

Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako nadużycie pozycji dominującej? Postępowanie *Bundeskartellamt* przeciwko Facebookowi

Spis treści

- I. Wprowadzenie
- II. Relacja prawa ochrony danych osobowych i prawa konkurencji w prawie i orzecznictwie unijnym
 1. Przenikanie się prawa ochrony danych osobowych i prawa konkurencji w gospodarce cyfrowej
 2. Dotychczasowa praktyka KE i TSUE
- III. Analiza głównych założeń postępowania *Bundeskartellamt* przeciwko Facebookowi
 1. Dlaczego zagadnienie ochrony danych osobowych jest ważne dla *Bundeskartellamt*?
 2. Odrębny rynek sieci społecznościowych i pozycja dominująca Facebooka
 - 2.1. Rynek właściwy
 - 2.2. Pozycja dominująca
 3. Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako eksploatacyjne nadużycie pozycji dominującej
 - 3.1. Przetwarzanie danych osobowych zebranych „na” i „poza” Facebookiem
 - 3.2. Czy Facebook narusza przepisy o ochronie danych osobowych?
 - 3.3. Pojęcie „nieuczciwość” w rozumieniu prawa konkurencji a naruszenie prawa ochrony danych osobowych
 - 3.4. (Brakujący) związek między domniemanym naruszeniem prawa ochrony danych osobowych a nadużyciem pozycji dominującej
 4. Czy organ ochrony konkurencji może rozstrzygać o naruszeniu prawa ochrony danych osobowych?
- IV. Wnioski

Streszczenie

Artykuł podejmuje próbę oceny głównych założeń postępowania wszczętego przez *Bundeskartellamt*, niemiecki urząd antymonopolowy, w marcu 2016 r. przeciwko Facebookowi, a tym samym odpowiedzi na pytanie, czy naruszenie prawa ochrony danych osobowych może stanowić nadużycie pozycji dominującej w rozumieniu unijnego prawa konkurencji. W szerszej perspektywie prowadzone przez *Bundeskartellamt* postępowanie rodzi również ważne pytania dotyczące m.in. relacji

* Doktorantka w Katedrze Prawa Europejskiego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego; e-mail: iga.malobacka@gmail.com.

między prawem konkurencji a prawem ochrony danych osobowych, zagadnienia uwzględniania kwestii ochrony danych osobowych w prawie konkurencji, a także kompetencji organów antymonopolowych do oceny naruszeń prawa ochrony danych osobowych.

Słowa kluczowe: dane osobowe; nadużycie pozycji dominującej; platformy internetowe; portale społecznościowe; prawo ochrony danych osobowych; prawo ochrony konkurencji; rynek cyfrowy.

JEL: K20, K21, K24, K42

I. Wprowadzenie

Wraz z rozwojem gospodarki cyfrowej przedsiębiorstwa coraz częściej opierają swoje modele biznesowe na danych osobowych, w szczególności na ich gromadzeniu, przetwarzaniu, pozyskiwaniu z nich wiedzy, a następnie wykorzystują rezultaty, jakie niosą ze sobą te procesy przy projektowaniu usług lub produktów (OECD, 2015, s. 178; Colangelo i Maggiolino, 2017, s. 363). W ostatnich latach wiele uwagi poświęcano zagadnieniu legalności przetwarzania danych osobowych przez te tzw. przedsiębiorstwa oparte na danych (*data-driven companies*)¹, takie jak Google, Amazon czy Facebook, które zbierają olbrzymie ilości danych osobowych (Geradin i Kuschewsky, 2014, s. 71). Przetwarzanie danych osobowych przez tych przedsiębiorców było przedmiotem kilku przełomowych spraw z zakresu prawa ochrony danych osobowych zarówno na poziomie unijnym², jak i krajowym³.

Sprawy te uwypukliły jednak ograniczenia krajowych i unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych (Koops, 2015), a także uświadomiły, że naruszenia prawa ochrony danych osobowych mogą nieść określone konsekwencje również dla innych dziedzin prawa, w szczególności prawa ochrony konsumentów i konkurencji (EDPS, 2014). Warto bowiem podkreślić, że dla takich podmiotów dane osobowe stanowią kluczowy element ich działalności (Kalimo i Majcher, 2017, s. 211), oraz, jak coraz częściej wskazuje się w literaturze, źródło ich siły rynkowej (Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, 2016, s. 11–13; Graef, 2015, s. 504).

W tych okolicznościach, w marcu 2016 r. Bundeskartellamt (dalej: BKartA), niemiecki organ antymonopolowy, ogłosił wszczęcie postępowania przeciwko Facebookowi⁴, podejrzewając, że spółka mogła dopuścić się nadużycia pozycji dominującej na rynku sieci społecznościowych. Nadużycie miałoby polegać na narzucaniu użytkownikom serwisu Facebook postanowień regulaminów (*terms of service*), które, w ocenie BKartA, wprowadzają ich w błąd i tym samym naruszają prawo ochrony danych osobowych⁵.

¹ Przez „przedsiębiorstwa oparte na danych” rozumiem firmy, które są w posiadaniu dużego zasobu danych (Big Data), szczególnie danych osobowych, a ich model biznesowy polega na przetwarzaniu tych danych i wydobywaniu z nich wartości (tj. wykorzystywaniu ich np. w celu polepszenia oferowanych usług czy produktów).

² Zob. np. wyr. TS z 13.05.2014 r. w sprawie C-131/12 *Google Spain SL, Google Inc. p. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González*, EU:C:2014:317, która ustanowiła tzw. prawo do bycia zapomnianym, czy wyr. TS z 6.10.2015 r. w sprawie C-362/14 *Maximilian Schrems p. Data Protection Commissioner*, EU:C:2015:650, w której TSUE unieważnił decyzję KE w sprawie „bezpiecznej przystani”.

³ Polityki Facebooka były analizowane przez organy ochrony danych w co najmniej 6 krajach: we Francji, Belgii, Niemczech, Holandii, Hiszpanii oraz we Włoszech, a niektóre z tych spraw zakończyły się nałożeniem kary na Facebooka (zob. Common Statement by the Contact Group of the Data Protection Authorities of The Netherlands, France, Spain, Hamburg and Belgium (2017). Pozyskano z: <https://www.cnil.fr/en/common-statement-contact-group-data-protection-authorities-netherlands-france-spain-hamburg-and> (5.08.2018).

⁴ Dokładnie przeciwko spółce Facebook Inc., irlandzkiemu oddziałowi spółki oraz spółce Facebook Germany GmbH.

⁵ Bundeskartellamt, Bundeskartellamt initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules', Press release, 2 March 2016. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html (23.07.2018).

Pomimo iż przedmiotowe postępowanie prowadzone jest wyłącznie na podstawie krajowego prawa konkurencji, to od początku budzi spore zainteresowanie środowiska prawniczego nie tylko w Niemczech, lecz także w całej Unii Europejskiej. Rodzi bowiem ważne pytania dotyczące m.in. relacji między prawem konkurencji a prawem ochrony danych osobowych oraz kompetencji organów antymonopolowych do oceny naruszeń prawa ochrony danych osobowych. BKartA. Zdaje się bowiem uzależniać stwierdzenie nadużycia pozycji dominującej od uprzedniego ustalenia, że Facebook naruszył przepisy prawa ochrony danych osobowych. Pytania te są natomiast istotne zarówno z punktu widzenia krajowego, jak i unijnego prawa konkurencji. W dobie gospodarki cyfrowej, mając na względzie intuicyjnie globalny charakter usług platform społecznościowych, takich jak Facebook, wydaje się, że skutki potencjalnie antykonkurencyjnych praktyk takich przedsiębiorstw mogą wykraczać poza granice jednego państwa członkowskiego. Z tego względu rozważania podjęte w niniejszym artykule uwzględniać będą również perspektywę prawa unijnego, w szczególności art. 102 TFUE i powstałe na jego gruncie orzecznictwo unijne.

Choć postępowanie jest w toku, na podstawie ustaleń dokonanych przez BKartA we wstępnej ocenie sprawy (*preliminary assessment*), poniższy artykuł podejmuje próbę oceny głównych założeń przedmiotowego postępowania, a tym samym odpowiedzi na pytanie, czy naruszenie prawa ochrony danych osobowych może stanowić nadużycie pozycji dominującej, a jeśli tak, to w jakich okolicznościach.

II. Relacja prawa ochrony danych osobowych i prawa konkurencji w prawie i orzecznictwie unijnym

Przed przejściem do analizy głównych założeń postępowania BKartA, należy omówić dotychczasowe poglądy dotyczące relacji prawa ochrony danych osobowych i prawa konkurencji w prawie i orzecznictwie unijnym, a także jakim zmianom relacja ta ulega w realiach gospodarki cyfrowej. Pozwoli to na lepsze zrozumienie kontekstu postępowania i powodów, dla których BKartA uznał naruszenie prawa ochrony danych za odpowiednie kryterium oceny legalności praktyk Facebooka z prawem ochrony konkurencji (Costa-Cabral i Lynskey, 2015, s. 34; BKartA, 2017).

1. Przenikanie się prawa ochrony danych osobowych i prawa konkurencji w gospodarce cyfrowej

Wskazanie obiektywnie przekonujących argumentów uzasadniających uwzględnianie kwestii dotyczących ochrony danych osobowych w ocenie zgodności praktyk rynkowych z prawem konkurencji nie jest łatwym zadaniem. Prawo ochrony danych osobowych i prawo konkurencji tradycyjnie ukształtowały się bowiem jako dwie niezależne dziedziny prawa, które posiadają własne cele, pojęcia i środki zaradcze. Co do zasady, są także egzekwowane przez odrębne organy publiczne. Kierując się takim podejściem, można argumentować, że włączanie kwestii dotyczących ochrony danych do prawa konkurencji prowadzi do niepotrzebnego zacierania granic między tymi dwoma, odrębnymi dziedzinami prawa oraz zagraża ich autonomii i samowystarczalności (Lamadrid, 2014).

Założenie to należy jednak skonfrontować z trwającą debatą nad przenikaniem się przepisów prawa konkurencji, ochrony danych i ochrony konsumentów⁶ oraz ich wzajemnej interakcji

⁶ Kwestie związane z ochroną konsumentów nie są jednak przedmiotem artykułu i nie będą dalej analizowane.

w realiach gospodarki cyfrowej (EDPS, 2014; Ohlhausen i Okuliar, 2015, s. 37–38). Wraz z rozwojem gospodarki cyfrowej teza o całkowitym rozgraniczeniu wszystkich trzech dziedzin prawa wystawiana jest obecnie na próbę (Costa-Cabral i Lynskey, 2015).

Jak zostało już wspomniane wyżej, w ostatnich latach pojawiły się nowe modele biznesowe, które opierają się głównie na przetwarzaniu danych osobowych, a następnie ich komercyjnym wykorzystywaniu (OECD, 2015, s. 178). Dane osobowe stały się jednocześnie niezbędnym wkładem (*essential input*) dla funkcjonowania przedsiębiorstw w gospodarce cyfrowej⁷, w szczególności dla platform internetowych, takich jak wyszukiwarki, sieci społecznościowe czy platformy handlu elektronicznego (Graef, 2016a, s. 249–256).

Bez dostępu do danych osobowych tego typu przedsiębiorcy nie są w stanie oferować produktów lub usług, które byłyby konkurencyjne w stosunku do produktów oferowanych przez przedsiębiorcę, który ma lepszy dostęp do danych oraz opinii użytkowników o danym produkcie czy usłudze (Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt, 2016, s. 8–11).

Ponadto, w przeciwieństwie do „starej gospodarki”, większość usług świadczonych przez platformy internetowe, takie jak wyszukiwarki, sieci społecznościowe lub platformy handlu elektronicznego, jest oferowana bezpłatnie, tj. ich użytkownik może korzystać z nich bez konieczności ponoszenia jakichkolwiek pieniężnych kosztów (Gal i Rubinfeld, 2015, s. 521). Takie stwierdzenie jest jednak tylko częściowo prawdziwe, ponieważ w zamian przedsiębiorcy zbierają znaczne ilości danych osobowych użytkowników (np. dotyczące ich profilu – wieku, płci, preferencji, zachowań w sieci). Dane te, z jednej strony, pozwalają im na udoskonalanie swoich produktów i usług, co sprawia, że przyciągają jeszcze więcej użytkowników, a z drugiej strony, umożliwiają oferowanie reklamodawcom usługi kierowania reklam do takiej grupy użytkowników, która będzie zainteresowana ich ofertą (tzw. reklama ukierunkowana, *targeted advertising*) (Burnside, 2015, s. 7; Graef, 2016, s. 2).

Działalność takich podmiotów prowadzona jest zatem w modelu rynku dwu- lub wielostronnego (Colangelo i Maggolino, 2017, s. 363), w którym istnieją co najmniej dwie grupy podmiotów – reklamodawcy (strona płażąca) oraz użytkownicy. W tym modelu reklamodawcy płażą za możliwość wyświetlania reklam użytkownikom i tym samym finansują darmowe korzystanie z serwisu użytkownikom, którzy nie muszą ponosić żadnych kosztów za korzystanie z serwisu (Auer i Petit, 2015, s. 8), z wyjątkiem tych informacyjnych i związanych ze zwracaniem uwagi na wyświetlane im reklamy (*information and attention costs*) (Newman, 2015, s. 165–172).

Bez tego istotnego wkładu, jakim są dane użytkowników, podmiot, który chce wejść na rynek może napotkać znaczące trudności, aby się na nim utrzymać. Musi on bowiem uzyskać krytyczną liczbę użytkowników po obu stronach rynku – z jednej strony użytkowników serwisu, z drugiej – reklamodawców⁸, a do tego niezbędnym czynnikiem są właśnie dane osobowe. Słuszne wydaje się zatem stwierdzenie, że dane, w szczególności dane osobowe, mogą stanowić źródło siły rynkowej (Graef, 2015, s. 501–504), a nawet pozycji dominującej takich przedsiębiorstw (Schneider, 2018, s. 217).

⁷ Powszechne stało się stwierdzenie, że dane stały się „nowym olejem” lub „nową walutą” gospodarki cyfrowej. Zob. *The Economist*, 2017; Vestager, 2016).

⁸ Jest dodatkowo utrudnione ze względu na istnienie na takich rynkach bezpośrednich i pośrednich efektów sieciowych oraz korzyści skali (Katz i Shapiro, 1985).

Uwzględniając te cechy gospodarki cyfrowej, wydaje się, że początkowe założenie dotyczące bezwarunkowego rozdziału prawa konkurencji i ochrony danych nie jest takie oczywiste. Wydaje się, że w realiach gospodarki cyfrowej zasady prawa konkurencji i ochrony danych wzajemnie na siebie oddziałują (Graef, 2016, s. 23), a sposób przetwarzania danych osobowych przez przedsiębiorstwa o uprzywilejowanym dostępie do danych może nieść ze sobą określone konsekwencje dla stanu konkurencji na rynku, na którym dane osobowe są aktywem o kluczowym znaczeniu.

Już w 2012 r. ówczesny komisarz ds. konkurencji, J. Almunia, wskazywał, że „przedsiębiorstwo dominujące może rozważać naruszenie przepisów dotyczących prywatności, aby uzyskać przewagę nad swoimi konkurentami” (Almunia, 2012). Główny argument kryjący się za tym rozumowaniem polega na tym, że przedsiębiorstwo posiadające pozycję dominującą, którego model biznesowy opiera się na przetwarzaniu danych osobowych, może uznać, że naruszenie prawa ochrony danych jest dla niego opłacalne. Naruszając przepisy o ochronie danych osobowych, będzie bowiem w stanie zebrać jeszcze większą ilość danych osobowych, które są jednym z najcenniejszych aktywów i źródłem pozycji rynkowej. Z jednej strony, umożliwiają mu bowiem tworzenie lepszych i bardziej konkurencyjnych produktów, przez co coraz więcej użytkowników będzie chciało korzystać z jego usługi. Z drugiej zaś – pozwalają na oferowanie usług reklamowych o jeszcze wyższej skuteczności, które z kolei są głównym źródłem jego dochodów.

Argument ten, pomimo iż popierany przez niektórych unijnych urzędników UE (m.in. Europejskiego Inspektora Ochrony Danych), nie znajduje jednak odzwierciedlenia w praktyce decyzyjnej KE oraz orzecznictwie TSUE.

2. Dotychczasowa praktyka KE i TSUE

Do tej pory zarówno Komisja Europejska, jak i TSUE, nie były chętne do uwzględniania kwestii związanych z ochroną danych przy ocenie spraw dotyczących zarówno praktyk ograniczających konkurencję, nadużywania pozycji dominującej, jak i kontroli koncentracji (Graef, 2016, s. 18).

W 2006 r. TSUE w wyroku w sprawie *Asnef-Equifax*, która dotyczyła umów między instytucjami finansowymi regulujących wymianę informacji o wypłacalności klientów (tj. danych osobowych), wskazał, że „ewentualne kwestie dotyczące wrażliwych danych osobowych nie podlegają jako takie prawu konkurencji, mogą być one rozstrzygnięte na podstawie właściwych przepisów o ochronie tych danych”⁹.

Komisja Europejska odrzuciła natomiast względy związane z ochroną danych osobowych podczas kontroli koncentracji w sprawach *Google/DoubleClick*, *Facebook/WhatsApp* i *Microsoft/LinkedIn*. W drugiej z przywoływanych spraw uznała, że „wszelkie kwestie związane z prywatnością wynikające ze zwiększonej koncentracji danych pod kontrolą Facebooka w wyniku transakcji nie są objęte zakresem unijnych przepisów prawa konkurencji, ale są objęte zakresem unijnych przepisów dotyczących ochrony danych osobowych” (decyzja w sprawie *Facebook/WhatsApp*, pkt 164). KE zauważyła co prawda, że konsumenci mogą postrzegać prywatność jako istotny czynnik wpływający na jakość towarów dostępnych w Internecie, a platformy internetowe mogą konkurować w dostarczaniu mniej lub bardziej przyjaznych dla prywatności produktów i usług

⁹ Wyr. TS z 23.11.2006 r. w sprawie C-238/05 *Asnef-Equifax p. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios*, EU:C:2006:734, pkt. 63.

(tj. prywatność może stanowić parametr konkurencji)¹⁰, ale nie wyciągnęła z tego stwierdzenia żadnych wniosków (Colangelo i Maggolino, 2017, s. 366).

Obie instytucje zdają się zatem podzielać ten sam pogląd, że kwestie związane z ochroną danych osobowych, co do zasady, powinny być rozpatrywane przez organy ochrony danych osobowych w oparciu o przepisy o ochronie danych osobowych, a nie na podstawie uregulowań z zakresu prawa konkurencji. W prawie ochrony danych osobowych należy zatem szukać rozwiązania konkretnych problemów związanych z ochroną tych danych.

Należy zarazem podkreślić, że stanowisko TSUE i Komisji nie oznacza jednak, że kwestie dotyczące ochrony danych osobowych i prywatności są całkowicie nieistotne z perspektywy ochrony konkurencji (Graef, 2016, s. 19). Obie instytucje wydają się bowiem stać na stanowisku, że każda z rozpatrywanych dziedzin prawa powinna służyć realizacji własnych celów, a dana praktyka może być oceniana zarówno z perspektywy prawa konkurencji, jak i prawa ochrony danych osobowych. Pod tym względem prawo ochrony danych osobowych i prawo konkurencji są w stosunku do siebie komplementarne i zapewniają kompleksowy system ochrony (Burnside, 2015, s. 4).

W tym kontekście postępowanie toczące się przeciwko Facebookowi w związku z podejrzeniem, że dostawca sieci społecznościowej nadużył swojej pozycji dominującej poprzez, *de facto*, naruszenie przepisów dotyczących ochrony danych, można rozpatrywać jako bezprecedensowe odejście od dotychczasowego podejścia unijnych instytucji (Schneider, 2018, s. 215).

III. Analiza głównych założeń postępowania Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi

W dniu 19 grudnia 2017 r. BKartA poinformował o wysłanej Facebookowi wstępnej ocenie sprawy oraz opublikował dokument informacyjny (*Background paper*), w którym przedstawił główne założenia toczącego się postępowania (BKartA, 2017). Choć postępowanie nie zostało jeszcze zakończone, dokument ten, wraz z relacjami prasowymi, pozwala zrozumieć i ocenić jego główne założenia.

1. Dlaczego zagrożenie ochrony danych osobowych jest ważne dla Bundeskartellamt?

W toczącym się postępowaniu BKartA stoi na stanowisku, że tam, gdzie dostęp do danych osobowych użytkowników jest niezbędny dla pozycji rynkowej przedsiębiorstwa, tak jak w przypadku Facebooka, kwestia, w jaki sposób przedsiębiorca ten wykorzystuje i przetwarza dane osobowe użytkowników przestaje mieć znaczenie wyłącznie dla organów ochrony danych i staje się równie istotna dla organów ochrony konkurencji (BKartA, 2017, s. 1–2).

BKartA uważa, że Facebook ma uprzywilejowany dostęp do danych osobowych swoich użytkowników i innych istotnych dla konkurencji danych. Natomiast w przypadku sieci społecznościowych, które są produktami opartymi na danych (*data-driven products*), dostęp do takich danych jest niezbędny do skutecznego konkurowania na rynku, w tym zarówno po to, aby oferować użytkownikom konkurencyjną, bezpłatną usługę, jak i spieniężać ją za pomocą usług reklamowych.

W kontekście ustaleń dotyczących przenikania się prawa ochrony danych osobowych oraz prawa konkurencji, trudno, przynajmniej w teorii, odmówić słuszności stanowisku BKartA. Warto

¹⁰ Dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, pkt. 87. Także: decyzja KE z 6.12.2016 w sprawie M.8124 – *Microsoft/LinkedIn*, przypis 330.

przy tym wskazać, że obecnie, po ostatniej nowelizacji niemieckiej ustawy antymonopolowej (*GWB, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)¹¹, dostęp do danych osobowych stanowi jeden z czynników, które należy wziąć pod uwagę, dokonując oceny siły rynkowej przedsiębiorstw, w szczególności platform internetowych i sieci społecznościowych (§ 18(3a)(4) *GWB*)¹².

2. Odrębny rynek sieci społecznościowych i pozycja dominująca Facebooka

Sprawa tocząca się przed Bundeskartellamt dotyczy podejrzenia nadużycia pozycji dominującej. Co do zasady, aby stwierdzić, że przedsiębiorstwo nadużyło pozycji dominującej w rozumieniu art. 102 TFUE lub w świetle krajowego prawa konkurencji (w Niemczech: § 19 *GWB*), niezbędne jest ustalenie, że posiada ono pozycję dominującą na określonym rynku właściwym. Pierwszym krokiem do dokonania takiej oceny jest zdefiniowanie rynku właściwego (w wymiarze produktowym i geograficznym). Następnie dopiero możliwe jest ustalenie, że dane przedsiębiorstwo zajmuje dominującą pozycję na tym rynku (Whish i Bailey, 2015, s. 190–191).

2.1. Rynek właściwy

W obecnym postępowaniu Bundeskartellamt zdefiniował odrębny rynek właściwy jako rynek sieci społecznościowych w Niemczech. W ocenie Bundeskartellamt, niemieccy użytkownicy głównie korzystają z Facebooka, aby pozostać w kontakcie ze znajomymi w Niemczech, dlatego też odpowiedni rynek geograficzny ogranicza się do terytorium Niemiec. Chociaż Bundeskartellamt przyznaje, że kilku mniejszych operatorów sieci społecznościowych działających na terytorium Niemiec, takich jak Google+, działa na tym samym rynku, to uważa, że mają oni jedynie ograniczoną substytucyjność względem Facebooka (BKartA, 2017, s. 3). Wyłącznie Facebook charakteryzuje się bowiem silnymi bezpośrednimi efektami sieciowymi (*direct network effects*). Jednocześnie, profesjonalne sieci (LinkedIn i Xing), usługi przesyłania wiadomości (WhatsApp i Snapchat) lub inne media społecznościowe (YouTube lub Twitter) nie są, od strony produktowej, uważane za część tego samego rynku właściwego, ponieważ z punktu widzenia użytkowników nie stanowią prawdziwych substytutów, lecz są komplementarne w stosunku do sieci Facebook¹³ (BKartA, 2017, s. 3).

W tym kontekście powstaje wątpliwość czy BKartA określił rynek właściwy w sposób prawidłowy. Wydaje się, że wskazanie rynku sieci społecznościowych jako rynku właściwego i skupienie się wyłącznie na ocenie sytuacji użytkowników, ignoruje fakt, że platforma internetowa, jaką jest Facebook, działa na typowym rynku dwustronnym (Semenuk, 2013, s. 33–34), na którym po jednej stronie są co prawda użytkownicy, ale po drugiej – znajdują się reklamodawcy, którzy „sponsorują” darmowe korzystanie z serwisu przez użytkowników. Bez reklamodawców serwis społecznościowy w przyjętym przez Facebook modelu nie mógłby istnieć (Semenuk, 2013, s. 35–36), stąd tym bardziej dziwi, że BKartA pominął tę część rynku w swojej analizie, która w konsekwencji wydaje

¹¹ Ta tzw. dziewiąta nowelizacja *GWB* weszła w życie 9 czerwca 2017 r. (*Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 01.06.2017*, BGBl. I 2017 S. 1416). Pozyskano z: https://www.bgbl.de/xaver/bgbl/start.xav?start=%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1416.pdf%27%5D#_bgbl_%2F%2F*%5B%40attr_id%3D%27bgbl117s1416.pdf%27%5D_1535193712907 (25.08.2018).

¹² § 18(3a)(4) *GWB* brzmi: „W szczególności w przypadku rynków wielostronnych i sieci, przy ocenie pozycji rynkowej przedsiębiorstwa należy również uwzględnić: (...) 4. dostęp przedsiębiorstwa do danych istotnych z punktu widzenia konkurencji” (tłumaczenie własne).

¹³ Warto wskazać, że do odmiennego wniosku doszła KE w swojej decyzji w sprawie Facebook/WhatsApp. Choć nie określiła dokładnie rynku właściwego i pozycji rynkowej Facebooka, to wskazała przedsiębiorstwa (Google+, LinkedIn, Twitter i MySpace), które w jej ocenie stanowią część tego samego środowiska konkurencyjnego, co Facebook (zob. dec. KE z 3.10.2014 r. w sprawie COMP/M.7217 – *Facebook/Whatsapp*, pkt 148; Huttenlauch, 2016, s. 5).

się na razie niekompletna. Zastanawiające jest również, jakie narzędzia służące wyznaczeniu rynku właściwego doprowadziły BKartA do takiej konkluzji. Istnieje zgodność co do tego, że tradycyjne narzędzia służące wyznaczeniu rynku właściwego (tj. test SSNIP) nie znajdują zastosowania w przypadku darmowych usług. Narzędzia te opierają się na badaniu substytucyjności usług w reakcji na wzrost cen (Breuvar, Chassaing i Perraut, 2016), a usługi oferowane przez serwis Facebook są (poza wyjątkami) z zasady nieodpłatne¹⁴.

W końcu, mając na względzie ustalenia KE w decyzji *Facebook/WhatsApp* dotyczące rynku geograficznego usług sieci społecznościowych, wątpliwości budzi jego ograniczenie do terytorium Niemiec. Badając rynek geograficzny tychże usług na potrzeby kontroli koncentracji, KE zwróciła uwagę, że powszechnym zjawiskiem jest – mając na względzie globalny zasięg Internetu – że te same serwisy społecznościowe są dostępne na całym świecie lub przynajmniej w większości regionów geograficznych i nie ma zasadniczych różnic w usługach oferowanych przez nie w różnych regionach geograficznych lub krajach, w szczególności w zakresie ceny, funkcjonalności i obsługiwanych systemów operacyjnych. Na podstawie tych czynników KE doszła do wniosku, że właściwy rynek geograficzny dla oceny sprawy obejmuje co najmniej EOG, choć istnieją również argumenty za uznaniem, że wymiar geograficzny rynku usług portali społecznościowych może mieć charakter globalny (decyzja w sprawie *Facebook/WhatsApp*, pkt 66–68). W kontekście powyższych uwag, tym bardziej zasadne wydaje się uwzględnienie w poniższych rozważaniach również perspektywy unijnego prawa konkurencji (w szczególności art. 102 TFUE).

2.2. Pozycja dominująca

Dominująca pozycja Facebooka na rynku sieci społecznościowych została ustalona natomiast w oparciu o wysoki udział w rynku¹⁵, bezpośrednie efekty sieciowe oparte na tożsamości (*identity-based direct network effects*)¹⁶, a także wysokie bariery wejścia. W ocenie BKartA, z powodu istnienia efektów sieciowych użytkownicy są „uzależnieni” od Facebooka (*locked-in*) i w praktyce nie mogą przejść do innej sieci społecznościowej (BKartA, 2017, s. 3).

Ponadto dostęp do rynku potencjalnych konkurentów jest dodatkowo utrudniony przez pośrednie efekty sieciowe. Oznacza to, że sieci społecznościowe, jako usługa finansowana z przychodów reklamowych, muszą osiągnąć krytyczną liczbę użytkowników (potencjalnych adresatów reklam) w celu oferowania konkurencyjnych usług reklamowych. Bez wystarczającej liczby użytkowników nowy podmiot nie będzie w stanie przetrwać na rynku. BKartA stwierdził również, że na analizowanym rynku użytkownicy nie korzystają równoległe z różnych portali społecznościowych (*multi-homing*), co potencjalnie mogłoby świadczyć przeciwko tezie o dominującej pozycji Facebooka¹⁷.

¹⁴ Wskazuje się, że alternatywą dla testu SSNIP mógłby być test SSNDQ (*small but significant non-transitory decrease in quality*), ale wydaje się, że jego zastosowanie w praktyce może być utrudnione (OECD, 2013).

¹⁵ W samych Niemczech Facebook posiada około 30 milionów użytkowników miesięcznie, z których 23 miliony korzysta z serwisu codziennie. BKartA doszła do wniosku, że Facebook posiada ponad 90% udziałów w rynku użytkowników sieci społecznościowych (BKartA, 2017, s. 3).

¹⁶ Efekty sieciowe oparte na tożsamości odzwierciedlają fakt, że gdy użytkownicy muszą wybierać sieć społecznościową, ich wybór będzie zależał od jej wielkości i możliwości znalezienia na niej osób, z którymi pozostawać w kontakcie.

¹⁷ W decyzji *Facebook/WhatsApp* KE choć stwierdziła, że efekty sieciowe mogą stanowić barierę wejścia i ekspansji na badanym rynku, to doszła ostatecznie do wniosku, że korzystanie przez użytkowników z różnych aplikacji jednocześnie (*multi-homing*) łagodzi potencjalny negatywny wpływ efektów sieciowych w tym zakresie (decyzja w sprawie *Facebook/WhatsApp*, pkt 131, 133). Co ciekawe, niektórzy wskazują przy tym, że *multi-homing* może być postrzegany jako źródło wyrównawczej siły nabywczej (*countervailing buyer power*), jeśli umożliwia użytkownikom przeciwdziałanie zwiększeniu siły rynkowej, do której prawdopodobnie mogłaby doprowadzić koncentracja (Ocello i Sjödin, 2018, s. 7). W przedmiotowej sprawie, korzystanie przez użytkowników z kilku serwisów społecznościowych jednocześnie mogłoby świadczyć o tym, że Facebook posiada mniejszą siłę rynkową niż wynikałoby to z posiadanego udziału w rynku i efektów sieciowych, a, co za tym idzie, mogłoby być użyte jako argument przeciwko tezie o jego dominującej pozycji na rynku.

Powyższe ustalenia doprowadziły BKartA do wniosku, że Facebook nie tylko posiada pozycję dominującą na rynku sieci społecznościowych, lecz także powinien być postrzegany jako quasi-monopolista (BKartA, 2017, s. 3). Jako taki ponosi natomiast szczególną odpowiedzialność, by swoim zachowaniem nie naruszać skutecznej i niezakłóconej konkurencji na rynku wewnętrznym.

Choć co do zasady wszystkie powyższe czynniki niewątpliwie mają teoretycznie wpływ na ocenę siły rynkowej platformy internetowej, takiej jak Facebook i mogą świadczyć o jej pozycji dominującej, to dotychczas przedstawione przez BKartA informacje niekoniecznie muszą prowadzić do jednoznacznej konkluzji, że Facebook jest „quasi-monopolistą”. W tak dynamicznym sektorze, jaki stanowią sieci społecznościowe, gdzie usługi oferowane są nieodpłatnie, udziały w rynku nie zawsze będą właściwym wyznacznikiem siły rynkowej, a kwestia tego, czy bariery wejścia na rynek są wysokie, może być dyskusyjna (Breuvert, Chassaing i Perraut, 2016, s. 44).

3. Naruszenie prawa ochrony danych osobowych jako eksploatacyjne nadużycie pozycji dominującej

Należy przypomnieć, że samo posiadanie pozycji dominującej przez przedsiębiorcę nie jest zakazane, natomiast niedozwolone jest jej nadużywanie, czyli taka praktyka, która przynosi szkodę innym uczestnikom rynku. Dlatego też po stwierdzeniu, że Facebook posiada pozycję dominującą na niemieckim rynku sieci społecznościowych, BKartA wskazuje na czym polega nadużycie siły rynkowej, którego miała dopuścić się spółka.

Co do zasady, praktyki stanowiące nadużycie pozycji dominującej mogą przybierać różne formy, a katalogi zakazanych praktyk w art. 102 TFUE, czy w krajowych ustawach antymonopolowych (w Niemczech: § 19 GWB) mają charakter otwarty (Whish i Bailey, 2015, s. 202). W doktrynie przyjmuje się, że istnieją dwa typy abuzywnych praktyk jednostronnych – praktyki wykluczające oraz praktyki eksploatacyjne (Skoczny, 2014). Pierwsza z wymienionych kategorii obejmuje takie rodzaje praktyk, które mają na celu lub skutkują wykluczeniem konkurentów z rynku właściwego i przez to ograniczeniem konkurencji. Z kolei nadużycie eksploatacyjne polega zasadniczo na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen zakupu lub sprzedaży, lub innych nieuczciwych warunków handlowych, a tym samym na wyzyskiwaniu klientów, dostawców lub konsumentów (Whish i Bailey, 2015, s. 213).

W rozpatrywanej sprawie BKartA zarzuca Facebookowi dopuszczenie się nadużycia polegającego na wyzyskiwaniu użytkowników, sprzecznego z § 19 GWB¹⁸. Wydaje się to konsekwencją uznania, że skutki potencjalnie abuzywnej praktyki Facebooka ograniczają się tylko do terytorium Niemiec i nie mają wpływu na handel między państwami członkowskimi. W kontekście uwag poczynionych co do prawidłowości określenia rynku właściwego, jak również przywołanych powyżej ustaleń KE w sprawie *Facebook/WhatsApp*, wydaje się, że praktyki Facebooka mogłyby mieć wpływ na handel między państwami członkowskimi i powinny być również oceniane na podstawie art. 102 TFUE.

Teoria szkody przyjęta przez BKartA opiera się na założeniu, że Facebook nakłada na użytkowników nieuczciwe (eksploatacyjne) warunki handlowe (w tym przypadku regulamin i politykę prywatności sprzeczną z przepisami prawa ochrony danych osobowych). Ich bezprawny charakter wynikać miałyby z uzależniania korzystania z sieci społecznościowej dominanta od udzielenia przez

¹⁸ Przepis prawa krajowego ustanawiający zakaz nadużywania pozycji dominującej, odpowiadający art. 102 TFUE.

użytkownika nieograniczonej zgody na wykorzystanie jego danych osobowych. Biorąc pod uwagę, że na rynku nie ma alternatywnej sieci społecznościowej, użytkownik jest zmuszony wybierać pomiędzy zaakceptowaniem „całego pakietu Facebooka” (tj. warunków i regulaminu Facebooka), w tym szerokiego zezwolenia na przetwarzanie swoich danych osobowych, a niekorzystaniem w ogóle z sieci społecznościowych (BKartA, 2017, s. 2). Co prawda nie są jeszcze znane dokładne argumenty BKartA w tym zakresie, ale wydaje się, że BKartA będzie musiał udowodnić, że Facebook ma tak dominującą pozycję na niemieckim rynku sieci społecznościowych, że nie daje użytkownikom możliwości innej niż bezwarunkowe wyrażenie zgody na wykorzystanie ich danych osobowych.

3.1. Przetwarzanie danych osobowych zebranych „na” i „poza” Facebookiem

BKartA wprowadza rozróżnienie między danymi użytkowników zebranymi za pomocą Facebooka (*on Facebook data*)¹⁹ oraz danymi użytkowników uzyskanymi z innych źródeł (*off Facebook data*), które obejmują usługi należące do Facebooka (np. WhatsApp lub Instagram), a także strony internetowe i aplikacje innych operatorów z wbudowanymi interfejsami API Facebooka (takimi jak przycisk „Lubię to” lub „Zaloguj się”). Co ciekawe, niniejsze postępowanie dotyczy zgodności z prawem warunków, jakie Facebook stosuje wyłącznie do danych zebranych ze źródeł zewnętrznych (*off Facebook*) i nie odnosi się do legalności przetwarzania danych zebranych na Facebooku (BKartA, 2017, s. 2).

Według BKartA, regulamin pozwala Facebookowi zbierać od użytkowników dane, gdy wywołują jedną ze stron internetowych podmiotów trzecich z wbudowanymi interfejsami API Facebooka, nawet jeśli zablokowali oni śledzenie sieci w przeglądarce lub ustawieniach urządzenia lub nie kliknęli opcji „Lubię to” lub „zaloguj się”. Dane zebrane w ten sposób są następnie łączone z danymi z konta użytkownika na Facebooku, tworząc szczegółowy profil każdego użytkownika. Wykorzystywanie danych osobowych generowanych przez użytkowników na Facebooku (*on Facebook*) nie jest przedmiotem bieżącego postępowania, ponieważ, jak wskazuje BKartA, w obrębie serwisu użytkownicy sami mogą wpływać na zakres danych zbieranych przez Facebooka na ich temat poprzez rozważne korzystanie z usługi i publikowanie treści. Ponadto, BKartA zauważa, że dane użytkowników są niezbędnym czynnikiem pozwalającym na funkcjonowanie serwisu, a sami użytkownicy, decydując się na korzystanie z takiej bezpłatnej usługi, mogą oczekiwać, że ich dane będą przetwarzane (BKartA, 2017, s. 2–3).

3.2. Czy Facebook narusza przepisy o ochronie danych osobowych?

Bundeskartellamt nie wyjaśnia dokładnie, na jakiej podstawie prawnej stwierdza, że doszło do naruszenia prawa ochrony danych osobowych i jakie dokładnie przepisy w tym zakresie zostały naruszone. Stwierdza natomiast, że jego ocena bazuje na zharmonizowanych przepisach dotyczących ochrony danych, w tym w szczególności ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych (RODO), a także obowiązującej do dnia 25 maja 2018 r. dyrektywie 95/46/WE o ochronie danych (BKartA, 2017, s. 5).

¹⁹ Do danych zebranych za pomocą Facebooka (*on Facebook data*) należą wszelkie dane wytworzone w efekcie korzystania przez użytkownika z funkcjonalności Facebooka, tj. dane identyfikacyjne użytkownika, które podaje przy rejestracji w serwisie (imię, nazwisko, data urodzenia, adres email), dane dotyczące jego preferencji, zainteresowań, miejsc, które odwiedza, czy też aktywności w serwisie (np. treści, które zwracają jego uwagę; reklamy, które wyświetla; posty, które komentuje) itp.

BKartA utrzymuje, że w zakresie oceny zgodności regulaminu Facebooka z przepisami o ochronie danych osobowych współpracuje ściśle z organami ochrony danych osobowych. Należy jednak podkreślić, że jak dotąd żaden niemiecki organ nadzorczy nie wydał decyzji, która stwierdzałaby naruszenie przez Facebook wskazanych regulacji.

3.3. Pojęcie „nieuczciwość” w rozumieniu prawa konkurencji a naruszenie prawa ochrony danych osobowych

Warto podkreślić, że BKartA uzależnia stwierdzenie „nieuczciwości” (*unfairness*) warunków transakcji w rozumieniu prawa konkurencji od ich niezgodności z prawem ochrony danych osobowych. Jak sugeruje jednak sam BKartA, sama niezgodność z prawem warunków handlowych nie zawsze przekładać się będzie na pojęcie „nieuczciwości” na potrzeby oceny praktyki nadużywania pozycji dominującej w rozumieniu § 19 GWB. Kluczowe zatem dla toczącego się postępowania jest określenie, kiedy niezgodność regulaminu z prawem ochrony danych osobowych mieści się w pojęciu „nieuczciwości” warunków transakcji w rozumieniu prawa konkurencji (Schneider, 2018, s. 222).

Pomimo iż zarówno krajowe (§ 19 GWB), jak i unijne przepisy prawa konkurencji zakazujące nadużywania pozycji dominującej (art. 102 TFUE) posługują się pojęciem nieuczciwości (odpowiednio: *Unbilligkeit* oraz *unfairness*), nie zostało ono nigdzie zdefiniowane, a doktryna i orzecznictwo w tym zakresie nie pozwala na wyraźne wyodrębnienie czynników, które świadczyłyby jednoznacznie za uznaniem warunków handlowych za nieuczciwe (Akman, 2012, s. 146). Na podstawie orzecznictwa TSUE można wskazać jednak szereg kryteriów, którymi posługiwał się TSUE przy ocenie uczciwości warunków transakcji. Należą do nich: bezwzględna konieczność, jednostronność, równowaga interesów obu stron, przejrzystość, obiektywne uzasadnienie oraz pewność (Kalimo i Majcher, 2017, s. 235). W orzecznictwie TSUE brak jest jednak przekonujących argumentów na poparcie tezy, że naruszenie przepisów innej dziedziny prawa automatycznie przekłada się na nieuczciwość w rozumieniu prawa konkurencji (Schneider, 2018, s. 223).

W tym kontekście zwraca się uwagę, że zarówno prawo konkurencji w art. 102 TFUE, jak i prawo ochrony danych osobowych w art. 6 dyrektywy 95/46/WE oraz art. 5 RODO w angielskich wersjach posługują się pojęciem „uczciwości” (*fairness*)²⁰ (Kalimo i Majcher, 2017, s. 231–232). Jednak pomimo że istnieją punkty styczne w zakresie rozumienia pojęcia „uczciwości” w prawie ochrony danych osobowych oraz prawie konkurencji, dokładna analiza tego pojęcia w obu dziedzinach prawa nie pozwala na stwierdzenie, że są one tożsame (Kalimo i Majcher, 2017, s. 232). Badanie rzetelności (*fairness*) przetwarzania danych osobowych sprowadza się m.in. do oceny przejrzystości przetwarzania, przekazania osobie, której dane dotyczą, pełnych informacji dotyczących przetwarzania, czy też uzyskania dobrowolnej zgody użytkownika. Wydaje się jednak, że w przypadku rynków cyfrowych rzetelność przetwarzania danych osobowych może być jednym z elementów analizy uczciwości warunków transakcji w rozumieniu zarówno krajowego, jak i unijnego prawa konkurencji (Kalimo i Majcher, 2017, s. 231–232), ale nie może stanowić jego istoty.

²⁰ Art. 102 TFUE zakazuje narzucania niesłuszných cen (*unfair prices*) albo niesłuszných warunków transakcji (*unfair trading conditions*). Art. 5 ust. 1 lit. a RODO oraz art. 6 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE nakazuje, aby przetwarzanie danych osobowych odbywało się rzetelnie (*personal data should be processed fairly*). Jak widać polskie wersje językowe ww. aktów prawnych nie posługują się pojęciem uczciwości, a odpowiednio „słuszności” (art. 102 TFUE) i „rzetelności” (art. 6 dyrektywy 95/46/WE oraz art. 5 RODO).

3.4. (Brakujący) związek między domniemanym naruszeniem prawa ochrony danych osobowych a nadużyciem pozycji dominującej

W końcu, najprawdopodobniej największym wyzwaniem, jakie stoi przed BKartA, jest powiązanie rzekomo niezgodnych z prawem warunków użytkowania Facebooka z nadużyciem pozycji dominującej (McLeod, 2016, s. 368).

Na poparcie swojego założenia, że ocena o niezgodności danego zachowania z prawem konkurencji może wynikać ze stwierdzonej niezgodności z prawem ochrony danych osobowych, BKartA przywołuje orzecznictwo niemieckiego Federalnego Sądu Najwyższego (*Bundesgerichtshof*; dalej: BGH) na gruncie § 19(1) GWB²¹. BGH stwierdził, że stosowanie nieuczciwych warunków umów przez przedsiębiorstwo dominujące może w zasadzie stanowić nadużycie w rozumieniu § 19 GWB, w szczególności, gdy ich zastosowanie jest konsekwencją pozycji dominującej lub przewagi konkurencyjnej posiadanej przez tę spółkę²². BGH zdaje się zatem uważać, że nieuczciwe warunki handlowe należy uznać za abuzywne w rozumieniu § 19 GWB wtedy, gdy zostały one ustanowione przez przedsiębiorstwo dominujące i zakłada, że warunki te nie zostałyby zaakceptowane w warunkach normalnej konkurencji (Schneider, 2018, s. 224). Odnosząc powyższe ustalenia do przedmiotowej sprawy, aby stosowanie polityki prywatności naruszającej przepisy o ochronie danych zostało uznane za nadużycie w rozumieniu § 19 GWB (albo odpowiednio: art. 102 TFUE) musiałyby być konsekwencją dominującej pozycji przedsiębiorstwa, które ją ustanowiło. W oparciu o powyższe orzecznictwo, BKartA stanął na stanowisku, że to w pozycji dominującej Facebooka na rynku właściwym zakorzeniona jest możliwość narzucania użytkownikom regulaminu usług. Nadużyciem pozycji dominującej w rozumieniu prawa konkurencji jest zaś stosowanie w tych narzuconych z pozycji siły rynkowej regulaminach postanowień sprzecznych z przepisami o ochronie danych osobowych.

Choć stanowisko BGH wydaje się co do zasady słuszne, w omawianej sytuacji trudno jednak ustalić jednoznaczny związek przyczynowy między stosowaniem warunków korzystania z serwisu, które naruszają prawo ochrony danych osobowych a pozycją dominującą spółki²³. Fakt, że Facebook jest w stanie narzucić użytkownikom warunki korzystania z serwisu naruszające ich prywatność nie wynika bowiem wyłącznie z posiadanej pozycji dominującej, a wydaje się, że głównie z podejścia samych użytkowników do swojej prywatności i fenomenu zwanego paradoksem prywatności (*privacy paradox*). Chociaż użytkownicy twierdzą, że prywatność i ochrona danych osobowych jest dla nich bardzo ważna, to w praktyce podejmują niewiele działań w celu ich ochrony (Barth i de Jong, 2017, s. 1039). Wyjaśnia to dlatego również podmioty, które nie posiadają znaczącej siły rynkowej, mogą narzucić swoim użytkownikom polityki prywatności niezgodne z prawem ochrony danych osobowych, ale nie mogłyby narzucić regulaminu sprzecznego z innymi przepisami prawa. Wydaje się, że w celu ustalenia, że Facebook nadużył pozycji dominującej, BKartA powinien wskazać dodatkowe argumenty i kryteria pozwalające powiązać rzekome naruszenie prawa ochrony danych osobowych z tymże nadużyciem.

²¹ Wyr. BGH z 7.06.2016 r. – KZR 6/15 w sprawie *Pechstein* oraz wyr. BGH z 6.11.2013 r. – KZR 61/11 w sprawie *VBL vs. Gegenwert*.

²² Wyr. BGH z 6.11.2013 r. – KZR 61/11 w sprawie *VBL vs. Gegenwert*, pkt 68.

²³ Warto jednocześnie wskazać, że TS w orzeczeniu *AstraZeneca* stwierdził jednak, że „do zakwalifikowania danego zachowania jako nadużycia pozycji dominującej nie jest konieczne, by było ono wynikiem lub stało się możliwe dzięki sile ekonomicznej przedsiębiorstwa” i nie jest wymagany żaden związek przyczynowo-skutkowy między pozycją dominującą a jej nadużywaniem. Zob. wyr. Sądu z 1.07.2010 r. w sprawie T-321/05 *AstraZeneca p. Komisji*, EU:T:2010:266, pkt. 267

4. Czy organ ochrony konkurencji może rozstrzygać o naruszeniu prawa ochrony danych osobowych?

W końcu należy rozważyć czy organ ochrony konkurencji może rozstrzygać o wystąpieniu naruszenia prawa ochrony danych osobowych. BKartA opiera swoją tezę o nieuczciwości warunków handlowych w rozumieniu prawa konkurencji na stwierdzeniu, że naruszają one przepisy prawa ochrony danych osobowych. Mając jednak na względzie, że jak dotąd żaden niemiecki organ ochrony danych osobowych nie stwierdził, że warunki korzystania z serwisu stosowane przez Facebooka naruszają prawo ochrony danych osobowych, stanowisko BKartA oznacza, że sam ten organ ma zamiar rozstrzygnąć o ich zgodności z tymże prawem.

Należy jednak wskazać, że kompetencja do egzekwowania prawa ochrony danych osobowych została na gruncie prawa krajowego wyraźnie przyznana organom ochrony danych osobowych, a nie organowi ochrony konkurencji. Jeżeli zatem ten drugi przyznaje sobie prawo do stwierdzenia istnienia naruszenia przepisów o ochronie danych, wchodzi w zakres kompetencji organów ochrony danych osobowych, a tym samym narusza konstytucyjną zasadę legalizmu²⁴. Zgodnie z tą zasadą, organy publiczne mogą działać wyłącznie na podstawie i w granicach określonych prawem. Prawo nie przyznaje natomiast BKartA kompetencji do rozstrzygania o naruszeniach prawa ochrony danych osobowych, a „ściśła współpraca z organami ochrony danych osobowych” nie wydaje się w tym zakresie wystarczająca. Wydaje się zatem, że BKartA, decydując się na prowadzenie postępowania w oparciu o powyżej przedstawione założenia, naraża się na zarzut działania poza granicami prawa, niezgodnie z konstytucyjną zasadą legalizmu.

Warto jednocześnie zaznaczyć, że gdyby naruszenie prawa ochrony danych osobowych zostało uprzednio stwierdzone przez właściwy organ ochrony danych lub sąd, taki zarzut nie mógłby być podniesiony. Niemniej jednak, w takiej sytuacji można byłoby zastanawiać się czy skoro, jak podnosi się w debacie publicznej, organy ochrony konkurencji mają ograniczone zasoby, powinny prowadzić postępowanie, które zostało już zbadane i usankcjonowane przez organy ochrony danych osobowych. Tym samym, choć obie dziedziny prawa mają odmienne cele i środki zaradcze, potencjalny negatywny wpływ takiej praktyki na konkurencję zostałby zniwelowany w ramach postępowania dotyczącego naruszenia ochrony danych osobowych, a zasoby organu ochrony konkurencji mogłyby zostać wykorzystane do ścigania innych naruszeń prawa konkurencji.

IV. Wnioski

Gospodarka cyfrowa stworzyła nowe wyzwania zarówno dla organów ochrony danych osobowych, jak i organów ochrony konkurencji. Jak pokazuje postępowanie prowadzone przez Bundeskartellamt przeciwko Facebookowi, naruszenia prawa ochrony danych mogą budzić niepokój organów ochrony konkurencji, w szczególności, jeżeli dopuszcza się ich przedsiębiorstwo o dominującej pozycji na rynku. Wydaje się, że w teorii naruszenie przepisów ochrony danych przez dominantów może prowadzić do nadużywania pozycji dominującej. W oparciu o materiały dotychczas opublikowane przez BKartA trudno jednak stwierdzić, w jaki sposób rzekome naruszenie prawa ochrony danych osobowych prowadzi do eksploatacyjnego nadużycia pozycji dominującej. Chociaż BKartA podkreśla, że musi istnieć „związek między takim naruszeniem

²⁴ Zasada legalizmu, choć nie jest wprost wyrażona w niemieckiej konstytucji (*Grundgesetz*) wywodzona jest z zasady demokratycznego państwa prawnego (*Rechtsstaat*), o której mowa w art. 20 niemieckiej konstytucji.

a dominacją na rynku”, nie wyjaśnia, na czym ten związek polega. Obraz postępowania, który wyłania się z obecnie dostępnych materiałów, rodzi zatem więcej pytań niż odpowiedzi. Nie wydaje się bowiem wystarczające stwierdzenie, że warunki korzystania z serwisu Facebooka naruszają prawo ochrony danych osobowych, a zatem są nieuczciwe w rozumieniu prawa konkurencji, a ponieważ użytkownicy nie mają innej możliwości niż zaakceptowanie ich w celu korzystania z sieci społecznościowej, to dochodzi do ich wyzysku i tym samym nadużycia pozycji dominującej przez Facebooka. Na obecnym etapie słuszność wielu kluczowych dla postępowania ustaleń BKartA budzi uzasadnione wątpliwości. Należy mieć nadzieję, że treść ostatecznej decyzji BKartA odpowie na wszystkie wątpliwości podniesione w artykule.

Bibliografia

- Akman, P. (2012). *The Concept of Abuse in EU Competition Law*. Oxford: Hart Publishing.
- Almunia, J. (2012). *Competition and personal data protection – Speech at Privacy Platform event on Competition and Privacy in Markets of Data*. Pozyskano z: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm.
- Auer, D. i Petit, N. (2015). Two-sided markets and the challenge of turning Economic Theory into Antitrust policy. *Working Paper Liege Competition and Innovation Institute*, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2552337>. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2552337> (23.07.2018).
- Autorité de la Concurrence i Bundeskartellamt. (2016). *Competition law and data. Joint Position Paper*. Pozyskano z: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf> (23.07.2018).
- Barth, S. i. de Jong, M.D.T.(2017). The privacy paradox – Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior – A systematic literature review. *Telematics and Informatics*, 34, 1038–1058.
- Breuvart, C., Chassaing, E. i Perraut, A. (2016). Big Data and Competition Law in the Digital Sector: Lessons From the European Commission’s Merger Control Practice and Recent National Initiatives. *Concurrences* N°3-2016, 41–55.
- Bundeskartellamt. (2017). *Background information on the Facebook proceeding*, 19 December 2017. Pozyskano z: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html?nn=3591568 (23.07.2018).
- Burnside, A. J. (2015). No Such Thing as a Free Search: Antitrust and the Pursuit of Privacy Goals. *CPI Antitrust Chronicle*, 5(2).
- Colangelo, G. i Maggolino, M. (2017). Data Protection in Attention Markets: Protecting Privacy through Competition?. *Journal of European Competition Law & Practice*, 8(6), 363–369, <http://dx.doi.org/10.1093/jeclap/lpx037>.
- Costa-Cabral, F. i Lynskey, O. (2017). Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. *Common Market Law Review*, 54(1), 11–50.
- European Data Protection Supervisor. (2014). *Preliminary Opinion of the EDPS, Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*. Pozyskano z: https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf (23.07.2018).

- Gal, M.S. i Rubinfeld, D.L. (2016). The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal*, 80(401), <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2529425>.
- Geradin, D. i Kuschewsky, M. (2014). Data Protection in the Context of Competition Law Investigations: An Overview of the Challenges. *World Competition*, 37(1), 69–102.
- Graef, I. (2015). Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, 38(4), 473–506.
- Graef, I. (2016). Blurring Boundaries of Consumer Welfare: How to Create Synergies between Competition. *Consumer and Data Protection Law in Digital Markets*. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2881969>.
- Graef, I. (2016a). *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*. Wolters Kluwer.
- Huttenlauch, A.B. (2016). How many “likes” for the German Facebook antitrust probe?. *Competition Policy International*. Pozyskano z: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/08/Huttenlauch.pdf> (4.08.2018).
- Kalimo, H. i Majcher, K. (2017). The concept of fairness: linking EU competition and data protection law in the digital marketplace. *European Law Review*, 42(2), 210–233.
- Katz, M.L. i Shapiro, C. (1985). Network externalities, Competition and Compatibility. *The American Economic Review*, 75(3), 424–440.
- Koops, B.J. (2014). The Trouble with European Data Protection Law. *Tilburg Law School Research Paper No. 04/2015*, <http://dx.doi.org/10.1093/idpl/ipu023>. Pozyskano z: <https://ssrn.com/abstract=2505692>.
- Lamadrid, A. (2014). *On Privacy, Big Data and Competition Law (2/2) On the nature, goals, means and limitations of competition law*. Pozyskano z: <https://chillingcompetition.com/2014/06/06/on-privacy-big-data-and-competition-law-22-on-the-nature-goals-means-and-limitations-of-competition-law/> (5.08.2018).
- McLeod, R. (2016). Novel But a Long Time Coming: The Bundeskartellamt Takes on Facebook. *Journal of European Competition Law & Practice*, 7(6), 367–368.
- Ocello, E. i Sjödin, C. (2018). Digital Markets in EU merger control: key features and implications. *CPI Antitrust Chronicle*. Pozyskano z: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2018/02/CPI-Ocello-Sjodin.pdf> (20.08.2018).
- OECD. (2013). *The Role and Measurement of Quality in Competition Analysis*. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf> (5.08.2018).
- OECD. (2015). *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*. Pozyskano z: <http://www.oecd.org/innovation/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm> (23.07.2018).
- Ohlhausen, M.K. i Okuliar, A. (2015). Competition, Consumer Protection, and the Right (Approach) to Privacy. *Antitrust Law Journal*, 80(1), 121–156.
- The Economist. (2017). The world’s most valuable resource is no longer oil, but data, 6 May.
- Vestager, M. (2016). *Competition in a big data world*, 17 January. Pozyskano z: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en (5.08.2018).
- Whish, R. i Bailey, D. (2015). *Competition Law*. London: Oxford University Press, <http://dx.doi.org/10.1093/law:ocl/9780199660377.001.0001>.