ odniósł się także do niemieckiej Konstytucji, która przewiduje prawo do samostanowienia informacyjnego (*informational self-determination*)¹⁸, tj. prawa każdej osoby do kontroli nad przetwarzaniem jej danych osobowych. W związku z tym niemiecki organ ochrony konkurencji ocenił, że zasady przetwarzania danych osobowych przez Facebook, tj. zbieranie danych osobowych z portali i aplikacji podmiotów trzecich oraz ich łączenie z danymi gromadzonymi w ramach portalu Facebook na podstawie zgody użytkownika, której udzielenie stanowi warunek korzystania z serwisu Facebook, naruszają przepisy RODO¹⁹. Organ stwierdził, że brak jest uzasadnienia dla szerokiego zakresu przetwarzanych danych osobowych oraz uznał, że zgoda na łączenie zbiorów danych nie spełnia wymogów dobrowolnej zgody na gruncie przepisów RODO²⁰. W tym zakresie organ powołał się bezpośrednio na art. 6(f) RODO, dokonując oceny czy interesy Facebook przeważają nad interesami użytkowników oraz odniósł się do siły negocjacyjnej Facebook jako elementu wpływającego na brak dobrowolności zgody²¹.

Niemiecki organ ochrony konkurencji uznał, że takie sformułowanie zasad przetwarzania danych przez Facebook jest manifestacją siły rynkowej. Według organu wskazuje na to zarówno „normatywny związek przyczynowy” (*normative causality*), jak i „skutkowy związek przyczynowy” (*effect-based causality*), tj. Facebook stosuje takie zasady, ponieważ posiada pozycję dominującą, a to działanie skutkuje utrudnieniem innym konkurowania na rynku²².

2. Zagadnienia prawne podniesione przez OLG Düsseldorf

Według OLG Düsseldorf, sądu odwoławczego, poważne wątpliwości co do legalności decyzji wiązały się przede wszystkim z brakiem wykazania przez organ, że przetwarzanie danych przez Facebook prowadzi do istotnej szkody lub negatywnego skutku dla konkurencji²³. O ile OLG Düsseldorf potwierdził, że zasady korzystania z serwisu Facebook, w tym zasady dotyczące danych i plików *cookies*, podlegają ocenie co do słuszności warunków transakcji, o tyle w ocenie sądu organ nie przeprowadził dostatecznej analizy co do warunków transakcji, które obowiązywałyby w warunkach skutecznej konkurencji²⁴.

OLG Düsseldorf wskazał, że nie jest wykluczone, aby uznać szkodę dla ochrony konsumentów za szkodę dla konkurencji²⁵. Natomiast według sądu przekazywanie Facebook przez użytkowników dodatkowych danych nie jest praktyką eksploatacyjną, ponieważ przekazanie danych osobowych nie prowadzi do straty ekonomicznej – użytkownik może przekazać te same dane innemu podmiotowi, w tym konkurentowi Facebook²⁶. Sąd odniósł się także do kwestii nadmiarowości danych pozyskiwanych przez Facebook, wskazując, że nie każde przekroczenie (*Überschreitung*) tego, co jest uznane za dozwolone zgodnie z zasadami konkurencji, prowadzi

¹⁷ Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 8–9. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

¹⁸ *Ibidem*, s. 8.

¹⁹ *Ibidem*, s. 7.

²⁰ *Ibidem*, s. 10.

²¹ *Ibidem*, s. 10–11.

²² *Ibidem*, s. 11.

²³ Orzeczenie OLG Düsseldorf VI-Kart 1/19 (V), 26.08.2019, s. 7.

²⁴ *Ibidem*, s. 7–8.

²⁵ *Ibidem*, s. 8.

²⁶ *Ibidem*, s. 8–9, 28.

do przyjęcia nadużycia pozycji dominującej²⁷. OLG Düsseldorf nie przychylił się także do stanowiska organu, że szkodą dla użytkownika jest utrata kontroli nad swoimi danymi, podnosząc że przetwarzanie „nadmiarowych” danych odbywa się na podstawie zgody użytkownika, a brak wiedzy o tym, w jaki sposób dane są przetwarzane, wynika nie z pozycji dominującej Facebook, a z braku zapoznania się przez użytkowników serwisu z zasadami przetwarzania danych²⁸. OLG Düsseldorf podkreślił również, że nadużycie pozycji dominującej zakłada naruszenie zasad konkurencji, natomiast samo naruszenie przepisów prawa nie jest wystarczające do uznania, że doszło do naruszenia zasad konkurencji²⁹. Podobnie, według sądu nie każde nieuczciwe warunki umowne stosowane przez podmiot dominujący wiążą się automatycznie z nadużyciem pozycji dominującej³⁰. OLG Düsseldorf zaakcentował także, że celem zakazu praktyk nadużywania pozycji dominującej nie jest kontrola każdego naruszenia prawa przez dominanta, a tylko takich, które mają wpływ na konkurencję. Za absolutnie niezbędne sąd uznał istnienie relacji przyczynowo-skutkowej pomiędzy pozycją rynkową przedsiębiorcy a jego działaniem (antykonkurencyjnymi skutkami tego działania), tj. kluczowa dla ustalenia nadużycia pozycji dominującej jest odpowiedź na pytanie, czy zgoda na przetwarzanie dodatkowych danych przez Facebook nie może być uznana za dobrowolną ze względu na siłę rynkową Facebook³¹. W ocenie OLG Düsseldorf nieuczciwe warunki handlowe mogą występować na rynkach konkurencyjnych, gdzie ich stosowanie nie wynika z pozycji rynkowej przedsiębiorcy, tylko z niedoskonałości rynku (*market failure*) prowadzącej do systemowej asymetrii informacyjnej³². Ponadto sąd niemiecki uznał, że nic nie wskazuje na to, aby użytkownicy portalu społecznościowego Facebook byli zależni od tego przedsiębiorcy w momencie wyrażania zgody na warunki handlowe portalu, stąd zgoda jest autonomiczna i dobrowolna. Fakt, że korzystanie z portalu Facebook wiąże się ze zgodą na wykorzystywanie dodatkowych danych nie oznacza przymusu. Sąd, powołując się na liczbę użytkowników portalu Facebook w Niemczech (ok. 32 miliony miesięcznie) oraz liczbę osób, które nie są użytkownikami tego portalu (ok. 50 milionów miesięcznie), uznał, że potwierdza ona dobrowolność zgody³³. Według OLG Düsseldorf niemiecki organ ochrony konkurencji nie wykazał także, że użytkownicy preferują płatne portale społecznościowe ani czy osoby niekorzystające z portalu Facebook korzystałyby z niego, gdyby Facebook nie wykorzystywał dodatkowych danych³⁴.

3. Zagadnienia prawne podniesione przez Bundesgerichtshof

W orzeczeniu z 23 czerwca 2020 r. Bundesgerichtshof stwierdził, że nie zachodzą poważne wątpliwości co do pozycji dominującej Facebook³⁵. Sąd uznał także, że nie ma poważnych wątpliwości co do nadużywania przez Facebook pozycji dominującej poprzez uzależnianie korzystania z portalu Facebook od udzielenia zgody na łączenie danych pozyskanych spoza portalu

²⁷ Ibidem, s. 9.

²⁸ Ibidem, s. 9–11.

²⁹ Ibidem, s. 13.

³⁰ Ibidem.

³¹ Ibidem, s. 18, 27–28.

³² Ibidem, s. 21.

³³ Ibidem, s. 25–26.

³⁴ Ibidem, s. 29.

³⁵ Orzeczenie Bundesgerichtshof KVR 69/19, 23.06.2020, s. 8.

Facebook z tymi zgromadzonymi w ramach portalu³⁶. Według Sądu polityka prywatności stanowi część warunków świadczenia usług, a okoliczność czy do przetwarzania danych na gruncie przepisów o ochronie danych potrzebna jest zgoda użytkownika jest nieistotna – rejestrując się na portalu Facebook, użytkownik wyraża zgodę na stosowanie polityki prywatności³⁷. Sąd zakwestionował argumenty OLG Düsseldorf dotyczące dobrowolności przekazywania dodatkowych danych, podnosząc, że pominięty został aspekt interesów tych użytkowników, którzy chcąc korzystać z portalu Facebook, jednocześnie za ważne uważają ograniczenie przetwarzania ich danych osobowych do tego co niezbędne do korzystania i zapewnienia finansowania portalu³⁸. Według Sądu użytkownicy są pozbawieni wyboru czy chcą korzystać z rozszerzonej oferty, obejmującej „spersonalizowane doświadczenie” (*Personalisierung des Nutzungserlebnisses*), które wiąże się z potencjalnie nieograniczonym przetwarzaniem danych osobowych, czy chcą, aby personalizacja obejmowała tylko ograniczony zakres danych, ujawnionych na portalu Facebook³⁹.

Według Sądu fakt, że korzystanie z portalu Facebook jest darmowe nie powoduje, że takie rozszerzenie usługi o personalizowanie w oparciu o dane zgromadzone poza portalem Facebook jest nieistotne w kontekście oceny nadużywania pozycji dominującej. Aspekt antymonopolowy związany jest z narzuceniem użytkownikom usługi, której nie chcą, a w konsekwencji wzrasta „zapłata” (*Gegenleistung*) (przekazanie danych osobowych) za usługę, której chcą (korzystanie z portalu społecznościowego)⁴⁰.

Sąd przyznał rację OLG Düsseldorf, że działanie Facebook nie prowadzi do ekonomicznej szkody użytkowników portalu, ponieważ dane mają charakter niematerialny i nierywalizacyjny⁴¹ oraz nie podlegają zużyciu. Jednakże w ocenie Bundesgerichtshof te cechy nie powodują, że zachowanie Facebook nie może podlegać ocenie prawa konkurencji. Zezwalając na gromadzenie i korzystanie z ich danych osobowych, użytkownicy dostarczają Facebook zasoby o wartości ekonomicznej⁴². Według Sądu, dane osobowe stanowią „zapłatę” za korzystanie z portalu Facebook, a korzystanie przez Facebook z dodatkowych danych użytkowników – gromadzonych poza portalem Facebook – zwiększa wartość takiej „zapłaty”. Jakość i ilość zgromadzonych danych przekłada się bezpośrednio na stawki Facebook w relacjach z partnerami reklamowymi, a wartość każdej danej wzrasta, im więcej danych jest zgromadzonych. Dane, które przekazują użytkownicy tworzą zbiór danych dostępnych tylko dla Facebook, co oznacza, że nie są oni w stanie przekazać takiego samego zestawu danych innym podmiotom⁴³.

Bundesgerichtshof nie zgodził się z OLG Düsseldorf, że nadużycie pozycji dominującej zawsze wymaga bezpośredniego związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy posiadaniem pozycji dominującej a możliwością narzucania warunków usług stanowiących praktykę eksploatacyjną

³⁶ Ibidem, s. 22.

³⁷ Ibidem.

³⁸ Ibidem, s. 23.

³⁹ Ibidem, s. 24.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ W naukach ekonomicznych dobrami nierywalizacyjnymi określa się takie dobra, których konsumpcja nie wpływa na ich dostępność. Innymi słowy, korzystanie z takiego dobra nie obniża jego podaży.

⁴² Ibidem, s. 25.

⁴³ Ibidem, s. 25–26.

w stosunku do konsumentów. W ocenie Sądu za wystarczające uznać należy wystąpienie na rynku skutku, który nie zaistniałby w warunkach skutecznej konkurencji⁴⁴.

Bundesgerichtshof uznał, że nie zachodzą poważne wątpliwości co do antykonkurencyjnego skutku warunków świadczenia usług oferowanych przez Facebook⁴⁵. Sąd odniósł się zarówno do warunków świadczenia usług portali, takich jak YouTube, Skype, LinkedIn i Twitter – stwierdzając, że wprawdzie nie działają one na rynku właściwym w sprawie, ale nawet gdyby inne portale społecznościowe stosowały podobne warunki świadczenia usług co Facebook, nie miałyby to doniosłości w sprawie oceny praktyk tego ostatniego, ponieważ, według Sądu, mogłoby to wynikać z wzorowania się przez te portale na warunkach ustalonych przez Facebook⁴⁶. Sąd stwierdził również, że niezgodność z prawem warunków świadczenia usług nie jest konieczna, aby uznać je za naruszające prawo konkurencji⁴⁷.

Bundesgerichtshof nie zgodził się z oceną OLG Düsseldorf także w aspekcie możliwości podjęcia przez konsumenta decyzji co do korzystania z portalu Facebook. Sąd podkreślił, że portal ten odgrywa istotną rolę dla komunikacji społecznej i że – przynajmniej dla części konsumentów – korzystanie z niego ma bardzo istotny wpływ na uczestnictwo w życiu towarzyskim. Sąd przyznał, że o ile rzeczywiście korzystanie z portalu Facebook nie jest niezbędne, o tyle ochrona konsumentów przed praktykami eksploatacyjnymi nie obejmuje wyłącznie niezbędnych produktów i usług⁴⁸. Sąd zwrócił uwagę na istotność portalu Facebook także w aspekcie debaty publicznej na tematy polityczne, społeczne, kulturowe i gospodarcze⁴⁹.

Sąd odniósł się także do tego, że na rynku, gdzie funkcjonuje skuteczna konkurencja, konsumentom zapewniony jest wybór. Zakaz praktyk nadużywania pozycji dominującej na rynku jest uzasadniony, jeśli ze względu na strukturę rynku (tak jak w przedmiotowej sprawie) i osłabienie sił konkurencyjnych brak jest perspektyw na zapewnienie wyboru konsumentom⁵⁰. W tym kontekście Sąd stwierdził również, że mimo iż decyzja Bundeskartellamt oparta jest w pewnej mierze na zarzucie naruszenia prawa ochrony danych osobowych, w swej istocie dotyczy ona zasadniczego problemu, tj. braku wyboru konsumentów co do modelu usługi świadczonej przez Facebook bez ponoszenia negatywnych konsekwencji⁵¹.

Na rozprawie, po wydaniu orzeczenia przez Bundesgerichtshof, OLG Düsseldorf zdecydował się skierować pytania prejudycjalne do TSUE. Pytań – w formule wariantowej – zostało zadanych siedem, w większości wieloskładnikowych⁵². Co ciekawe, a może i zaskakujące w świetle wywodów poczynionych przez Bundesgerichtshof, wszystkie pytania skierowane do TSUE dotyczą interpretacji przepisów RODO i obejmują m.in. kwestie kompetencji organu, który nie jest organem nadzorczym w rozumieniu art. 51 RODO, do oceny zgodności z RODO warunków przetwarzania danych osobowych do celów dokonania oceny na gruncie prawa konkurencji (pytanie nr 1) oraz czy zgoda udzielana podmiotowi dominującemu może być dobrowolna w znaczeniu przepisów RODO.

⁴⁴ Ibidem, s. 27–28.

⁴⁵ Ibidem, s. 33.

⁴⁶ Ibidem, s. 35.

⁴⁷ Ibidem, s. 39.

⁴⁸ Ibidem, s. 40.

⁴⁹ Ibidem, s. 49.

⁵⁰ Ibidem, s. 48–49.

⁵¹ Ibidem, s. 51.

⁵² <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=242143&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=207886> (19.12.2021).

IV. Omówienie

Liczba zagadnień prawnych poruszonych w niemieckiej sprawie *Facebook* jest znacząca, omówienie wszystkich z nich znacznie przekracza ramy niniejszego opracowania. Przedstawione zostaną dwa: (a) eksploatacyjny charakter praktyki oraz (b) naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki.

1. Eksploatacyjny charakter praktyki

Bundeskartellamt uznał stosowanie warunków świadczenia usług przez Facebook za praktykę eksploatacyjną. W literaturze można spotkać się ze stanowiskami wyrażającymi rozczarowanie, że organ nie przeanalizował tych warunków z perspektywy praktyki wykluczającej (zarówno w odniesieniu do rynku portali społecznościowych, jak i rynku reklamy), która mogłaby okazać się mniej kontrowersyjna w kontekście pozyskiwania zgody na przetwarzanie dodatkowych danych osobowych użytkowników (zob. np. Kerber i Zolna, 2020). Spowodowałoby to jednak przyjęcie innej optyki, tj. naruszenia opartego o posiadanie dostępu do danych (*data-related*), a nie – zasadniczo – naruszenia prywatności użytkowników (*privacy-related*).

Natomiast należy przyznać, że nadużycie pozycji dominującej polegające na stosowaniu praktyk eksploatacyjnych – nie tylko w gospodarce cyfrowej – jest zazwyczaj trudniejsze do wykazania, a organy ochrony konkurencji są bardziej wstrzemięźliwe ze względu na brak jednoznacznego mechanizmu zapewniającego pewność prawną w ocenie (Ayata, 2021, s. 178). Znaczącym wyzwaniem dla organów ochrony konkurencji jest ocena eksploatacyjnych praktyk cenowych, szczególnie w zakresie uznania czy cena jest zawyżona. Należy jednak zgodzić się z W. Kerberem, który, dostrzegając te wyzwania, stwierdza, że nie powinny one oznaczać całkowitego zakwestionowania istnienia naruszeń o charakterze eksploatacyjnym (Kerber i Zolna, 2020, s. 19).

Niezależnie od powyższego, w przedmiotowej sprawie dodatkową trudnością jest skonkretyzowanie praktyki stosowanej przez Facebook. Czy stanowi ona narzucanie niesłusznym (zawyżonym) cen czy raczej nieuczciwych warunków transakcji? Nie wynika to wprost z Decyzji, gdyż Bundeskartellamt oparł się na klauzuli generalnej przepisu będącego niemieckim odpowiednikiem art. 102 TFUE⁵³, nie precyzując rodzaju praktyki.

W orzeczeniu Bundesgerichtshof akcent dość mocno położony jest na aspekt „zapłaty” danymi. Rozważanie danych osobowych wprost w kategorii wartości porównywalnej do pieniądza jest jednak trudne ze względu na okoliczności wskazane w orzeczeniu sądu. Jak wskazano wyżej, dane osobowe nie mają charakteru rywalizacyjnego, co oznacza, że ich udostępnienie jednemu podmiotowi nie stoi na przeszkodzie – w przeciwieństwie do środków pieniężnych – udostępnieniu tych samych danych innemu podmiotowi. Istnieje też wiele wyzwań związanych z ustaleniem wartości poszczególnych danych osobowych, poczynając od wyboru perspektywy: rynkowej (komercyjnej) czy prywatnej (indywidualnej) (Acquisti, Taylor i Wagman, 2016; OECD, 2013), która determinuje wynik analizy (w wielu przypadkach wartość poszczególnych danych z perspektywy osoby będzie się różnić od jej wyceny rynkowej). W ocenie wartości danych osobowych bardzo

⁵³ Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 326, z 26 października 2012 r., s. 47–390).

istotny jest także kontekst – określone dane osobowe mogą być bardzo cenne w danych okolicznościach, a w innych nie przedstawiać istotnej wartości.

Pomimo wskazanych powyżej wyzwań, koncepcja uznania danych osobowych za swego rodzaju „wartość płatniczą” została odzwierciedlona w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/770 z 20 maja 2019 r. w sprawie niektórych aspektów umów o dostarczanie treści cyfrowych i usług cyfrowych (dalej: dyrektywa o usługach cyfrowych)⁵⁴. Na gruncie dyrektywy o usługach cyfrowych za usługę cyfrową konsument może zapłacić cenę albo w sposób tradycyjny, albo poprzez dostarczenie danych osobowych, które nie są przetwarzane przez przedsiębiorcę wyłącznie w celu dostarczenia treści cyfrowych/usługi cyfrowej lub w celu spełnienia obowiązków prawnych spoczywających na przedsiębiorcy⁵⁵. W podobnym tonie zdają się argumentować O. Budzinski, M. Grusevaja i V. Noskova (2020, s. 20), twierząc, że jeśli dane osobowe wykorzystywane są w zamian za świadczenie usługi internetowej, pełnią wówczas funkcję pieniężną.

Ponadto praktyka przedsiębiorcy polegająca na łączeniu danych osobowych pozyskiwanych za pośrednictwem podstawowych usług platformowych z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem dowolnych innych usług oferowanych przez podmiot mający status „strażnika dostępu” (*gatekeeper*) lub z danymi osobowymi pozyskiwanymi za pośrednictwem usług świadczonych przez osoby trzecie bez zgody użytkownika została uznana za niedozwoloną w odniesieniu do dostawców usług cyfrowych o znacznej sile rynkowej (*gatekeepers*)⁵⁶ w projekcie rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie kontestowalnych i uczciwych rynków w sektorze cyfrowym (akt o rynkach cyfrowych) (dalej: projekt DMA)⁵⁷. W tym przypadku praktyce tej bliżej jest do stosowania nieuczciwych warunków transakcji – projekt DMA zawiera wiele nawiązań do słuszności/uczciwości (*fairness*), poczynając od samego tytułu projektu, który zawiera w sobie odniesienie do „uczciwych rynków w sektorze cyfrowym” (*fair markets in the digital sector*), a skończywszy na określeniu wprost wskazanej praktyki jako „ograniczającej kontestowalność” lub „nieuczciwej” (znajduje się ona w rozdziale III projektu DMA, zatytułowanym „Praktyki strażników dostępu, które ograniczają kontestowalność lub są nieuczciwe”).

Zarówno narzucanie wygórowanych cen, jak i inne nieuczciwe warunki handlowe stanowią w zasadzie jeden rodzaj praktyki skatalogowany w art. 102(a) TFUE. Mając na uwadze sformułowanie tego przepisu, można argumentować, że narzucanie wygórowanych cen jest przykładem/podkategorią stosowania nieuczciwych warunków handlowych (Robertson, 2020, s. 13). Idąc dalej, można rozważyć uznanie nadmiernego gromadzenia danych osobowych jako osobnego naruszenia, także stanowiącego podkategorię nieuczciwych warunków handlowych (Robertson, 2020, s. 13).

Niezależnie od konkluzji co do rodzaju praktyki, kontrowersyjne jest czy naruszenie prywatności wiąże się z powstaniem szkody po stronie konsumenta. O ile bezpośredni negatywny skutek dla konsumentów może stanowić o naruszeniu prawa konkurencji, o tyle przy naruszeniu ochrony danych osobowych użytkowników⁵⁸ szkoda jest trudno uchwytna. Jest to jeden z kluczowych

⁵⁴ Dz. Urz. UE L 136, z 22.05.2019 r., s. 1–27.

⁵⁵ Art. 3 dyrektywy o usługach cyfrowych.

⁵⁶ Art. 3 projektu DMA.

⁵⁷ Bruksela, 15.12.2020 r., COM(2020) 842 final, 2020/0374 (COD).

⁵⁸ W niniejszym opracowaniu pojęcie „naruszenia prywatności” używane jest zamiennie z pojęciem „naruszenia ochrony danych osobowych”. Analiza różnic pomiędzy tymi pojęciami wykracza poza ramy niniejszego opracowania.

zarzutów krytyków decyzji Bundeskartellamt – brak wykazania rzeczywistego negatywnego skutku dla konsumentów, a jedynie oparcie się na normatywnym związku przyczynowym (Kerber i Zolna, 2020, s. 20). Zarzut ten wybrzmiał także jako jeden z najistotniejszych w orzeczeniu OLG Düsseldorf.

2. Naruszenie przepisów RODO jako element oceny praktyki

Drugie z zagadnień prawnych, które w ocenie autorki zasługuje na komentarz, to kwestia zastosowania przez niemiecki organ ochrony konkurencji przepisów RODO.

Punktem wyjścia dla Bundeskartellamt była ocena czy zgoda udzielona przez użytkownika portalu społecznościowego na przetwarzanie jego dodatkowych danych osobowych spełnia wymogi RODO. Tym samym organ ochrony konkurencji uznał się za kompetentny do zastosowania wprost przepisów z zakresu ochrony danych osobowych (wg organu: *The responsibility and consistency regulations in the GDPR do not rule out that the Bundeskartellamt can assess whether data processing terms infringe the GDPR*)⁵⁹. Podobnie, organ przeanalizował politykę przetwarzania danych Facebook w świetle zgodności z przepisami RODO⁶⁰.

Takie podejście budzi poważne wątpliwości. Zgodnie z art. 51 RODO monitorowanie stosowania RODO należy do kompetencji organów nadzorczych. W Niemczech, w każdym kraju związkowym działa właściwy organ nadzorczy – organ ochrony danych osobowych⁶¹. Twierdzenie, że właściwym do interpretacji i monitorowania przepisów RODO może być także organ ochrony konkurencji nie wydaje się w tym świetle zasadne.

W ślad za R. Podszunem można zastanawiać się czy Bundeskartellamt rzeczywiście zastosował przepisy RODO, czy raczej posłużyły one jako punkt odniesienia, aby uzasadnić naruszenie prawa konkurencji⁶². W tym duchu zdawał się argumentować Bundesgerichtshof, odnosząc się do przepisów RODO jako pewnego punktu odniesienia, a nie bezpośredniego stosowania przepisów RODO przez organ ochrony konkurencji. Tego kierunku nie wydaje się podtrzymywać OLG Düsseldorf. Co jednak ciekawe, większość pytań prejudycjalnych skierowanych przez OLG Düsseldorf do TSUE dotyczy właśnie interpretacji przepisów RODO. OLG Düsseldorf zmierza w nich nie tylko do ustalenia czy Bundeskartellamt – nie będący organem nadzorczym w rozumieniu art. 51 RODO – może ustalić naruszenie przepisów RODO, aby stwierdzić naruszenie prawa konkurencji, lecz także zadaje szereg pytań co do *meritum* interpretacji przepisów RODO, np. kwestii przetwarzania danych wrażliwych i interpretacji ich upublicznienia w sposób oczywisty (art. 9 ust. 2 lit. e) RODO). R. Podszun określa tę sytuację jako paradoksalną – sąd, który zasadniczo sprzeciwia się stosowaniu przepisów RODO w ramach stosowania prawa konkurencji, sam przyczynia się do daleko posuniętej interpretacji przepisów dotyczących *stricte* prawa ochrony danych osobowych (*the Cartel Senate of the Düsseldorf Higher Regional Court is now doing hard-core data protection law*)⁶³.

⁵⁹ Podsumowanie decyzji ws. *Facebook*, Bundeskartellamt, 15.02.2019, s. 8. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (14.11.2021).

⁶⁰ *Ibidem*, s. 10.

⁶¹ <https://www.bfdi.bund.de/DE/Service/Anschriften/Laender/Laender-node.html;jsessionid=32D837A4EC71AEFD26898165FC3944AE.intranet241> (18.12.2021).

⁶² <https://www.d-kart.de/en/blog/2021/03/25/facebook-next-stop-europe/> (18.12.2021).

⁶³ *Ibidem*.

V. Podsumowanie

Ocena naruszeń prawa konkurencji związanych z danymi czy prywatnością nie zawsze musi zależeć od oceny zgodności postępowania z prawem o ochronie danych osobowych. Każdy z reżimów realizuje cele w oparciu o inne instrumentarium – w stosowaniu prawa konkurencji istotną rolę odgrywają metody ekonomiczne, podczas gdy jednym z najistotniejszych aspektów prawa ochrony danych osobowych jest ochrona praw podstawowych jednostki⁶⁴. Należy zgodzić się z twierdzeniem, że nie każde naruszenie prawa ochrony danych osobowych przez dominanta czy nieuczciwość stosowanych przez niego warunków handlowych oznaczać będzie nadużycie pozycji dominującej. Jednocześnie nie powinno być konieczne przesądzenie, że określone działanie stanowi naruszenie na gruncie przepisów RODO, aby organ ochrony konkurencji mógł uznać je za antykonkurencyjne.

Według autorki pożądane jest zachowanie „czystości” kompetencyjnej organów publicznych, a co za tym idzie wystrzeżenie się przez organy ochrony konkurencji interpretacji i stosowania przepisów RODO. Jednocześnie przenikanie reżimów ochrony konkurencji i danych osobowych jest w gospodarce cyfrowej nieuniknione i będzie nabierać coraz większego znaczenia⁶⁵. Niezależnie od powyższych uwag nie ulega wątpliwości, że współpraca pomiędzy właściwymi organami ochrony konkurencji i ochrony danych osobowych jest niezbędna i w niektórych jurysdykcjach ma już miejsce⁶⁶. Celowe może okazać się jej formalne uregulowanie w przepisach, które przewidywałyby ramy takiej współpracy oraz realizowały postulat pewności prawnej.

Odpowiedzi TSUE na pytania prejudycjalne OLG Düsseldorf, przynajmniej w pewnym zakresie, mogą pomóc rozstrzygnąć wątpliwości dotyczące interakcji pomiędzy prawem ochrony danych osobowych i prawem konkurencji. Przyczyniłoby się to z pewnością do zwiększenia pewności prawnej dla przedsiębiorców działających w ramach gospodarki cyfrowej.

Bibliografia

- Acquisti, A., Taylor, C. i Wagman, L. (2016). The Economics of Privacy. *Journal of Economic Literature*, 54(2).
- Ayata, Z. (2021). Old abuses in new markets? Dealing with excessive pricing by a two-sided platform. *Journal of Antitrust Enforcement*, 9.
- Budzinski, O., Grusevaja, M. i Noskova, V. (2020). The Economics of the German Investigation of Facebook's Data Collection. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 26(139). Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3593236 (18.12.2021).
- CMA/ICO. (2021). *Competition and data protection in digital markets: a joint statement between the CMA and the ICO*. Pozyskano z: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf (18.12.2021).

⁶⁴ Przy czym należy mieć na uwadze, że oprócz ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem ich danych osobowych, przepisy RODO mają zapewnić swobodny przepływ danych osobowych (art. 1 ust. 1 i 3 RODO). Drugi ze wskazanych celów niewątpliwie zawiera w sobie aspekt ekonomiczny.

⁶⁵ Także w Polsce pojawiają się pierwsze sprawy dotyczące styku prawa konkurencji i ochrony danych, zob. np. postępowanie wyjaśniające wszczęte przez Prezesa UOKiK w sprawie *zasad przetwarzania danych osobowych przez Apple w ramach systemu iOS*. Zob. https://www.uokik.gov.pl/aktualnosci.php?news_id=18091&news_page=1 (18.12.2021).

⁶⁶ W ramach sprawy Facebook Bundeskartellamt konsultował się z organem ochrony danych osobowych. Przykładem współpracy może być także wspólne oświadczenie brytyjskiego organu ochrony konkurencji (*Competition & Markets Authority*) oraz brytyjskiego organu ochrony danych osobowych (*Information Commissioner's Office*) Zob. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/987358/Joint_CMA_ICO_Public_statement_-_final_V2_180521.pdf (18.12.2021).

- Douglas, E.M. (2021). *Digital Crossroads: The Intersection of Competition Law and Data Privacy*. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3880737 (14.11.2021).
- Kerber, W. i Zolna, K.K. (2020). *The German Facebook Case: The Law and Economics of the Relationship between Competition and Data Protection Law*. Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3719098 (11.11.2021).
- OECD. (2013). Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value. *OECD Digital Economy Papers*, (220). Paris: OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/5k486qtxldmq-en> (18.12.2021).
- Robertson, V.H.S.E. (2020). Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance in the Era of Big Data. *Common Market Law Review*, 57(13). Pozyskano z: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3408971 (18.12.2021).