

Rickard Nilsson

## Personuppgifter som en nödvändig facilitet

*I vilken utsträckning tillåts EU:s dataskydds-och konkurrenslagstiftning samarbeta i syfte att främja en effektiv konkurrens?*

Kandidatuppsats i handelsrätt  
HARH01

Handledare: Jonas Ledendal

VT2017



**LUNDS UNIVERSITET**  
Ekonomihögskolan

<b>SUMMARY .....</b>	<b>4</b>
<b>SAMMANFATTNING .....</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR .....</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING .....</b>	<b>7</b>
1.1 BAKGRUND .....	7
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNING.....	8
1.3 METOD OCH MATERIAL .....	9
1.4 AVGRÄNSNING .....	10
1.5 FORSKNINGSLÄGE .....	12
1.6 DISPOSITION .....	12
<b>2. PERSONUPPGIFTER SOM EN VALUTA.....</b>	<b>14</b>
2.1 INLEDNING .....	14
2.2 PERSONUPPGIFTER.....	14
2.3 KOMMERSIELLT VÄRDE .....	14
2.3.1 <i>Fördelar för näringsidkaren</i> .....	16
2.3.2 <i>Fördelar för konsumenten</i> .....	17
<b>3. KARAKTÄRISTISKT FÖR SOCIALA NÄTVERK .....</b>	<b>18</b>
3.1 INLEDNING .....	18
3.2 DIREKT NÄTVERKSEFFEKT.....	18
3.3 INDIREKT NÄTVERKSEFFEKT .....	19
3.4 MISSVISANDE INFORMATION I FÖRETAGSKONCENTRATIONEN <i>FACEBOOK/WHATSAPP</i> .....	19
3.5 FLERSIDIGA AFFÄRSMODELLER.....	20
3.6 INLÅSNINGSEFFEKT OCH OMSTÄLLNINGSKOSTNADER .....	21
3.6.1 <i>Omställningskostnader i företagskoncentrationen Facebook/Whatsapp</i> .....	22
3.7 INNOVATION SOM ETT KONKURRENSMEDEL .....	22
<b>4. OM PERSONUPPGIFTER INTE HAR ETT PRIS, VILKET KOMMERSIELLT VÄRDE HAR DET DÅ? .....</b>	<b>24</b>
4.1 INLEDNING .....	24
4.2 VARFÖR PERSONUPPGIFTER INTE ÄR ETT KONKURRENSRÄTSLIGT PROBLEM .....	24
4.3 DATASKYDD SOM EN ICKE-PRISRELATERAD KONKURRENSFAKTOR .....	26
4.3.1 <i>Relevant produktmarknad för gratistjänster</i> .....	27
4.3.2 <i>Identifiera fler interrelaterade marknader</i> .....	28
4.3.3 <i>Tuff konkurrens från Facebook inom delningsekonomi</i> .....	30
4.4 ATT TILLSKRIVA ETT PRIS PÅ PERSONUPPGIFTER .....	31
<b>5. KONKURRENSRÄTT OCH PERSONUPPGIFTER .....</b>	<b>32</b>
5.1 INLEDNING.....	32
5.2 SAMBANDET MELLAN PERSONUPPGIFTER OCH KONKURRENSRÄTT.....	32
5.3 DATA SOM EN NÖDVÄNDIG FACILITET .....	33
5.3.1 <i>Leveransvägran</i> .....	34
5.3.1.1 C-241/91 P - RTE & ITP v Comission ('Magill') .....	34
5.3.1.2 C-418/01- IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Healrg GmbH & Co KG ('IMS Health') .....	35
5.3.1.3 C-7/97 - Oscar Bronner GmbH Co KV v Mediaprint.....	36
5.3.1.4 T-201/04 Microsoft mot kommissionen.....	36
5.3.2 HYPOTETISK MARKNAD .....	37
5.4 KAN PERSONUPPGIFTER UTGÖRA EN NÖDVÄNDIG FACILITET?.....	37
<b>6. DATASKYDD OCH KONKURRENSRÄTT .....</b>	<b>40</b>
6.1 INLEDNING .....	40
6.2 SKYDD AV PERSONUPPGIFTER SOM EN GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHET .....	40
6.3 DATASKYDDFÖRORDNINGEN .....	41
6.3.1 <i>Förordningens syfte</i> .....	41

6.4 KONKURRENSRÄTT OCH DATASKYDD .....	42
6.4.1 Områdena är inte helt irrelevanta för varandra .....	44
6.5 KAN EN PÅTVINGAD LEVERANS FÅ STÖD AV DATASKYDDSLAGSTIFTNING? .....	46
6.6 RÄTT TILL DATAPORTABILITET (RDP) .....	47
6.6.1 Mobiltelefonnummer (portabilitet) .....	49
6.6.2 Rätt till dataportabilitet och konkurrens .....	50
<b>7. ANALYS OCH SLUTSATS.....</b>	<b>54</b>

## Summary

The commercial value of personal data and the processing of these is of great value for players in the digital economy. The increased collection and processing of personal data poses risks and challenges not only to the protection of EU citizens' privacy and personal data, but also to the competitive environment on the internal market. New entrants may need access to personal data in order to compete on equal footing with an incumbent, such as a social network. The European Commission has not yet applied EU competition law in relation to companies' acquisitions, collection or handling of personal data. This essay focuses on a competition law analysis of the commercial value of personal data and if these data may constitute an essential facility under Article 102 TFEU. In order to do this, careful scrutiny is required to add a sustainable value to personal data, in terms of competition law. In this paper, it is suggested to identify two or more interrelated markets in a competition law analysis concerning markets for which personal data are of high value. By doing this, a greater view of how the use of personal data by dominant players can affect not only the market in question but also those that are related in one way or another.

By reason of if personal data could constitute an essential facility, the paper is consequently concerned with to what extent competition authorities can impose a transfer of personal data from one dominant player to an entrant and/or competitor.

Even though it is argued that EU competition law is able to impose restrictions of processing personal data due to the potential harm some actions could bring the internal market, this paper keeps a careful approach to such a conclusion. One must not forget that the protection of personal data is a fundamental right, and if the authorities impose obligations that are attached to this right, such a conclusion is not that easy to establish.

Further, the paper discusses a new right to data portability, introduced in the general data protection regulation. This new right can bring competitive legal effect, which is not be invoked by the authorities, but primarily by individuals for with the personal data concerns. Right to data portability is argued to function as a 'bridge' between data protection and competition law.

## Sammanfattning

Det kommersiella värdet av personuppgifter och behandling av dessa är av stort värde för aktörer i den digitala ekonomin. Den ökade insamlingen och behandlingen av personuppgifter utgör risker och utmaningar, inte bara för att skydda EU:s medborgares integritet och personuppgifter, men också för den fria konkurrensen på den inre marknaden. Nya aktörer kan behöva ha tillgång till personuppgifter för att kunna konkurrera på lika villkor med en etablerad, som ett socialt nätverk. Europeiska kommissionen har ännu inte definierat en marknad för personuppgifter enligt EU:s konkurrenslagstiftning i samband med företags förvärv, insamling eller hantering av personuppgifter.

Denna uppsats fokuserar på en konkurrenslagsanalys av det kommersiella värdet av personuppgifter och om dessa uppgifter kan utgöra en nödvändig facilitet enligt artikel 102 i EUF-fördraget. För att göra detta krävs noggrann granskning för att tillskriva ett värde för personuppgifter i konkurrensrättsliga termer. I den här uppsatsen föreslås att man identifierar två eller flera sammanhängande marknader i en konkurrensrättslig analys avseende marknader där personuppgifter är av högt värde. Genom att göra detta ges en större bild av hur användningen av personuppgifter av dominerande aktörer kan påverka inte bara den aktuella marknaden utan också de som på ett eller annat sätt är relaterade

På grund av att personuppgifter kan utgöra en väsentlig möjlighet är det därför fråga om huruvida konkurrensmyndigheterna kan påtvinga en leverans av personuppgifter från en dominerande aktör till en aktör och/eller konkurrent.

Trots att det hävdas att EU:s konkurrenslagstiftning kan införa restriktioner för behandling av personuppgifter på grund av den potentiella skada som vissa åtgärder kan leda till, håller denna uppsats ett försiktigt förhållningssätt till en sådan slutsats. Man får inte glömma att skyddet av personuppgifter är en grundläggande rättighet, och om myndigheterna ålägger skyldigheter som är knutna till denna rätt, är en sådan slutsats inte alltför lätt att fastställa.

Vidare diskuteras rätt till dataportabilitet, vilken införs i dataskyddsförordningen. Denna nya rättighet kan ge en konkurrenskraftig rättsverkan, som inte åberopas av myndigheterna, utan främst av enskilda personer för vilka personuppgifterna rör. Rätten till dataportabilitet hävdas fungera som en "brygga" mellan dataskydd och fri rörlighet för personuppgifter och konkurrenslagstiftning.

## Förkortningar

Artikel 29-gruppen	Article 29 Data Protection Working Party
CMA	Competition & Market Authority
EDPS	European Data Protection Supervisor
EU	Europeiska Unionen
Europakonventionen	Europeiska konventionen av den 4 november 1950 om skydd för de mänskliga rättigheterna
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt
Kommissionen	Europeiska kommissionen
KKV	Konkurrensverket
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
SOU	Statens offentliga utredningar

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Den digitala ekonomin bidrar till en stark utveckling av informations- och kommunikationsteknologi i form av sociala nätverk, vertikala och horisontella sökmotorer, molntjänster, e-handel etc. Genom att använda dessa tjänster lämnar konsumenterna från sig mängder av personuppgifter. Diskussioner vilka berör data och personuppgifter har växt starkt de senaste åren, mycket i ljuset av den nya dataskyddsförordningen.

Det argumenteras att den digitala ekonomin gör det möjligt för bolag att utöka sina marknadsandelar genom förvärv och behandling av personuppgifter.

Flersidiga affärsmodeller som till användare erbjuder sina gratis-tjänster i utbyte mot personuppgifter, men där dessa personuppgifter sedan på ett eller annat sätt tillskrivs ett monetärt värde, är konventionellt för den digitala ekonomin.

Intresset för data-drivna företagskoncentrationer ökar. År 2014 betalade Facebook \$ 19 miljarder för WhatsApp, ett bolag vars omsättning knappt översteg € 10 miljoner. Detta är en hög köpeskilling sett till andra liknande koncentrationer.<sup>1</sup> Mot bakgrund av detta och Zuckerbergs uttalande *‘WhatsApp is on a path to connect 1 billion people. The services that reach that milestone are all incredibly valuable’*<sup>2</sup> går det att argumentera för att personuppgifter värdesätts högt, trots att insamling oftast inte sker mot betalning, och att Facebook ämnade komma åt WhatsApps möjlighet till behandling av personuppgifter. Att inte låta nätverkseffekten svalna är i högsta grad viktigt för plattformars överlevnad och med anledning av låga inträdeshinder krävs det av ledande plattformar att konstant utveckla och förbättra plattformen. Detta för att inte riskera förlora användare, och därmed personuppgifter, till konkurrerande plattformar.

Än så länge har kommissionen inte definierat en marknad för varken personuppgifter eller dess användningsområde eftersom europeisk dataskyddslagstiftning inte skall tas i beaktande vid en konkurrensrättslig analys.<sup>3</sup> Däremot går det inte att komma ifrån det att sådana marknader där behandling av personuppgifter är av största betydelse också är koncentrerade

---

<sup>1</sup> Exempelvis Rakutens förvärv av Viber för \$ 905 miljoner, Facebooks förvärv av Instagram för \$ 1 miljard och Microsofts förvärv av Skype för \$ 8.5 miljarder.

<sup>2</sup> Seth Fiegerman, *‘Facebook to Buy WhatsApp for \$16 Billion’*, Mashable, 19 February 2014, <http://mashable.com/2014/02/19/facebook-whatsapp/>.

<sup>3</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm).

till ett fåtal bolag. Därför finns det anledning att undersöka i vilken utsträckning ifrågavarande rättsområde förhåller sig till varandra.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Som en del av strategin om den inre digitala marknaden skall samtliga personuppgiftsansvariga, vilka behandlar europeiska personuppgifter, från och med den 25 maj 2018 följa den nya dataskyddsförordningen. I de inledande raderna till förslag till förordningen går att tolka ett syfte som inte enbart koncentreras på en grundläggande rättighet om skydd av personuppgifter, men också på de utmaningar som den tekniska utvecklingen ställer på marknads- och konkurrensrätten.<sup>4</sup> Lågt förtroende för e-handel och för den digitala marknaden kan hämma utvecklingen av ny teknik. Befintliga inträdeshinder på vissa marknader gör att konsumenter och nykomlingar inte kan ta del av de möjligheter som den digitala ekonomin erbjuder.<sup>5</sup> Därför spelar ett tydligare, striktare och harmoniserande ramverk för behandling av personuppgifter en central roll i den digitala agendan för Europa.<sup>6</sup>

Även om dataskyddsförordningens innehåll inte skiljer sig markant från tidigare gällande dataskyddsdirektiv finns ändå nyheter. Kraven om ansvarighet förstärks och betydligt större sanktioner kan åläggas den som inte följer lagen. Rätt till tillgång, radering och begränsning av behandling är sedan tidigare känt. Rätt till dataportabilitet är däremot en ny sådan rättighet och denna innebär kortfattat att den registrerade har rätt att flytta personuppgifter från en personuppgiftsansvarig till en annan. Det praktiska utförandet av rätt till dataportabilitet är det som många argumenterar är mest kommer att bidra till konkurrens och därmed lättad av inträdeshinder på den inre (digitala) marknaden. Dessa argument får stöd av en annan marknadsspecifik reglering, nämligen rätt till nummerportabilitet.

Undersökningens primära syfte är således att pröva i vilken utsträckning personuppgifter, och/eller sådan data vilken blivit förädlad med stöd av personuppgifter, förhåller sig till europeisk konkurrensrätt. Eftersom rätt till dataportabilitet är den artikel i dataskyddsförordningen som argumenteras mest kommer påverka marknaden, ämnar undersökningen att vid diskussion om dataskydd primärt diskutera nyssnämnda lagrum. För

---

<sup>4</sup> Com(2012) 11 final s. 2.

<sup>5</sup> [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en).

<sup>6</sup> Com(2012) 11 final s.2, [https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market\\_en](https://ec.europa.eu/commission/priorities/digital-single-market_en).



att reda ut i vilken utsträckning personuppgifter förhåller sig till europeisk konkurrensrätt blir det nödvändigt att avgöra om en sådan diskussion ens är möjlig, alltså om personuppgifter kan diskuteras inom ramen för konkurrensrätten. Följande frågor ämnas besvaras;

1. Kan stora datamängder, särskilt personuppgifter, utgöra en s.k. nödvändig facilitet enligt EU:s konkurrensregler?
2. Kan ett socialt nätverks vägran att ge andra tillgång till stora mängder personuppgifter utgöra missbruk av dominerande ställning enligt EU:s konkurrensregler?
3. Hur förhåller sig bestämmelserna om dataportabilitet i EU:s dataskyddsförordning till unionens konkurrensregler och hur kan dessa dataskyddsbestämmelser användas för att främja en effektiv konkurrens?

### 1.3 Metod och material

Med beaktande av uppsatsens EU-rättsliga fokus har EU-rättslig metod tillämpats. Att använda denna metod innebär att studera, tolka och analysera EUs primärrätt, sekundärrätt, EU-domstolens rättspraxis samt förarbeten. EU:s rättskällehära präglas av den skillnad som råder mellan primärrätten och övriga rättskällor. Detta därför att primärrätten är skapad av medlemsländerna och tillerkänns således en politisk och demokratisk legitimitet, vilket gör att dess giltighet i princip inte går att ifrågasättas av EU:s institutioner.<sup>7</sup> De primärrättsliga källor som har studerats i denna undersökning är artikel 102 i Fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF).<sup>8</sup> Till sekundärrätten ingår sådana rättsakter som utfärdats med stöd av fördragen. Hit räknas förordningar, direktiv och beslut.<sup>9</sup> Således kommer primärrätt, sekundärrätt i form av bindande och icke-bindande rättsakter, EU-domstolens rättspraxis samt förarbeten att studeras och analyseras.<sup>10</sup> Viktigt att påpeka att primärrätten är bindande rättskällor vilka beaktas vid tolkningen av sekundärrätten.<sup>11</sup> EU-domstolens rättspraxis utgör ett komplement till den skrivna rätten och är därför relevant vid tolkningen och tillämpningen av sekundärrätten.<sup>12</sup> Det är EU-kommissionen som utreder och utdömer böter vid eventuell överträdelse av europeisk konkurrenslagstiftning. Kommissionen har även befogenhet att fatta

---

<sup>7</sup> Hettne och Otken Eriksson (2011) s. 42.

<sup>8</sup> *ibid.*

<sup>9</sup> *ibid.*

<sup>10</sup> *Ibid.* s 39.

<sup>11</sup> *Ibid.* s 41.

<sup>12</sup> *Ibid.* s 49.

bindande beslut.<sup>13</sup> Dessa beslut är bindande för såväl företag som nationella myndigheter och kan överklagas till EU:s tribunal och vidare till EU-domstolen. Vidare kan kommissionen genom rättsakter som riktlinjer, meddelanden och tillkännagivanden utveckla en rättslig ram vilken den kommer att handla inom vid framtida beslut, förutsatt att sådana rättsakter inte strider mot fördraget.<sup>14</sup> Detta betyder att kommissionen begränsar sitt utrymme genom att utfärda sådana rättsakter. EU-domstolen har bl.a. till uppgift att kontrollera om kommissionen följer dess egna utfärdade ramverk, vilket i sin tur betyder att riktlinjer, meddelanden och tillkännagivanden utfärdade av kommissionen har en bindande verkan, trots dess formellt sett icke-bindande rättsliga status.

Särskild uppmärksamhet har riktats åt essential facility-doktrinen i syfte att besvara fråga (1) och (2). Den nyssnämnda konkurrensrättsliga doktrinen tar sikte på sådana rättsfall där ett dominerande bolag ensamt besitter kontroll av en nödvändig facilitet och vägrar leverera denna facilitet utan att objektivt motivera varför. Syftet med att redogöra för doktrinen är alltså att undersöka i vilken utsträckning personuppgifter kan falla inom doktrinen. Undersökningen analyserar dels rättsfall erkända för ifrågavarande doktrin, dels andra rättsfall vilka direkt berör den intressekonflikt mellan dataskydd och konkurrensrätt som undersökningen lägger vikt vid.

För att kunna ge så riktiga svar som möjligt krävs enligt författaren att också lägga stor vikt vid det kommersiella värde som personuppgifter kan ha för vissa aktörer. Detta betyder inte nödvändigtvis att ett monetärt värde måste tillskrivas, eftersom detta tycks vara oerhört svårt, inte minst på grund av de många användningsområden vilka personuppgifter är nödvändigt. Undersökningen har inte för avsikt att lämna ett konkret tillämpningssätt på hur ifrågavarande data skall tillskrivas ett värde. Däremot öppnar författaren upp för tolkning om hur och i vilken utsträckning personuppgifter kan tillskrivas ett kommersiellt värde. Detta görs bl.a. genom att beakta doktrinen om att definiera flera interrelaterade marknader i samspel med argument om att dataskydd kan vara en icke-prisrelaterad konkurrensfaktor.

#### 1.4 Avgränsning

---

<sup>13</sup> Ibid. s 48.

<sup>14</sup> Ibid.

Med anledning av undersökningens val av metod sker således en avgränsning gentemot nationell rätt. Däremot blickar undersökningen mot nationella domstolsavgöranden och utredningar vid ett fåtal tillfällen i syfte att stärka vissa argument.

Mot samma bakgrund innehåller undersökningen ingen komparativ utblick gentemot andra länder. Många liknande undersökningar är av en sådan komparativ karaktär och framförallt jämförs och analyseras europeisk konkurrens-och dataskyddslagstiftning mot amerikansk. Flertalet av de rättsfall som lyfts i undersökningen har prövats även av amerikansk konkurrensmyndighet.<sup>15</sup> En sådan komparativ jämförelse utesluts inte enbart på grund av undersökningens begränsade omfattning, men också för att den praxis och doktrin vilken härrör från europeisk konkurrens-och dataskyddslagstiftning anses vara tillräcklig för att kunna genomföra en analys med likvärdig slutsats.

En genomgripande redogörelse av vare sig europeisk konkurrens-eller dataskyddslagstiftning kommer inte att ges. Fokus ligger på det kommersiella värdet av personuppgifter och på de punkter vilka berörs inom ifrågavarande rättsområden.

Den rådande konkurrensrättsliga diskussionen om värdet kring stordata och personuppgifter och vilken makt och förstärkt marknadsposition som kan bekomma den som besitter en stor och varierad mängd rör inte enbart artikel 102 FEUF. Ezechai och Stucke diskuterar en rad olika potentiellt konkurrensbegränsande samordnade förfarande i den mycket intressanta och inspirerande boken *Virtual Competition*. Bland annat argumenterar författarna för ett *Frenemie-scenario*, ett förfarande som ännu inte tillmätts den konkurrensrättsliga doktrinen. Anledningen till detta torde vara att friends och enemies inte i samma utsträckning haft möjlighet att samarbeta tidigare, i den fysiska/äldre ekonomin. Scenariot påvisar den komplexitet som råden inom den nya ekonomin. Exempelvis att Google i Uber investerat en stor summa pengar, fritt licensierat ut kartfunktion, har representanter i styrelsen och förser omvärlden med taxitjänsten genom Google play/mobil-app-affär (friends). Detta sker samtidigt som Google investerar i förarlösa bilar, vilka troligtvis kommer att konkurrera med Uber när tekniken och andra bestämmelser så tillåter (Enemies).

---

<sup>15</sup> Google/DoubleClick, Facebook/WhatsApp, etc.

Vidare förs en het debatt om att jämförelsesajter och e-handelsplattformar anses fått ett större inflytande i prissättning pga större tillförsel av data och information om internetanvändares beteende och dess inflytande på prissättning samt i vilken utsträckning s.k. MFN-klausuler (paritetsklausuler) kan anses vara konkurrensbegränsande.

Även om sådana förfaranden, som framförallt tycks beröra artikel 101 FEUF, är oerhört intressanta för en vidare bedömning om ökad tillförsel av data kan ge upphov till konkurrenshämmande förfaranden, finns inget utrymme i denna uppsats att diskutera detta.

## 1.5 Forskningsläge

Konkurrensverket, rådet, kommissionen, andra konkurrensmyndigheter i Europa och andra akademiker har de senaste åren uppmärksammat och diskuterat förhållandet mellan dataskydd och konkurrensrätt.<sup>16</sup> Många är överens om att konkurrensmyndigheter måste upprätthålla samma takt som utvecklingen kring användningen av data för att på ett korrekt sätt kunna fatta beslut om företagskoncentrationer och andra konkurrensrättsliga förfaranden.

Vidare återspeglas den komplexitet lagstiftaren, domstolen, kommissionen och andra konkurrensmyndigheter står inför vad gäller den intressekonflikt som råder mellan konkurrens- och dataskyddslagstiftning. Att tillskriva ett monetärt värde på data är i många fall den faktor som bidrar till störst diskussion. Detta är väsentligt för att kunna föra vidare en konkurrensrättslig analys.

## 1.6 Disposition

Kapitel 2 avser att redogöra en bredare introduktion till vilket värde personuppgifter har för näringsidkare och för individerna vilka uppgifterna rör.

I kapitel 3 redogörs för vissa av de karaktärsdrag vilka är typiska för digitala plattformar och framförallt för sociala nätverk. Eftersom undersökningens röda tråd är behandling av personuppgifter på en kommersiell och dominant nivå, finns anledning att också redogöra för detta fenomenets olika inslag och påverkan, i ett tidigt stadie. Den digitala marknaden präglas

---

<sup>16</sup> Se b.la. EDPS EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data* (2014); COM(2015) 192 final; CMA (2015); Van Gorp, & Batura (2015).

av innovation och att ständigt utveckla ny teknik i syfte att locka användare. Detta gäller inte minst för sociala medier och med anledning av detta läggs särskild vikt vid innovation. Syftet med att redogöra för flersidiga plattformar är att förklara komplexiteten inom den digitala ekonomin och den dynamik som marknaden återspeglar. Därför börjar den konkurrensrättsliga diskussionen att anas redan i detta mer generella kapitel om digitala plattformar och dess karaktärsdrag.

I det fjärde kapitlet kommer läsaren att få ta del av en analys kring hur ett kommersiellt värde kan tillskrivas data. Notera här att kapitel 2 i bredare drag beskriver vilket värde personuppgifter har, men för att kunna fullgöra en konkurrensrättslig analys krävs enligt författaren att också lägga fram förslag för hur personuppgifter kan tillskrivas ett värde. Notera här att värde inte nödvändigtvis betyder att ett pris skall tillskrivas, men att även andra konkurrensverktyg är minst lika angelägna.

I det femte kapitlet fördjupas diskussionen om i vilken utsträckning personuppgifter kan utgöra en nödvändig facilitet. Vikt läggs vid att redogöra för klassiska fall erkända inom doktrinen i syfte att sammanfoga argument om att personuppgifter är en nödvändig input för många bolag inom den digitala ekonomin och framförallt för sociala nätverk.

I det sjätte kapitlet introduceras läsaren till grundläggande rättigheter om skydd av personuppgifter, dataskyddsförordningen och vilka dataskyddsrättsliga principer om behandling av personuppgifter som anses vara nödvändig för argumentationen om en rättsligt påtvingad leverans kan ske, samt om rätt till dataportabilitet. Det är här undersökningens pusselbitar ämnar falla på plats.

I det sjunde och sista kapitlet analyseras uppsatsens innehåll och slutsatser dras mot bakgrund av dessa.

## 2. Personuppgifter som en valuta

### 2.1 Inledning

Detta avsnitt avser att redogöra för vilket kommersiellt värde personuppgifter har och hur bolag såväl som privatpersoner nyttjar denna information.

### 2.2 Personuppgifter

Behandling av konsumentdata och personuppgifter har alltid värderats högt av företag. Att ständigt utveckla och förbättra den erbjudna produkten eller tjänsten, erbjuda bättre service och riktad reklam, blir lättare med ju mer företaget vet om dem som konsumerar det saluförda. Därför är personuppgifter och behandlingen av denna essentiell för många aktörer inom den digitala, men även för den fysiska, ekonomin.

I nu gällande europeisk dataskyddslagstiftning definieras personuppgifter: *varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person (...), varvid en identifierbar fysisk person är en person som direkt eller indirekt kan identifieras särskilt med hänvisning till en identifierare som ett namn, ett identifikationsnummer, en lokaliseringssuppgift eller onlineidentifikatorer eller en eller flera faktorer som är specifika för den fysiska personens fysiska, fysiologiska, genetiska, psykiska, ekonomiska, kulturella eller sociala identitet.*<sup>17</sup>

### 2.3 Kommersiellt värde

Kommissionen argumenterar för att det inte enbart är mängden data men även dess variation som spelar roll.<sup>18</sup> Vad som kan tolkas utifrån detta är att företag kan få en betydligt mer utökad och detaljerad profil om användare/kunder när behandlad data härrör från olika onlinetjänster.

Desto fler användare som brukar en digital plattformstjänst, desto mer personuppgifter samlas in. Ju mer den enskilde brukar plattformen, desto mer samlas om den specifika användaren. Detta bidrar till större *mängd* och *variation* av personuppgifter.

Googles sökmotor förbättras efter varje sökning, eftersom algoritmer tar hänsyn till vad användaren har sökt efter och vilken länk den sedan klickar på.<sup>19</sup> Ju mer träffsäkra sökresultat

---

<sup>17</sup> se art. 4.1 Förordning 2016/679 ('Dataskyddsförordningen').

<sup>18</sup> Mål COMP/M.4731 – *Google/DoubleClick*, para. 273.

<sup>19</sup> Stucke & Grunes (2016) p. 14.04.

en sökmotor ger, desto större blir chansen att användare använder samma tjänst vid nästa sökning och att nya användare ansluter.<sup>20</sup>

I januari 2015 uppdaterades Facebooks integritetsvillkor, vilken har blivit kritiserad eftersom bolaget nu kan behandla data från en större mängd källor.<sup>21</sup> Horisontellt samlar Facebook in personuppgifter från samarbetspartners och andra sammankopplade plattformar. Den vertikala expansionen, dvs. bolag som integrerats i plattformen t.ex. Instagram och WhatsApp, samt utveckling av nya funktioner, leder till en växande variation av insamlad data och därmed till ökade möjligheter för mer detaljerad annonsering.<sup>22</sup> Detta har lett till att Facebooks möjlighet att följa och bygga på användares profiler och preferenser ökar exponentiellt.<sup>23</sup> Alltså, företag som besitter en större mängd personuppgifter från olika tjänster och marknader (variation) hamnar i en bättre position eftersom de då har möjlighet att skapa en mer heltäckande bild om varje konsument och dennes preferenser.<sup>24</sup> Detta argumenteras vara en stordriftsfördel eftersom bolaget får större intäkter med större mängd och bredare variation data.<sup>25</sup>

Det kommersiella värdet av personuppgifter ligger inte endast i datat i sig, men också i den teknik som kan utvinna och förädla datat.<sup>26</sup> Det krävs alltså avancerade analysverktyg och algoritmer för att kunna dra meningsfulla slutsatser om preferenser och annat som för bolaget är intressant att veta om användaren. Detta betyder således att personuppgifter kan ses som en input-produkt.<sup>27</sup>

Plattformar kan använda sig av samma data samtidigt, men till olika ändamål.<sup>28</sup>

Det kommersiella värdet av personuppgifter kan illustreras med den ovilja, som exempelvis Facebook uttrycker, att dela med sig av data till konkurrenter och andra.<sup>29</sup> Uppgifterna användas b.l.a. för att mer effektivt kunna rikta reklam till potentiella kunder, ge dem specialerbjudanden och på annat sätt profilera individer. Fler användare innebär fler annonsörer, fler annonsörer innebär större intäkter.<sup>30</sup>

---

<sup>20</sup> Graef (2015) s. 387-386.

<sup>21</sup> B. Van Alsenoy, V. Verdoodt, R. Heyman, et al., (2015) s. 10.

<sup>22</sup> Ibid.

<sup>23</sup> Ibid.

<sup>24</sup> Inge Graef, (2016) s. 249 – 280.

<sup>25</sup> Lerner (2014) s. 41-42.

<sup>26</sup> Manne & Sperry (2015), s. 10.

<sup>27</sup> Graef (2016) ss 125 – 154.

<sup>28</sup> CMA, *the commercial use of consumer data* (2015) s. 75.

<sup>29</sup> Under Facebooks Terms of Service on Safety (3.2), förbjuder Facebook tredje part att samla information: ”*Du får inte samla in användares innehåll eller uppgifter, eller på annat sätt skaffa åtkomst till Facebook, via automatiserade metoder (t.ex. harvester-robotar, robotar, spindlar eller scrapers) utan vårt tillstånd*”, se: <https://www.facebook.com/terms>; Se även: Van Gorp & Butara (2015), s.9 .

<sup>30</sup> Graef (2016) ss. 9 – 54.

### 2.3.1 Fördelar för näringsidkaren

Riktad, beteendebaserade, marknadsföring är ett resultat av att konsumenterna mer och i större utsträckning avslöjar genom att kommunicera och dela med sig av allt mer personlig och detaljerad information. Beteendebaserad marknadsföring kan därför ses som en konsekvens av att konsumenten tillåter företaget att mer eller mindre konstant observera dennes internetaktivitet.<sup>31</sup>

Personuppgifter kan utöver de rent finansiella tjänsterna, som möjligheten till riktad reklam, användas som en input även för att förbättra exempelvis en sökmotors resultat.<sup>32</sup> Desto fler återkopplingar på eventuella fel, desto snabbare kan sökmotorn kalibrera och rätta sökresultatet.<sup>33</sup> Ökade trafikvolymerna gör att fler ”försök och misstag” blir möjliga och därigenom förbättras sökresultaten för samtliga användare, även för annonsörerna. Sökmotorns nytta för den enskilde användaren ökar med ju fler som använder samma sökmotor.<sup>34</sup> Detta kan även liknas vid Facebooks ”flöde” och Amazons ”you might also like”. Aktörer vill konstant utveckla till att erbjuda exakt sådant som den enskilde användaren kan tänkas vara intresserad av. En användares aktuella plats vid sökning, information om vad som söks och vilka länkar som sedan trycks på, är exempel på vad en sökmotor samlar in vid varje söktillfälle. Informationen analyseras sedan i syfte att utveckla tjänsten och att förbättra framtida sökresultat för användaren. Misstagen är sådant som inte intresserar användaren och detta antar algoritmer om en användare inte klickar på en länk e.d. Plattformars algoritmer lär sig alltså av användarna, med syfte att få dem att stanna vid plattformen under så lång tid som möjligt.

Vidare innebär insamling av personuppgifter till en början höga fasta kostnader, med låga marginalkostnaderna för vidare ökad produktion, lagring och analys.<sup>35</sup> Ett resultat av detta är att stordrifts- och kostnadsfördelar skapas för stora företag vilka behandlar stora mängder

---

<sup>31</sup> Graef, Inge (2016) ss. 9-54.

<sup>32</sup> Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice E (2016) s. 133.

<sup>33</sup> Ibid.

<sup>34</sup> Ibid., 134.

<sup>35</sup> CMA, *The commercial use of consumer data*, p. 3.41.



personuppgifter. Detta riskerar ge upphov till att snedvrida konkurrensen i form av inträdeshinder.<sup>36</sup>

### 2.3.2 Fördelar för konsumenten

En av de tydligaste fördelarna med behandling av personuppgifter för konsumenterna är att utbudet gratistjänster ökar. Företag inom den digitala ekonomin utvecklar affärsmodeller vilka konsumenter tar del av kostnadsfritt, exempelvis mejl, sociala medier, sökmotorer och jämförelsesidor. I utbyte mot dessa tjänster lämnar konsumenten personuppgifter och därför argumenteras personuppgifter utgöra en slags valuta.<sup>37</sup> Detta är dock inget som alla konsumenter räknar med när de använder sig av en kostnadsfri tjänst, eftersom många inte är medvetna om i vilken utsträckning uppgifterna blir behandlade.<sup>38</sup>

Om Facebooks plattform inte varit flersidig, alltså att enbart användare hade tagit nytta av plattformen – att den var fri från annonser – hade plattformen säkerligen inte varit lika eftertraktad, eftersom den för användaren troligtvis hade kostat pengar. Facebook har uttalat sig om att ”*the size of our user base and our users’ level of engagement are critical to our success.*”<sup>39</sup> Om Facebooks användare succesivt skulle sluta använda plattformen hade också annonsörernas incitament för annonsering sjunkit, vilket hade försämrat intäkter och vinst för plattformen.

Även om målet utifrån ett företagsekonomiskt perspektiv med ovan nämnda algoritmer vilka analyserar försökt och misstag, är denna teknik tveklöst användbar och uppskattad även av konsumenten. Att kostnadsfritt få tillgång till de källor och rekommendationer som sökmotorer av varierande slag erbjuder, att kostnadsfritt använda högteknologiska kartfunktioner, kommunikationsverktyg och annat, är förstås någonting som uppskattas av konsumenten.

Mot denna bakgrund kan det argumenteras att gratistjänster är en effektiv affärsmodell i syfte att locka fler kunder och därmed behandla mer data.

---

<sup>36</sup> *ibid.*

<sup>37</sup> EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data* (2014), p. 2.2; Ocello, Sjödin och Subočs (2015) s. 6; Vestager (2016); Stucke & Grunes (2016) para. 1.26.

<sup>38</sup> Van Gorp & Batura (2015) s. 34.

<sup>39</sup> Facebook, Form 10-K for the Fiscal Year Ended December 31, (2014) s.9.

## 3. Karaktäristiskt för sociala nätverk

### 3.1 Inledning

I föregående kapitel har redogjort för vilket värde personuppgifter har för näringsidkaren såväl som för individen. Det är nu, i följande kapitel, undersökningen ämnar ta fäste vid vilken effekt personuppgifter kan åstadkomma i större volym, vilket samspel denna effekt har mellan berörda parter och hur behandling av personuppgifter i större omfattning kan hämma konkurrensen därmed vara skadlig för användaren. Även om läsningen nu avgränsas till att i största mån redogöra för affärsmodeller och karaktärsdrag med fokus på sociala nätverk och Facebook, skall noteras att dessa även är vanligt förekommande för många aktörer inom den digitala ekonomin.

Notera även att när texten uttrycker sig om *användare* betyder detta en sådan användare som lämnar ut personuppgifter vid användning av tjänsten.

### 3.2 Direkt nätverkseffekt

Ett nätverk i ekonomiska termer innebär att en grupp konsumenter konsumerar samma vara och/eller varor som är relaterade till denna vara. Effekten är att detta bidrar till fördelar för varje konsument när det totala antalet konsumenter ökar.<sup>40</sup> Ett klassiskt exempel är mobiltelefonen. När den första personen köpte en mobiltelefon var den för henne tämligen oanvändbar. Däremot, ju fler som började använda sig av mobiltelefon, desto större nytta får också samtliga som använder en. Likadant är det för Facebook. Ju fler som anslöt sig till nätverket, desto större nytta fick de som tidigt gick med. Denna typ av nätverkseffekt är *direkt* nätverkseffekt, i den mån det totala antalet användare av en produkt eller tjänst direkt påverkar den enskilde konsumentens användning av samma produkt.<sup>41</sup> Ett etablerat socialt nätverk med många användare och annonsörer uppnår, på grund av de direkta och indirekta nätverkseffekterna, stora fördelar för såväl användarna som annonsörerna. Nya användare och

---

<sup>40</sup> Scotchmer (2005) s. 288.

<sup>41</sup> *ibid.*

annonsörer är således mer benägna att ansluta sig till ett befintligt socialt nätverk istället för ett nyetablerat.<sup>42</sup>

### 3.3 Indirekt nätverkseffekt

Med *indirekt* nätverkseffekt menas att desto fler konsumenter som använder den ena sidan av plattformen, desto mer ökar plattformens värde för de på den andra sidan.<sup>43</sup> Detta kan beläggas med att desto fler användare i Facebooks nätverk, desto fler annonsörer manas köpa annonsplatser hos Facebook, eftersom den beteendestyrd marknadsföringen kommer att nå fler potentiella kunder. Detta bidrar således till ökade intäkter för Facebook, som då kan utveckla och förbättra plattformen, vilket i sin tur gynnar användaren på andra sidan plattformen. Stordriftsfördelar kan därför skapas när antalet användare ökar. Desto större en plattformens nätverkseffekt är, desto mer krävs av sådana som ämnar träda in och konkurrera. Plattformar vill konstant samla in och behandla ny data från varje enskild användare och ett minst sagt effektivt sätt att så göra är att låsa in konsumenter på båda sidor plattformen.

### 3.4 Missvisande information i företagskoncentrationen *Facebook/WhatsApp*

I sin utredning av företagskoncentrationen *Facebook/WhatsApp* menar kommissionen att nystartade, motsvarande, applikationer har möjlighet att växa och konkurrera oavbrutet utan ett större nätverk i bakfickan. Bland annat nämns den framgång LINE och WeChat har haft – 400 miljoner aktiva medlemmar på tre år – och att detta är ett bevis på att en etablerad nätverkseffekt kan spela mindre roll på en marknad som präglas av dynamiska förändringar och enkelheten i att nå nya slutanvändare.<sup>44</sup> Detta styrker således ett argument om att starka nätverkseffekter inte är oöverbärliga. Vidare i samma utredning uppmärksammas möjligheten att för Facebook inkludera WhatsApp i Facebooks nätverk. Kommissionen menar att detta inte är troligt eftersom det medför tekniska svårigheter, b.la. med att identifiera

---

<sup>42</sup> Graef, Wahyuningtyas och Valcke (2015) s. 378; Evans (2003) s. 362.

<sup>43</sup> *ibid.*

<sup>44</sup> Mål No COMP/M.7217 - *Facebook/ WhatsApp* para. 132.

användare: Facebook använder Facebook-ID och WhatsApp telefonnummer.<sup>45</sup> Vidare menar kommissionen att en sådan integrering av plattformar medför en stor risk för Facebook eftersom användare enkelt kan byta till en annan motsvarande tjänst. En sådan integrering är därför inte trolig.<sup>46</sup>

Kommissionens argument och slutsats om integrering i form av att slå samman de två kommunikationsverktygen till en må vara riktig. Däremot, med bakgrund av de nämnda förändringar i Facebooks allmänna villkor, kan bedömningen om att Facebook inte skulle inkludera WhatsApp i sitt nätverk anses vara felaktig. Detta är också något som kommissionen i efterhand verkar återupptagit eftersom WhatsApps integritetspolicy nu tillåter Facebook att använda WhatsApp-användarnas data för att tillgodose sin egen plattform.<sup>47</sup> I ett senare mål dömdes WhatsApp till konkurrensskadeavgift eftersom bolaget i sitt uppdaterade användaravtal tillåter personuppgifter att delas med Facebook. Förändringen är tvingad att acceptera för att kunna använda tjänsten.<sup>48</sup> På samma grunder har även EU-kommissionen ålagt Facebook att betala €110 miljoner i böter.<sup>49</sup>

### 3.5 Flersidiga affärsmodeller

En flersidig marknad uppstår när en aktör säljer två, eller fler, produkter till två, eller fler, olika kundgrupper där efterfrågan från den ena gruppen är beroende av efterfrågan från den andra.<sup>50</sup> Exempelvis om en plattform agerar mellanhand åt de som riktar beteendestyrd reklam från ena sidan plattformen till användarna på andra sidan plattformen.

Den indirekta närverkseffekten har en nära relation till plattformens flersidiga marknad, eftersom värdet för annonsörerna på ena sidan plattformen ökar parallellt med antalet användare på andra sidan.

---

<sup>45</sup> *ibid.*, para 138.

<sup>46</sup> *ibid.*, para 139.

<sup>47</sup> European Commission – Press release, *Mergers: Commission alleges Facebook provided misleading information about WhatsApp takeover*, Bryssel, 20 december, 2016. Se även Griffin, *The independent: WhatsApp data start being shared with Facebook: App asks for permission to share personal data with owner*.

<sup>48</sup> Fildes, Nic och Politi, James, *WhatsApp fined €3m over Facebook data sharing in Italy*, 12 maj 2017 Financial times. Se länk: <https://www.ft.com/content/2fdb5f34-3728-11e7-bce4-9023f8c0fd2e>.

<sup>49</sup> *Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover* [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1369\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm).

<sup>50</sup> Filistrucchi et al (2014) s. 296.

Flersidiga plattformar uppstår i syfte att minska transaktionskostnaderna mellan två av varandra beroende parter.<sup>51</sup> För att illustrera denna minskning av transaktionskostnader är Blocket.se ett bra exempel. Denna digitala handelsplats för andrahandsvaror gör det möjligt för köpare och säljare att handla med varandra utan några större transaktionskostnader.

### 3.6 Inlåsningsseffekt och omställningskostnader

Omställningskostnader uppstår vid byte från en produkt eller tjänst till en annan. Ju starkare en konsument eller annonsör är inlåst, desto dyrare blir det att byta till en konkurrerande plattform. Detta är inget nytt för onlinetjänster.<sup>52</sup> Omställningskostnader skapar starkare marknadsinflytande vilket ger företag möjlighet att sätta ett högre eller lägre pris, försämrade kvalitet, skapa inträdeshinder för nykomlingar och generellt sett försvåra konkurrensen på marknaden.<sup>53</sup> Traditionellt har företag skapat omställningskostnader genom att erbjuda lojalitetsrabatter etc. Det är sällan ett socialt nätverk, eller en annan online plattform, behöver locka kunder med sådana metoder. Istället nyttjar sådana nätverk sin nätverkseffekt för att låsa in, och därmed höja omställningskostnaderna för, användare. Att Facebooks användare inte byter socialt nätverk för att Facebook har överlägset bra integritetspolicy är inte sant. Fundamentet till inlåsningsseffekt är snarare brist på konkurrens från andra sociala nätverk. Omställningskostnaden för att byta från Facebook till ett annat socialt nätverk är inte för användaren en ekonomisk börda, men snarare en social och inte minst beror detta på att konkurrensen i realiteten inte fungerar. Genom att byta socialt nätverk riskerar användare att inte längre kunna kommunicera med de vänner, grupper och andra kommunikationsvägar som Facebook erbjuder. Empiriska studier visar att höga omställningskostnader hämmar konkurrensen och därmed hindrar effektiv konkurrens.<sup>54</sup> Klemperer kommer fram till att dessa kostnader generellt sett leder till högre priser och effektivitetsförluster, i synnerhet på en marknad som består av oligopol.<sup>55</sup> Genom att göra produkter och/eller tjänster inkompatibla med konkurrenters gör att konsumentens incitament för att byta till annan leverantör

---

<sup>51</sup> Evans (2008) s. 1995.

<sup>52</sup> Moura (2014) s. 7.

<sup>53</sup> *ibid.*

<sup>54</sup> *ibid.*

<sup>55</sup> Klemperer (1995) s. 536.

minskar.<sup>56</sup> När tillräckligt många annonsörer och användare är inlåsta, och har svårigheter att byta tjänst på grund av låg interoperabilitet och omställningskostnader, möter större plattformar ett mindre hot från nykomlingar och därmed kan också incitamenten för innovation svalna.<sup>57</sup> När företaget sedan har den stabila marknadsställning som eftersträvs, riskerar incitamenten att bibehålla befintliga kunder starkare än att hitta nya.<sup>58</sup> Om det är sant att (höga) omställningskostnader är en fara för konkurrensen, och därmed välfärden, är lagstiftaren på rätt spår gällande rätt till dataportabilitet, en rätt som för användaren möjliggör att flytta alla data som rör honom eller henne från en personuppgiftsansvarig till en annan.

### 3.6.1 Omställningskostnader i företagskoncentrationen *Facebook/Whatsapp*

EU-kommissionen ser även över eventuella omställningskostnader i *Facebook/WhatsApp*.

Här drar kommissionen slutsatsen att omställningskostnaderna för kommunikationsapplikationer är låg. Slutsatsen dras mot bakgrund av att motsvarande tjänster enkelt kan konkurrera om marknaden, eftersom inträdeshinder också betraktas som låg. Dessa tjänster kan sedan spridas som en löpeld, (WhatsApp nådde en miljon användare bara några få månader efter introduktion) är enkla att ladda ner, enkla att lära sig och efter en kort tid har konsumenten vant sig vid den nya applikationen.<sup>59</sup> Att byta till en motsvarande applikation anses därför inte utgöra några betydande kostnader och därför kan inga konkurrensrättsliga bekymmer, exempelvis höjda inträdeshinder, väckas på grund av omställningskostnader i målet. Detta utesluter dock inte det faktum att användare, och dennes personuppgifter, är inlåsta och att höga omställningskostnader är för handen vid byte av socialt nätverk.

### 3.7 Innovation som ett konkurrensmedel

Den dominant konkurrensfaktorn för digitala plattformar är innovation snarare än pris. Marknader vilka bygger på insamling av personuppgifter karakteriseras av snabba förändringar av produkter såväl som tjänster.<sup>60</sup> Även om nya aktörer inte träder in och konkurrerar med dominant bolag kan marknadens krav på utveckling ändå leda till

---

<sup>56</sup> Ibid.

<sup>57</sup> Van Gorp & Batura (2015) s. 9.

<sup>58</sup> Klemperer, Paul *The Review of Economic Studies*, Vol. 62, No. 4 (Oct., 1995) pp. 515-539, s. 516.

<sup>59</sup> Mål COMP/M.7217 *Facebook/WhatsApp*, p. 108-126.

<sup>60</sup> Graef, Wahyuningtyas, och Valcke (2014) s. 2.

konkurrenstryck och därmed minskar risken för missbruk av dominerande ställning.<sup>61</sup> Om ett företag, vars marknadsställning är dominerande, ständigt förbättrar och utformar sina produkter till konsumentens fördel ökar också möjligheten för bolaget att kunna agera på marknaden oberoende av sina konkurrenter, vilket i sin tur kan leda till konkurrensrättsliga problem. Om en sådan oberoende situation uppstår riskerar incitamenten till innovation och utveckling att avta. Även om inträdeshinder för en marknad kan öka om ett dominerande bolag fått tillräckligt stora marknadsandelar är det inte inträdeshindret som skapar störst problem för konkurrensen bland digitala plattformar, men snarare att kunna överleva på marknaden. Vem som helst kan träda in med en innovativ idé, men att överleva är desto svårare. Detta krav på innovation, både för etablerade som för nykomlingar, gör att gränserna för marknaden allt oftare omdefinieras.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Van Gorp och Batura (2015) s. 7.

<sup>62</sup> *ibid.* s. 24.

## 4. Om personuppgifter inte har ett pris, vilket kommersiellt värde har det då?

### 4.1 Inledning

För att med god grund kunna tala om personuppgifter inom ramen för EU:s konkurrenslagstiftning krävs att också hitta en väg att tillskriva ett pris, eller åtminstone ett värde som på ett eller annat sätt kan kopplas till intäkter. Inledningsvis framförs argument om varför personuppgifter inte går att diskutera inom ramen för konkurrensrätten. Detta besvaras sedan med argument vilka författaren anser kan ligga till grund för att tillskriva ett kommersiellt värde på personuppgifter.

Eftersom undersökningens fäster avseende vid den intressekonflikt som råder mellan europeisk konkurrens- och dataskyddslagstiftning, är det med konkurrensrättsliga argument och framställningar som författaren presenterar olika lösningar på hur ett värde kan tillskrivas data. Många är överens om att definiera marknaden inte borde ses som ett mål i sig, men snarare som ett medel i en större identifiering av en marknadsaktör.<sup>63</sup> Författaren tolkar detta som en uppluckring av termen relevant produktmarknad att även innefatta sådant som inte har en direkt prislapp tillskansad.

### 4.2 Varför personuppgifter inte är ett konkurrensrättsligt problem

Vissa menar att personuppgifter och annan 'stordata' inte faller inom ramen för konkurrensrätten b.l.a. eftersom den digitala ekonomin karaktäriseras av låga inträdeshinder och att personuppgifter typiskt sett inte är ett krav för inträde eftersom denne används i ett senare led för att förbättra tjänsten, produkten eller plattformen, efter att en kunddatabas är etablerad.<sup>64</sup> Om ett bolag faktiskt måste ha en viss typ av data för att kunna träda in på en viss marknad är det inte heller kostsamt för bolaget att erhålla denna.<sup>65</sup>

Vidare går det att argumentera för att data helt står utanför ramen för konkurrens eftersom samma data, från samma användare, kan samlas in och behandlas till samma profil – av olika bolag.<sup>66</sup>

D.S. Tucker och H.B. Wellford skriver att ”*Personal data used as an input to another product cannot constitute a relevant product market because a product market presupposes that a*

---

<sup>63</sup> Greaf (2016) s. 77-122; Bergh och Camesasca (2006) s. 119.

<sup>64</sup> Tucker och Wellford (2014) s. 1.

<sup>65</sup> se 2.3.1 i denna undersökning.

<sup>66</sup> Tucker och Wellford (2014) s. 3-4.



*product or service is available to customers. Only where data is sold to customers could providing that information potentially constitute a relevant market.”*<sup>67</sup>

Detta stämmer däremot inte överens med vad som går att utläsa från domen i *IMS Health*, där domstolen slår fast att det är tillräckligt att identifiera en potentiell eller hypotetisk marknad för varor och tjänster vilka är nödvändiga för utövandet av en viss verksamhet och att det föreligger faktisk efterfrågan för utövande av en sådan verksamhet.<sup>68</sup> Detta skall uppsatsen behandla närmare i senare avsnitt.

Vidare argumenterar samma författare, mer eller mindre logiskt, att personuppgifter som samlas in av en högst upp i ett produktionsled men som inte sedan handlar med datat inte kan omfattas av ett SSNIP-test eftersom ingen vidare handel försiggår.<sup>69</sup> Utan hänsyn till att personuppgifter argumenteras vara en ny typ av valuta, att Google värdesätter personuppgifter till en viss summa, att Facebook och Google för en ARPU, och att data tillskrivs ett värde genom beteendebaserad annonsering, kvarstår enbart att insamlad personuppgifter in inte får ett monetärt värde eftersom den inte genererar intäkter.<sup>70</sup> Detta scenario gör personuppgifter tämligen oanvändbara.

När personuppgifter används endast som en input för kostnadsfria varor eller tjänster kan inga personuppgiftsrelaterade intäkter identifieras och inget värde kan tillskrivas data på detta sätt. Detta medför svårigheter vid fastställande av marknadsinflytande.<sup>71</sup> Exempel på sådant bolag är WhatsApp, som kan anses vara en del av en potentiell marknad för någon form av behandling av data, men som inte från någon sida plattformen tar betalt för tjänsten och därmed tillskrivs inget värde på data.

Mängden personuppgifter och variationen på denna är troligtvis ingen adekvat grund att stå på vid kalkylering av marknadsandelar, eftersom det är svårt att urskilja vilken information som ett företag mest värdesätter. Uppgifter vilka enbart informerar om en användares kön, ålder och civilstånd är troligtvis inte lika mycket värt som data vilken påvisar ett speciellt beteende vid en plattform.<sup>72</sup>

Vinsten och intäkterna som ett bolag kan erhålla genom att licensiera personuppgifter för riktad annonsering indikerar på hur framgångsrikt bolaget är på marknaden och därmed kan

---

<sup>67</sup> *ibid.* s. 4.

<sup>68</sup> *IMS Health* para 44-6, se även *Magill* och *Bronner*.

<sup>69</sup> D.S Tucker och H.B. Wellfors (2014) s. 5.

<sup>70</sup> Se: *Ezrachi & Stucke* (2016) s. 235.

<sup>71</sup> *Graef* (2016) s. 266.

<sup>72</sup> *ibid.*

marknadsandelar för ett bolag identifieras på en relevant marknad för en viss typ av data.<sup>73</sup>

Detta tillvägagångssätt förutsätter däremot att man kan definiera en marknad för data.

I samband med företagskoncentrationen *TomTom/Tele Atlas* definierade kommissionen en relevant marknad för ”digital map databases”. Denna definition kan argumenteras vara konventionell eftersom produkten (data) såldes till tillverkare och producenter, såsom TomTom.<sup>74</sup>

I företagskoncentrationen *Facebook/WhatsApp* underlät sig kommissionen att definiera en marknad för data och dataanalysverktyg eftersom ingendera av parterna var aktiva inom en sådan marknad.<sup>75</sup>

I *Telefónica/Vodafone/Everything Everywhere* avvägde kommissionen om det var nödvändigt att dela upp den relevanta marknaden för dataanalysverktyg till två; (1) ”stillastående” online-marknadsföring och (2) marknadsföring i mobiltelefoner, eftersom tjänsterna kräver olika data, i olika mängd och variation.<sup>76</sup> Trots argumentet om att möjligen kunna definiera två separata marknader lämnade kommissionen den fullkomliga definitionen öppen, eftersom flera andra aktörer har åtkomst till liknande data.<sup>77</sup>

Än så länge har kommissionen inte definierat en marknad för varken personuppgifter eller dess användningsområde.<sup>78</sup>

#### 4.3 Dataskydd som en icke-prisrelaterad konkurrensfaktor

De flesta företag inom den digitala ekonomin använder personuppgifter endast som en input till att förbättra sina tjänster gentemot användare och annonsörer. Att främja en effektiv konkurrens på den inre marknaden, att främja konsumentintressen samt att skydda konsumentens valmöjligheter, är konkurrensrättens främsta syften.<sup>79</sup> Vidare vägleds kommissionens tillämpning av gemenskapens konkurrensregler av någonting som kan tolkas vara en konsumentstandard, där konsumentens intresse av att få ta del av låga priser, effektivitet och produktivitet som uppstår vid effektiv konkurrens.<sup>80</sup> Att beakta inte enbart

---

<sup>73</sup> *ibid*; Se även OECD (2013) s. 20.

<sup>74</sup> Mål COMP/M.4854 – *TomTom/Tele Atlas* para. 17-19.

<sup>75</sup> Mål COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp*, para. 70-72.

<sup>76</sup> Mål No COMP/M.6314 – *Telefónica UK/ Vodafone UK/ Everything Everywhere/ JV* para. 199- 200.

<sup>77</sup> *ibid*. 203.

<sup>78</sup> Almunia (2012).

<sup>79</sup> se c-501/06 P, C515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited mot kommissionen* para. 63.

<sup>80</sup> Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företagsmissbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder p.5.

konkurrensmässiga priser, men även kvalitet och andre icke-prisrelaterade faktorer argumenteras falla inom ramen för konsumentintressen.<sup>81</sup>

Facebook tydliggör i sin integritetspolicy att de inte säljer användarnas data.<sup>82</sup>

I *Facebook/WhatsApp* diskuterar kommissionen någonting som kan tolkas som icke-prisrelaterade konkurrensverktyg, nämligen vad användarna värdesätter hos en kommunikationsapplikation.<sup>83</sup> En försämring av ett icke-prisrelaterat konkurrensverktyg går att argumentera vara en kvalitetsförsämring. Enligt den för målet genomförda marknadsundersökningen värdesätts data- och integritetsskydd av konsumenter.<sup>84</sup> Därför torde en försämring av dataskydd anses som försämring av kvalitet. Vidare, för att baka in argumentet om att användare betalar med sina personuppgifter, alltså att detta är att anse vara en ny typ av valuta, kan även en förändring av integritetsskydd ses som en förändring av pris. Alltså, om ett företag till konsumentens nackdel försämrar integritetspolicier/användarvillkor, kan detta anses vara en prishöjning eller en kvalitetsförsämring. Ett sådant resultat kan anses vara konkurrensbegränsande och därmed utgöra överträdelse enligt europeisk konkurrenslagstiftning.<sup>85</sup>

#### 4.3.1 Relevant produktmarknad för gratistjänster

Att definiera marknaden borde spela en central roll även för bedömning av marknadsandelar för aktörer inom den digitala ekonomin. Karaktäristiskt för flersidiga plattformar är en ökad sannolikhet för att komma att vara dominant.<sup>86</sup> Många digitala plattformar, som Facebook, Google och Amazon, har för avsikt att bygga upp en stark nätverkseffekt och att erbjuda gratistjänster till användaren på ena sidan verkar vara effektivt. Gratistjänster är således ytterligare ett karaktärsdrag för flersidiga plattformar.<sup>87</sup> Därför blir kvalitet och innovation viktigare konkurrensfaktorer, snarare än pris.

Eftersom användare i många fall förväntar sig av online-tjänster att vara gratis skulle det faktum att om en avgift tas ut, även om det bara är en symbolisk avgift om exempelvis sek 1

---

<sup>81</sup> EDPS, *privacy and competitiveness in the age of big data*, (2014) s. 16; Mål COMP/M.5727 *Microsoft/Yahoo*, par. 100 ; Mål COMP/M.6281 *Microsoft/Skype*, par. 81.

<sup>82</sup> Facebook, Facebook hjälpcenter, *säljer Facebook mina uppgifter?*.

<sup>83</sup> COMP/M.7217 *Facebook/WhatsApp* p. 87.

<sup>84</sup> *ibid.*

<sup>85</sup> Ocello, Sjödin och Suboč (2015) s. 6.

<sup>86</sup> Graef, Valcke och Wahyuningtyas (2015) s. 378.

<sup>87</sup> *ibid.*

öre per Google-sökning, kunna få ett stort antal användare att byta till annan motsvarande sökmotor där användarnas tillgång fortfarande är gratis.

Detta medför svårigheter med de metoder som konkurrensmyndigheter i dag använder sig av vid definition av relevant produktmarknad, eftersom dessa fokuserar på pris.<sup>88</sup> När pris inte är ett konkurrensverktyg blir det därför naturligt att konkurrera om produktens, eller tjänstens, kvalitet. I övrigt, sett till hur kommissionen har dömt i b.la. *Google/DoubleClick* och *Facebook/WhatsApp* och att riktlinjer o.d. kräver ett pris för beräkning, är det alltså inte möjligt att definiera en relevant marknad för personuppgifter enligt gällande konkurrenslagstiftning.<sup>89</sup>

#### 4.3.2 Identifiera fler interrelaterade marknader

För att i en konkurrensrättslig bedömning mäta ett dominerande bolags marknadsandelar krävs att mäta denna och detta kan göras med ett SSNIP-test ('testet'). Testet går ut på att mäta om en mindre men signifikant prishöjning på en produkt (5-10%) under en varaktig period (vanligtvis ett år) kan medföra att denne blir utbytbar mot andra produkter, dvs. att konsumenten väljer, på grund av prishöjningen, att ersätta produkten mot en annan.<sup>90</sup> Om så är fallet definieras samtliga utbytbara produkter att tillhöra den relevanta produktmarknaden.<sup>91</sup>

Å ena sidan kan problem uppstå vid definition av marknad för en digitala plattformar där tjänsten erbjuds gratis, och ämnar att förbli gratis - vilket gör att en varaktig förändring inte kan ske.

Å andra sidan kan testet indikera på i vilken utsträckning konsumenter efterfrågar kvalitet och innovationspotential. Exempelvis om en prishöjning från 0 till 1 SEK kan innebära att användare ändå stannar kvar.

---

<sup>88</sup> Ibid. s. 3 (not 15), se även Kommissionens tillkännagivande *om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning* p. 15.

<sup>89</sup> Kommissionens tillkännagivande *om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning* p. 15-18.

<sup>90</sup> Bergh, Roger Van den & Camesasca, Peter D., *European competition law and economics: a comparative perspective*, 2. ed., Sweet & Maxwell, London, 2006, s. 111.  
se även: EGT 1997 C 372/5, 9.12.1997 (97/C 372/03) – Kommissionens tillkännagivande *om definition av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*, para 15. Detta tankeexperiment kan tolkas vara synonymt med ett SSNIP-test.

<sup>91</sup> Filistrucchi et al s. 295.

Testet är framtaget för att precis kunna bedöma en relevant produktmarknad och naturligt blir därför att bedömning av *ensidiga* marknader blir mest slagkraftigt. Denna omständighet gör att testets funktion kan ifrågasättas.

Testet kan analysera prishöjning på ena sidan plattformen. Om resultatet skall få effekt vid beräkning av en flersidig plattforms marknadsandelar krävs också att gratissidan tas i beaktande, eftersom det är användarnas bruk av plattformen som potentiellt har störst påverkan på förändring av priset och intresset för annonsörerna att stanna kvar.

Filistrucchi et al. menar att konkurrensmyndigheter borde se över och identifiera samtliga interrelaterade marknader vid definiering av en flersidig plattforms tjänst och/eller produkt.<sup>92</sup> Om så görs kan att mäta marknadsandelar för aktörer vilka konkurrerar på marknader där behandling personuppgifter är essentiell kunna förenklas, eftersom datat på detta sätt tillskrivs ett värde.

Föreställ att ett dominerande socialt nätverk, och tillika flersidig plattform, börjar samla in mer data om sina användare. Å ena sidan kan detta i sin tur argumenteras vara en försämring av kvalitet eller höjning av pris och därmed leda till att användarnas incitament att stanna kvar i nätverket reduceras.<sup>93</sup> En sådan förändring riskerar få konsekvenser även för annonsörerna, eftersom med färre användare minskar också incitamenten för annonsörerna att köpa tillgång till annonsering. Detta leder till mindre intäkter, vilket påverkar möjligheten till utveckling och innovation av de kostnadsfria tjänsterna. Detta kan i sin tur leda till att användare byter plattform.

Å andra sidan, om bolagets dominerande ställning påminner om superdominans eller t.o.m monopol, finns risk att en sådan förändring inte påverkar användarnas aktivitet, eftersom brist på alternativa nätverk råder. Ofördelaktiga integritetsavtal kan i sin tur leda till misstankar om missbruk av dominerande ställning.<sup>94</sup> Om så är fallet torde annonsörerna gynnas, eftersom möjlighet till förbättrad beteendestyrd reklam stärks.

Annonsörerna påverkas oavsett om behandling av personuppgifter förändras eller förblir densamma. En flersidig plattforms aktivitet berör inte enbart de bolag vilka är inom ramen för 'den primära' marknaden, t.ex. Facebooks sociala nätverk.

---

<sup>92</sup> Filistrucchi et al. (2014) s. 338.

<sup>93</sup> Bundeskartellamt (2016).

<sup>94</sup> Ibid.

#### 4.3.3 Tuff konkurrens från Facebook inom delningsekonomin

Två olika typer av flersidiga plattformar kan identifieras: (i) flersidig transaktions- och (ii) icke-transaktions marknad.<sup>95</sup> Facebook är ett exempel på en icke-transaktions marknad eftersom här inte sker en direkt transaktion mellan de två sidorna av plattformen. Blocket.se är ett exempel på (i) eftersom plattformen agerar som en mellanhand mellan köpare och säljare, där en direkt transaktion mellan dessa är för handen.

På uppdrag av konkurrensverket gjorde Novus en undersökning om delningsplattformar, där Blocket, Tradera och Facebookgrupper visade sig vara de mest använda plattformarna inom svensk delningsekonomi.<sup>96</sup> Oberoende av snävare definition handlar delningsekonomin om aktivering och användning av outnyttjade materiella och immateriella resurser.<sup>97</sup> Notera här att två av de tre mest använda delningstjänsterna är sådana plattformar där plattformens främsta kund (säljaren), och därmed inkomstkälla, direkt kommunicera och handlar med köparen. Detta gör Blocket och Tradera till flersidiga transaktionsmarknader, medans Facebook, som faktiskt är den mest använda delningstjänsten av de tre nämna, består som en flersidig icke-transaktionsmarknad, eftersom det är användarna som kommunicerar med varandra. Här sker alltså ingen kommunikation mellan båda sidor plattformen. Däremot använder Facebook säkerligen data från dessa köp-och säljmarknader för att ytterligare förbättra den riktade reklamen till fördel för annonsörerna – vilka är Facebooks största inkomstkälla.

Facebook leder alltså över Blocket och Tradera om en marknad som inte ens genererar någon direkt inkomst åt bolaget, men som för de två andra gör.

Facebook behandlar mer personuppgifter än många andra företag och går att argumentera är dominant på marknaden om sociala nätverk, eller åtminstone sådana sociala nätverk vilka kan jämföras med Facebook.

Logiskt är att aktiviteten inom Facebooks köp-och säljgrupper påverkas om antalet användare minskar. Resultatet av en pris-eller kvalitetsförändring kan därför påverka även marknaden för delningsekonomi.

---

<sup>95</sup> Filistrucchi et al. (2014) s. 298.

<sup>96</sup> se KKV 2017:2 s 107.

<sup>97</sup> KKV 2017:2 s. 15.

#### 4.4 Att tillskriva ett värde på personuppgifter

För att kunna framföra starka argument om en leveransvägran eller annan handling är konkurrenshämmande eller ej krävs alltså att definiera en marknad för vilken överträdelsen är aktuell. Traditionellt krävs att ett pris existerar.

Med ovan anförda kan personuppgifter tillskrivas ett kommersiellt värde genom att (i) inkludera integritetsskydd och policy som ett icke-prisrelaterad konkurrensverktyg i den mån den produktens kvalitet kan vara avgörande för överlevnad; (ii) mäta i vilken utsträckning en eventuell försämring av integritetsskydd kan innebära inte enbart för den relevanta produktmarknaden men även för andra interrelaterade marknader, (iv) och även om en kvalitetsförsämring inte förändrade marknadspositionen för det dominerade bolaget kan detta leda till missbruk av dominerande ställning eftersom användare i hög grad är inlåsta och krystade till att på ett eller annat sätt använda Facebook.

Syftet med att illustrera hur behandling av personuppgifter kan påverka andra marknader, b.la. den för delningsekonomi, är att stärka argumentet om att om en marknad där behandling av personuppgifter blir alltför koncentrerad riskerar förändringar att även påverka andra interrelaterade marknader. Annat exempel på interrelaterade till en där behandling av personuppgifter är central är marknaden för smarta mobiltelefoner. Om försäljningen av smarta mobiltelefoner sjunker, sjunker säkerligen också antalet Facebook-användare, och därmed annonsörer.

Med anledning av ovan anförda går det att tillskriva ett kommersiellt värde för personuppgifter. Detta ämnar fungera som stöd till undersökningens konkurrensrättsliga argumentation.

## 5. Konkurrensrätt och personuppgifter

### 5.1 inledning

I kapitel 2 och 3 har redogjorts för personuppgifter värde och roll i den digitala ekonomin, framförallt för sociala medier. Vad som framgår är att denna input spelar en allt viktigare roll i syfte att förbättra tjänster och att rikta beteendestyrd och individanpassad annonsering mot användare och kunder. Stora mängder uppgifter av förevarande slag kan alltså jämföras med stor framgång.

Utan att ha redogjort för den rättsliga ram vilka personuppgifter faller går med ovan redogjorda att ana en viss intressekonflikt mellan dataskydd och konkurrensrätt. Framställningen i detta kapitel syftar till att redogöra för teoretiska aspekter från konkurrensrätten vilka kan peka på en eventuell överlappning mellan dessa lagrum.

### 5.2 Sambandet mellan personuppgifter och konkurrensrätt

Marknader där personuppgifter är en viktig input tenderar att domineras av en eller ett fåtal aktörer.<sup>98</sup>

Som redogjort för i kapitel 3 riskerar nätverkseffekt och flersidiga affärsmodeller låsa in användare på båda sidor plattformen vilket i sin tur kan leda till stordrifts – och kostnadsfördelar. Detta kan i sin tur leda till hinder för inträde och expansion. Sådana hinder uppstår inte enbart genom ett dominerande bolags behandling av data, och är därför inte konkurrensbegränsande enbart på denna grund. Däremot kan dominanta aktörer nyttja sitt marknadsinflytande på ett konkurrensbegränsande sätt genom utestängandeåtgärder och att aktivt låsa in användare, inbegripet annonsörer.<sup>99</sup> Kommissionen utreder just nu huruvida Google begränsar möjligheten att överföra reklamkampanjer genom att kräva webbplatser att ingå exklusiva avtal för viss reklam.<sup>100</sup> Genom dessa avtal förbinder sig annonsörer att endast använda Googles sök-och sökannonseringstjänster på sina hemsidor.<sup>101</sup> Genom exklusivitetsavtal som dessa har kommit att bli ensam tjänsteleverantör av söktjänster på

---

<sup>98</sup> Graef, Wahyuningtyas och Valcke (2015) s. 378 ; Evans (2003) s. 362.

<sup>99</sup> COM(2016) 288 final, s.12 ; CMA (2015) s. 89 ; Van Gorp & Batura, (2015) s. 33.

<sup>100</sup> Almunia (2012); Se även Geradin & Kuschewsky (2013) s. 7.

<sup>101</sup> ibid (Geradin).



många av internets mest trafikerade hemsidor. Ett resultat av detta är att Google samlar in mer data och att konkurrenter stängs ute från att erhålla motsvarande sökdata.<sup>102</sup>

Med anledning av personuppgifters värde har internetplattformar ett intresse av att hålla sina system stängda. Detta kan leda till åtkomstproblem för konkurrenter och nya aktörer vilka behöver tillgång till data för att kunna tillhandahålla konkurrerande eller kompletterande tjänster. I sammanhanget stiger frågan huruvida personuppgifter kan kvalificeras som en nödvändig facilitet och huruvida en vägran att ge tillgång till användardata kan betraktas som ett brott mot konkurrenslagstiftningen.

Med anledning av den ekonomiska- och konkurrensrättsliga skada som personuppgifter kan ge upphov till, finns anledning att beakta behandling av sådana uppgifter även vid konkurrensrättsliga bedömningar.

### 5.3 Data som en nödvändig facilitet

Eftersom syftena och förbuden kring artikel 102 FEUF är relativt breda krävs det att varje mål granskas var för sig, mot bakgrund av de särskilda omständigheterna. I kommissionens vägledande dokument om utestängande åtgärder utläses syftet att *trygga konkurrensen på den inre marknaden och att se till att företag som har en dominerande ställning inte utestänger sina konkurrenter på andra sätt än genom att konkurrera med de produkter eller tjänster som de tillhandahåller*.<sup>103</sup> Vidare, *att det viktigaste är att skydda en effektiv konkurrens och inte bara att skydda konkurrenterna*.<sup>104</sup> Det särskilda ansvar som tillkommer vid dominerande ställning kan innebära begränsningar för bolaget att välja handelspartners och att vägra handla med vissa kan därför utgöra missbruk av dominerande ställning.<sup>105</sup>

Om ett dominerande bolag förvaltar så kallad ”essential facility”, t.ex. en nödvändig infrastruktur, råvara eller annan input nödvändig för framställande av slutprodukt, kan att vägrar leverera denne utan objektivt rättfärdigande innebära missbruk av dominerande ställning.<sup>106</sup> Å ena sidan ställer doktrinen krav på att bolaget skall *förvalta* faciliteten. Detta

---

<sup>102</sup> Ibid.

<sup>103</sup> Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder, para 6.

<sup>104</sup> Ibid.

<sup>105</sup> Ibid. para 1.

<sup>106</sup> Ezrachi (2014) s. 187.

kan tolkas som att bolaget inte behöver äga faciliteten.<sup>107</sup> Å andra sidan går även att tolka doktrinen som att aktören vilken har den nödvändiga faciliteten i sin besittning också ska äga denna.<sup>108</sup> Detta kan komma att vara avgörande huruvida personuppgifter faller inom ramen för doktrinen eller ej.

### 5.3.1 Leveransvägran

*”An undertaking which occupies a dominant position in the provision of an essential facility and itself uses that facility...and which refuses other companies access to that facility without objective justification or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives its own services, infringes Article 86 [102] if the other conditions of that Article are met(3). An undertaking in a dominant position may not discriminate in favour of its own activities in a related market. The owner of an essential facility which uses its power in one market in order to protect or strengthen its position in another related market, in particular, by refusing to grant access to a competitor, or by granting access on less favourable terms than those of its own services, and thus imposing a competitive disadvantage on its competitor, infringes Article 86 [102].”<sup>109</sup>*

Vad som traditionellt karaktäriserar en analys av leveransvägran är att identifiera två marknader i ett vertikalt led: en uppströms som domineras av en aktör och en nedströms, där samma bolag vägrar att leverera de konkurrerande bolagen.<sup>110</sup> Resultatet av att en vertikalt integrerad aktör vägrar att tillhandahålla en nödvändig vara nedströms kan därför bli att bolaget begränsar konkurrensen på denne marknad och därmed vertikalt expanderar uppåt.<sup>111</sup> Genom att vägra leverera en nödvändig input kan det dominerande företaget se till att nykomlingar inte tar sig in på marknaden nedströms men också på andra interrelaterade marknader. Följande mål är av denna karaktär.

#### 5.3.1.1 C-241/91 P - RTE & ITP v Comission (’Magill’)

---

<sup>107</sup> Ezrachi (2012) s. 170.

<sup>108</sup> Mål IV/34.689 *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*, para. 66.

<sup>109</sup> *ibid.*

<sup>110</sup> Ezrachi (2014) s. 187.

<sup>111</sup> Graef (2016) ss. 155-248.

Magill ämnade introducera och träda in på marknaden för omfattande Tv-guider på Irland. För att möjliggöra detta krävdes tillåtelse om åtkomst till information (information om veckans program i vissa televisionskanaler) från Tv-stationer, däribland RTE och ITP. Magill vägrades åtkomst till den efterfrågade och nödvändiga informationen trots att Tv-bolagen på en daglig basis sålde denna till andra aktörer. Tv-bolagen hindrade därför Magill att träda in på marknaden för omfattande Tv-guider, en marknad som vid tiden för målet inte fanns. Utövandet av en exklusiv rätt kan leda till missbruk av dominerande ställning under *särskilda omständigheter*.<sup>112</sup> Från domen går det att utläsa fyra särskilda omständigheter till varför Tv-bolagen missbrukade sin dominerande ställning; (1) Leveransvägran berörde en produkt vilken var nödvändig för att utöva verksamheten i fråga, (2) vägran förhindrade tillkomsten av en ny produkt för vilken det fanns en potentiell efterfråga, (3) vägran var sannolik att utesluta all konkurrens på andrahandsmarknaden, och (4) vägran var inte motiverade med objektiva skäl.<sup>113</sup>

Genom att vägra leverera denna nödvändiga input för den som önskade skapa en mer omfattande Tv-guide, gav Tv-bolagen sig rätten att ensamt agera på en sådan marknad, oberoende av konkurrenter, eftersom Tv-bolagen är de enda som har åtkomst till denna information.

#### 5.3.1.2 C-418/01- IMS Health GmbH & Co OHG v NDC Healrg GmbH & Co KG ('IMS Health')

Frågan i målet är om ett bolag med dominerande ställning vägrar leverera en licens som krävs för att kunna använda en metod som är immateriellt skyddad, till ett annat företag som har för avsikt att förse marknaden med samma data, dvs konkurrera, och med bakgrund av hur marknaden ser ut, måste använda samma metod för att detta skall kunna fungera, är att anse vara missbruk av dominerande ställning.

Med bakgrund av det som generaladvokaten skriver i förslag till avgörande, om att domstolen i (i) *Magill* fastställde att en marknad fanns för TV-programförteckningar trots att dessa inte saluförs som självständiga produkter, och (ii) *Bronner* fastställde att det fanns en marknad för rikstäckande dagstidningsutbärning även om bolaget som hade monopol på denna marknad inte sålde dagstidningsutbärning som en självständig produkt, ansåg domstolen i *IMS Health* att det är tillräckligt att en potentiell marknad, eller till och med en hypotetisk marknad, kan identifieras. Detta betyder således att ett hinder inte föreligger för konkurrensmyndigheter att

---

<sup>112</sup> Förenade målen C-241/91P och 242/91P, p. 50.

<sup>113</sup> *ibid* 53-56.

av en dominant begära denne att lämna ut den nödvändiga faciliteten som en konkurrent, eller nykomling, behöver för att kunna konkurrera på lika villkor.

I domen fastställer EU-domstolen fyra kriterier för när en leveransvägran är att anse vara konkurrenshämmande. Först och främst måste den input vilken leveransvägran avser vara nödvändig för att utföra en viss affärsidé på en relaterad marknad. För det andra måste vägran att tillhandahålla ifrågavarande input innebära att all effektiv konkurrens på den andra marknaden utesluts. Vidare måste vägran resultera i att den hindrar uppkomsten av en produkt för vilken det finns en potentiell efterfrågan och slutligen att vägran inte objektivt kan rättfärdigas.

#### 5.3.1.3 C-7/97 - Oscar Bronner GmbH Co KV v Mediaprint

Bronner ämnade distribuera sin tidning genom hemleverans, en tjänst som Mediaprint hade monopol på och var därmed den enda aktören. Mediaprint delade ut sin egen och andra tidningar genom monopolet. Mediaprint vägrade att dela ut Bronners tidning.

Domstolen ansåg det vara tillräckligt att hänvisa till de särskilda omständigheter som angavs i *Magill*.<sup>114</sup>

Domstolen kom fram till att åtkomsten till tjänsten inte är absolut nödvändig eftersom där finns andra alternativ, t.ex. att sälja i kiosk, butik och annat – även om dessa inte är lika effektiva och fördelaktiga. Med anledning av detta ansågs leveransvägran inte utgöra missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 102 FEUF.<sup>115</sup> Mediaprint fick därför rätt att vägra sälja tjänsten till Bronner.

#### 5.3.1.4 T-201/04 Microsoft mot kommissionen

I sitt avgörande i *Microsoft* bekräftar Tribunalen de fyra kriterier som fastslås i *IMS Health*, däremot med lägre krav.<sup>116</sup> I förhållande till kravet att en input skall vara nödvändig för att en affärsidé skall kunna utföras, menade Tribunalen i *Microsoft* att konkurrenter skall uppnå lika villkor som den som tillhandahåller tjänsten (Microsoft). I domen föreslog sistnämnda bolag olika metoder vilka skulle möjliggöra lägsta nivå av effektiv konkurrens, trots detta menade

---

<sup>114</sup> *ibid.*; Mål C-7/97 *Bronner* para. 39-41.

<sup>115</sup> *ibid.* *Bronner*, para. 47.

<sup>116</sup> Mål T-201/04 *Microsoft mot kommissionen* para.332-333.

tribunalen att inget annat var tillräckligt än full tillgång till Microsofts information.<sup>117</sup> Detta står således i motsats till hur EU-domstolen dömde i *Bronner*. Inte heller i *IMS Health* konstaterade EU-domstolen att det var nödvändigt att den som önskade åtkomst till den nödvändiga faciliteten skulle ges full åtkomst, om alternativa lösningar var för handen.<sup>118</sup> Tribunalen i målet *Microsoft* har alltså tillämpat lägre krav för tillräcklig åtkomst.

### 5.3.2 Hypotetisk marknad

Det fastställdes i *IMS Health* att det räcker med att identifiera en hypotetisk eller potentiell marknad. Den nödvändiga inputen behöver inte ha handlats med separat för att leveransvägran skall utgöra missbruk av dominerande ställning. En definition av relevant marknad brukar grunda sig på konkreta aspekter vilka berör en faktisk marknad. Vid definition av en hypotetisk eller potentiell marknad kan denne enbart grunda sig på antaganden om hur en marknad skulle kunna utformas. Detta kan tolkas stå i linje med de rekommendationer som b.la. rådet och parlamentet har lämnat till EUs konkurrensmyndigheter.<sup>119</sup>

### 5.4 Kan personuppgifter utgöra en nödvändig facilitet?

Något som försvårar analysen kring personuppgifter som en nödvändig facilitet är att dessa är relativt enkelt att på egen hand samla in och behandla. Det som krävs är samtycke från den personen från vilken personuppgifterna kommer.

Utan effektiva och välutvecklade algoritmer blir data tämligen värdelös.<sup>120</sup> Man skulle kunna se algoritmer som en nödvändig tillgång, men dessa algoritmer är oftast open source och bolagen är villiga att dela med sig av algoritmer, även till konkurrenter. Det går att tolka rättsfallen som att essentiell facilitet rör input-produkter och data kan med ovan sagda anses vara en input. Detta stödjer ett eventuellt argument att data kan anses vara en nödvändig facilitet.

Målen handlar b.la. om sådana nödvändiga (oftast) inputs som är immaterialrättsligt skyddade och att ett visst utövande under vissa särskilda omständigheter kan utgöra missbruk av

---

<sup>117</sup> *ibid.* para. 345-347; samt *ibid.* para. 421.

<sup>118</sup> Mål C-418/01 *IMS Health* para. 28.

<sup>119</sup> se b.la Van Gorp och Batura (2015) s. 67.

<sup>120</sup> Ezrachi & Stucke (2016) s. 17, i stort hela kap. 2.

dominerande ställning. Däremot verkar det inte vara ett krav att faciliteten skall vara immaterialrättsligt skyddat för att den skall falla inom ramen för doktrinen.

Det följer från *Magill*, *IMS Health* och *Bronner* att missbruk av dominerande ställning enbart kan hänföras en leveransvägran under vissa omständigheter. (1) Leveransvägran berör en produkt vilken är nödvändig för att utöva verksamheten, (2) vägran förhindrar tillkomsten av en ny produkt för vilken det finns en potentiell efterfråga, (3) vägran är sannolik att utesluta all konkurrens på andrahandsmarknaden, och (4) vägran var inte motiverad med objektiva skäl.<sup>121</sup>

Föreställ en hypotetisk marknad och produkt till vilken där finns en efterfrågan. Produkten är en fysisk sådan, men den baseras helt och hållet på information från Facebook och Instagram. Detta betyder att produkten inte konkurrerar direkt med Facebook i det högre ledet. Om Facebook vägrar att lämna information, däribland personuppgifter, förhindras uppkomsten helt för denna produkt. Därför utesluts all konkurrens på denna 'andrahandsmarknad'. Så långt verkar det som att vägra leverera personuppgifter kan falla inom ramen för doktrinen och de ställda kraven om särskilda omständigheter. Däremot, att vägran ska vara motiverad med objektiva skäl, kan försvåra ett sådant förhållande.

Ett argument för att Facebook inte skulle behöva lämna från sig all den data som anses är nödvändigt för att bedriva en viss affärsidé, är att lämna olika metoder av leverans vilka uppfyller ett minimikrav för att skapa och bibehålla en fri och effektiv konkurrens på den hypotetiska marknaden. Detta erkändes dock inte av tribunalen i målet *Microsoft*.

Å ena sidan, om domen i *Microsoft* följs i framtida fall skulle konkurrenterna av onlineplattformar lättare kunna få tillgång till personuppgifter enligt doktrinen. Framtida mål kommer förhoppningsvis att klargöra statusen och ange om och i så fall under vilka omständigheter att vägra leverera personuppgifter kan komma att kunna falla inom ramen för artikel 102 i FEUF.

Å andra sidan, vid en sådan konkurrensrättslig bedömning, vilken rör personuppgifter, måste beaktande tas även till europeisk dataskyddslagstiftningen eftersom den nödvändiga faciliteten är personuppgifter.

---

<sup>121</sup> Förenade målen C-241/91P och 242/91P *Magill* paras 39-41; Mål C-418/01 *IMS Health* paras 38, 52; se även Ezrachi (2012) s. 238.

Staten har en positiv förpliktelse att skydda enskilda mot att andra enskilda handlar på ett sätt som innebär integritetsintrång och med detta följer en negativ förpliktelse att avstå från att göra intrång i rätten till respekt för privat- och familjelivet.<sup>122</sup>

Mot bakgrund av denna grundläggande rättighet försvåras en total leverans av personuppgifter, eftersom detta skulle innebära att tvunget dela med sig av inget mindre än det som krävdes för att konkurrera på en hypotetisk marknad, inbegripet sådant som faller utanför ramen för samtyckt vidarebehandling. En sådan påtvingad flytt kan strida mot den europeiska dataskyddslagstiftningen. Detta ska undersökas i nästa avsnitt.

---

<sup>122</sup> SOU 2017:39 s. 65.

## 6. Dataskydd och konkurrensrätt

### 6.1 Inledning

I detta avsnitt avser undersökningen att ytterligare klargöra för den problematik som de två rättsområdena argumenteras stå inför. Än så länge verkar det som att personuppgifter i viss mån kan utgöra en s.k. nödvändig facilitet. Det kan tänkas vara obekvämt för kommissionen och andra konkurrensmyndigheter runtom i EU att behöva tacklas med den ovärderliga input som personuppgifter i dagsläget tenderar att vara. Tidigare har konkurrensrätten som rättsområde kunnat stå på två ben; ekonomi och konsumentskydd. Med anledning av data-drivna företagskoncentrationer, koncentrerade marknader, otillbörliga användaravtal, inlåsta användare, etc. finns anledning att nu även beakta behandling av personuppgifter vid konkurrensrättsliga bedömningar.

### 6.2 Skydd av personuppgifter som en grundläggande rättighet

EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna är rättsligt bindande för medlemsstater vid tillämpning av unionsrätten.<sup>123</sup> I artikel 7 i stadgan framgår att var och en har rätt till sitt privat- och familjeliv, sin bostad och sina kommunikationer. I Artikel 8 samma lag framgår att var och en har rätt till skydd av personuppgifter vilka rör honom eller henne. Artikel 16.1 i FEU-fördraget fastställer principen att var och en har rätt till skydd av de personuppgifter som rör honom eller henne.

Dessa uppgifter ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål och på grundval av den berörda personens samtycke eller annat berättigat intresse.<sup>124</sup> Var och en har rätt att få tillgång till insamlade uppgifter som rör honom eller henne och att få rättelse av dem.<sup>125</sup>

Den snabba tekniska utvecklingen innebär inte bara att företag och andra organisationer kan använda sig av personuppgifter i en helt ny omfattning, men även att utökad nätverkseffekt och marknadsandelar i största grad är beroende av denna värdefulla information. Detta medför nya utmaningar för de som ämnar upprätthålla fysiska personers skydd av

---

<sup>123</sup> SOU 2017:39 s. 67.

<sup>124</sup> se dataskyddsförordningen skäl 47.

<sup>125</sup> Ibid. kapitel III.



personuppgifter. Denna utveckling, tillsammans med ett från konsumenterna bristande förtroende för e-handel, ligger till grund för EU:s nya dataskyddslagstiftning.<sup>126</sup>

### 6.3 Dataskyddförordningen

Den 27 april 2016 antogs (i) Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och (ii) om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning).

Förordningen kommer från och med den 25 maj 2018 att utgöra den generella regleringen av personuppgiftsbehandling inom EU. Enligt artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ska en EU-förordning ha allmän giltighet och i sin helhet vara bindande och direkt tillämplig i varje medlemsstat. Att dataskyddsförordningen är direkt tillämplig betyder b.la. att implementera nationell dataskyddslagstiftning inte längre är ett krav, istället ska förordningsbestämmelser av domstolar och myndigheter, tillämpas som de vore nationella författningsbestämmelser.<sup>127</sup>

#### 6.3.1 Förordningens syfte

Det går att tolka en röd tråd i dataskyddsförordningen, nämligen ett förstärkt krav på *öppenhet* och/eller *transparens* vad gäller kommunikation mellan personuppgiftsansvarige och den registrerade. Denna öppenhet och transparens argumenteras i skälen till förordningen kunna bidra till ökad tillit för online-verksamhet, eftersom många européer fortfarande är kritiska och känner obehag för e-handel och annat.<sup>128</sup> Denna otrygghet riskerar hämma innovation och möjlighet till inträde på den digitala marknaden.<sup>129</sup>

För att säkerställa en enhetlig skyddsnivå över hela unionen och undvika sådant som riskerar hindra den fria rörligheten av personuppgifter, snedvrیدا konkurrensen och att bedriva ekonomisk verksamhet inom den inre marknaden, behövs en förordning som skapar rättslig

---

<sup>126</sup> COM (2012) 11 final s.1.

<sup>127</sup> SOU: 201739 s. 72.

<sup>128</sup> COM (2012) 11 final s. 2.

<sup>129</sup> *ibid.*

säkerhet och öppenhet för ekonomiska aktörer och som ger fysiska personer i alla medlemsstater samma rättsligt verkställbara rättigheter och skyldigheter.<sup>130</sup>

Det verkar alltså som att ett förstärkt dataskydd syftar till att undanröja ekonomiska och andra marknadsrättsliga hinder.

#### 6.4 Konkurrensrätt och dataskydd

I det slutgiltiga förslaget till dataskyddsförordningen skriver kommissionen att, med bakgrund av att dataskyddsdirektivet inte är harmoniserande, skillnaden vid behandling av personuppgifter i olika medlemsstater kan förhindra det fria flödet av personuppgifter inom unionen och att detta kan utgöra ett hinder för att bedriva ekonomisk verksamhet, snedvrیدا konkurrensen och hindra de skyldigheter som myndigheter har enligt unionslagstiftningen.<sup>131</sup> Även om ett starkt skydd av personuppgifter minskar möjligheten för personuppgiftsansvariga att utnyttja konsumenten, kan ett förstärkt skydd av sådana uppgifter leda till försvagad konkurrens. Föreställ om dataskyddslagar skulle förbjuda bolag att sälja och/eller att flytta data mellan varandra. Detta skulle leda till att varje enskild aktör behövt på egen hand samla in personuppgifter ('organiskt'). Mot bakgrunden att stora och varierande mängder personuppgifter skapar kostnads- och stordriftsfördelar, hade detta troligtvis skapat höga inträdeshinder.

Föreställ vidare om dataskyddslagar enbart skulle tillåta bolag att flytta data inom den egna koncernen/organisationen. Detta skulle troligtvis skapa incitament till företagsförvärv som annars inte varit attraktiva. Detta skulle i sin tur varit en fördel för dominerande aktörer. Scenarion som dessa är icke önskvärda varken utifrån ett data- eller konkurrensrättsligt perspektiv.

I *Asnef-Equifax* anförde EU domstolen att frågor vilka rör känsliga personuppgifter inte omfattas av konkurrensrätten, men snarare med stöd av relevanta bestämmelser om skydd för sådana uppgifter.<sup>132</sup> Detta fastställdes även av kommissionen i *Google/DoubleClick* och *Facebook/Whatsapp*.<sup>133</sup>

---

<sup>130</sup> SOU 2017:39 s. 73.

<sup>131</sup> COM(2012) 11 final s. 19 p. (7).

<sup>132</sup> C-238/05, *Asnef-Equifax*, p. 63.

<sup>133</sup> COMP/M.4731- *Google/DoubleClick*, para. 368, COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp* para. 164.

I *Facebook/WhatsApp* diskuterar kommissionen någonting som kan tolkas som icke-prisrelaterade konkurrensverktyg, nämligen vad användarna värdesätter hos en kommunikationsapplikation.<sup>134</sup> En försämring av ett konkurrensverktyg går att argumentera vara en kvalitetsförsämring. Enligt den för målet genomförda marknadsundersökningen värdesätts data och integritetsskydd av konsumenter och kan därför tolkas vara ett icke-prisrelaterat konkurrensverktyg.<sup>135</sup> Därför torde en försämring av dataskydd anses som försämring av kvalitet.

Många digitala plattformar är flersidiga, där de på ena sidan plattformen erbjuder en tjänst utan monetär motprestation. Däremot går det otvivelaktigt att argumentera för att valutan som betalas med är personuppgifter.

Det går även att argumentera att större mängd, och bredare variation, data kan stärka ett bolags marknadsposition och marknadsandelar. Eftersom WhatsApp har möjlighet att samla in och behandla betydelsefull information om sina användare undersökte kommissionen i sitt beslut om företagskoncentrationen *Facebook/WhatsApp* skulle stärka Facebooks marknadsposition på marknaden för digital marknadsföring och i så fall i vilken utsträckning. Detta ansågs däremot osannolikt eftersom WhatsApp vid tiden för koncentrationen inte samlar in data värdefull för ifrågavarande marknad.<sup>136</sup> Vidare menar kommissionen att eventuella sekretessrelaterade problem som följer av Facebooks ökade koncentration data som ett resultat av företagskoncentrationen inte omfattas av EU:s konkurrensregler, men snarare inom ramen för EU:s regler om dataskydd.<sup>137</sup> Ett sådant sekretessrelaterat problem kan tänkas vara om WhatsApp, som ett resultat av företagskoncentrationen, genom ändring av användar- och sekretessavtal börjar samla in och behandla mer data från användare. WhatsApp samlade vid tiden för koncentrationen inte in mer personuppgifter än vad som är absolut nödvändigt för att kunna använda tjänsten, vilket gör att stor möjlighet finns att i användaravtalet bredda ändamålet för insamling och behandling.<sup>138</sup> I sådana fall stärks Facebooks marknadsposition på marknaden för digital marknadsföring/annonsering. Det är inte enbart mot bakgrund av ett sådant scenario som Facebooks marknadsposition ökar, men även genom det faktum att Facebook efter förvärvet kontrollerar en betydelsefull och stark (f.d) konkurrent på

---

<sup>134</sup> COMP/M.7217 – *Facebook/WhatsApp* para. 87.

<sup>135</sup> Ibid.

<sup>136</sup> Ibid para. 166.

<sup>137</sup> Ibid. para. 164.

<sup>138</sup> WhatsApp samlade bara in telefonnummer. Ändamålsbegränsning art. 5.1(b) GDPR.

marknaden för envägskommunikationsverktyg. Detta stärker argumentet att hänsyn måste tas till identifiering av samtliga marknader påverkad av en företagskoncentration, såväl som förändringar vad gäller integritetsskydd och annat som påverkar behandling av personuppgifter.

Vidare går det att argumentera för vilka problem inlåsnings effekter och inträdeshinder kan skapa också utifrån ett dataskyddsrättsligt perspektiv. Otänkbart är inte att ledande bolag genom exempelvis datadrivna företagskoncentrationer ämnar stärka ett bolags nätverkseffekt och i slutändan kan en marknad bli så koncentrerad att användarna (på båda sidor plattformen) inte har någonstans att gå och blir därmed inlåsta. Detta ökar möjligheten för dominanta bolag att forma användar-och integritetsavtal vilka kan stå i strid med unionsrätten.<sup>139</sup>

#### 6.4.1 Områdena är inte helt irrelevanta för varandra

I mål *Allianz Hungaria* argumenterade EU domstolen att ett avtal vilket strider mot nationell försäkringsrätt kan hämma konkurrensen på den inre marknaden även om det till sin natur eller syfte inte är konkurrensbegränsande.<sup>140</sup>

I mål *AstraZeneca* fastslog EU domstolen att missbruk av 'regleringsförfaranden', i form av missvisande representation, vilket möjliggjorde viss ensamrätt för bolaget, även kan utgöra missbruk av dominerande ställning om ett sådant förfarande *potentiellt* har konkurrensbegränsande effekt.<sup>141</sup> Alltså, en överträdelse inom ett rättsområde kan väcka incitament till att även analysera saken utifrån ett annat.

EU:s dataskyddslagstiftning ställer krav på personuppgiftsansvarige vid laglig behandling av personuppgifter. Bland dessa är att ange berättigade ändamål för insamling och behandling av personuppgifter *och att inte senare behandla uppgifterna på ett sett som är oförenligt med dessa ändamål*.<sup>142</sup>

---

<sup>139</sup> Bundeskartellamt (2016).

<sup>140</sup> C-32/11 *Allianz Hungaria* para. 41.

<sup>141</sup> C-457/10 *AstraZeneca mot kommissionen* para. 112.

<sup>142</sup> Dataskyddsförordningen art. 5.1(b) 'ändamålsbegränsning', se även skäl 50 "Behandling av personuppgifter för andra ändamål än de för vilka de ursprungligen samlades in bör endast vara tillåten, när detta är förenligt med de ändamål för vilka personuppgifterna ursprungligen samlades in. I dessa fall krävs det inte någon annan separat rättslig grund än den med stöd av vilken insamlingen av personuppgifter medgavs".

Det är inte otänkbart att en plattform samlar in och behandlar data med ändamålet att tillhandahålla en tjänst på en viss marknad men där samma data i ett senare led behandlas för att tillhandahålla en annan tjänst. Om man med en konkurrensrättslig analys kommer fram till att dessa två tjänster inte är utbytbara, och därmed inte tillhör samma relevanta marknad, går det att argumentera för att eventuell dataskyddsoverträdelse kan identifieras med hjälp av en konkurrensrättslig analys.<sup>143</sup> Däremot är dataskyddslagstiftningens krav på att vidare behandling ska vara förenligt med ursprungsändamålet något bredare än konkurrenslagstiftningens koncept om utbytbarhet. Även om en definition av relevant produktmarknad kan indikera på att personuppgifter behandlas för olika ändamål behöver denna senare behandling inte vara oförenlig med ursprungsändamålet. Vidare har det föreslagits att, i en konkurrensrättslig bedömning, mäta om en viss typ av insamling av data är överdriven, med hjälp av principerna om *uppgifts-* och *lagringsminimering*.<sup>144</sup> Under dessa principer skall personuppgiftsansvarig inte samla in mer data än vad som är nödvändigt i förhållande till de ändamål för vilket de samlades in, och inte heller lagra data längre än vad som är nödvändigt. Att inte efterleva dessa principer jämföras med överträdelse. Om ett dominerande bolag inte fullt ut efterlever principerna, kan detta indikera på missbruk av dominerande ställning.

Mot bakgrund av Facebooks starka marknadsposition på den koncentrerade marknaden för sociala nätverk, undersöker tyska Bundeskartellamt om bolaget strider mot dataskyddslagstiftning på grund av oskäligen användarvillkor och i så fall om detta kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Om det visar sig att Facebooks marknadsposition är dominerande och att förfarandet vad gäller oskäligen användarvillkor strider mot dataskyddslagstiftning, kan detta komma att anses utgöra missbruk av dominerande ställning. Bundeskartellamt förefaller förlita sig på dataskyddslagstiftning som ett riktmärke för att bedöma om beteende skall övervägas konkurrensbegränsande enligt artikel 102 FEUF.<sup>145</sup>

I samband med företagskoncentrationen *Facebook/WhatsApp* har WhatsApps användarvillkor förändrats till att användare inte skulle kunna fortsätta med tjänsten såvida de inte samtycker om att lämna information även till Facebook. Denna förändring låg till grund för italiensk

---

<sup>143</sup> EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data* (2014), para 23 och 58.

<sup>144</sup> Dataskyddsförordningen art. 5.1(c) *uppgiftsminimering*; art. 5.1(e) *lagringsminimering*; Graef (2016) ss. 325-364.

<sup>145</sup> Bundeskartellamt (2016).

konkurrensmyndighet att döma WhatsApp till att betala konkurrensskadeavgift.<sup>146</sup> På samma grunder har även EU-kommissionen ålagt Facebook att betala €110 miljoner i böter.<sup>147</sup> Alltså, ett förfarande som strider mot datarättsliga principer verkar kunna indikera även på konkurrensrättslig överträdelse.

Även om dataskyddsfrågor i sig inte är inom konkurrensmyndigheters behörighetsområde, och vice versa, är ovan resonemang en möjlig indikator på att rättsområdena kan överlappa varandra. Detta får stöd av artikel 7 FEUF ”*Unionen ska säkerställa samstämmigheten mellan all sin politik och verksamhet, med beaktande av samtliga sina mål och i enlighet med principen om tilldelade befogenheter.*”

### 6.5 Kan en påtvingad leverans få stöd av dataskyddslagstiftning?

Om man kan tillskriva ett värde på personuppgifter och på så sätt argumentera för att personuppgifter är en nödvändig input/facilitet för att inbringa intäkter, kan att tvinga leverera personuppgifter komma att bli aktuell för konkurrensmyndigheter.

Än så länge verka det som att en konkurrensrättsligt påtvingad leverans av personuppgifter kan försvåras dels med anledning av den grundläggande rätt individer har om skydd av personuppgifter och dels med anledning av den dataskyddsrättsliga principen om *ändamålsbegränsning* och att inte behandla personuppgifter på ett sätt som avviker från ursprungsändamålet. Dvs, en behandling av personuppgifter som avviker från ursprungsändamålet är att anse vara otillåten. Att leverera personuppgifter mellan en plattform till en annan faller inom ramen för behandling.<sup>148</sup>

Däremot, med bakgrund av det kommersiella värde personuppgifter har och det syfte med dataskyddsförordningen som speglar detta, kan det i framtiden visa sig vara nödvändigt att påtvinga leveranser av en större mängd personuppgifter utan ett tydligt samtycke om det krävs för att inte snedvrیدا marknaden.<sup>149</sup>

---

<sup>146</sup> Fildes & Politi (2017).

<sup>147</sup> *Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover* [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1369\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm).

<sup>148</sup> dataskyddsförordningen art. 4.2.

<sup>149</sup> Almunia (2012).

Behandling som grundar sig på en rättslig förpliktelse eller allmänt intresse bör ha grund i unionsrätten eller i en medlemsstats nationella rätt.<sup>150</sup> Detta kan betyda att en konkurrensrättslig förpliktelse att behandla data i syfte att leverera data till en annan personuppgiftsansvarige kan rättfärdigas. Trots detta återstår frågan om vilket lagrum som väger tyngst, konkurrensrätten och dataskyddslagstiftning i samspel, eller skydd av personuppgifter som en grundläggande rättighet.

## 6.6 Rätt till dataportabilitet (RDP)

För att kunna ge registrerade mer kontroll över sin data blir det till en rätt att få erhålla en kopia av personuppgifter som behandlas, eller som inte längre behandlas i ett (i) ”*strukturerat, allmänt använt och maskinläsbart format...*”<sup>151</sup> samt att (ii) ”...och ha rätt att överföra dessa uppgifter till en annan personuppgiftsansvarig utan att den personuppgiftsansvarige som tillhandahållits personuppgifterna hindrar detta.”<sup>152</sup> När en flytt inte får praktiseras är om en annans fri-och rättigheter påverkas negativt.<sup>153</sup> Det är framförallt (ii) som mest uppmärksammas och identifierats att kunna ge effekt för konkurrens.

Att registrerade tidigare inte haft möjlighet till dataportabilitet kan anses ha utgjort hinder för flytt av personuppgifter mellan plattformar, även om bättre, billigare eller mer integritetsvänliga tjänster har varit tillgängliga. Möjligheten att nu kunna begära en sådan flytt kan innebära en förmildring av inlåsnings effekter och därmed sänka omställningskostnader för den som önskar byta exempelvis socialt nätverk. Även om vissa plattformar redan erbjuder att flytta personuppgifter kan det vara svårt för den gemene att manuellt, på egen hand, utföra en sådan.

I skäl till dataskyddsförordningen skriver kommissionen att denna rätt kan komma att öka konkurrensen inom *vissa* områden, där sociala nätverk är det enda område som lyfts fram.<sup>154</sup>

---

<sup>150</sup> Dataskyddsförordningen skäl 47.

<sup>151</sup> Ibid. art. 20.

<sup>152</sup> Ibid.

<sup>153</sup> Ibid art. 20.4.

<sup>154</sup> COM(2012) 11 final, s. 27 skäl (55).

Kommissionen har riktat kritik mot de riktlinjer som artikel 29-gruppen i december lämnade för rätt till dataportabilitet.<sup>155</sup> Kritiken handlar framförallt om att artikel 29-gruppen har gjort en för bred tolkning av lagen och att resultatet av en för bred tolkning riskerar inbegripa rätt att få flytta data som inte enbart är sådan som den registrerade självt har tillhandahållit personuppgiftsansvarige. Detta kan tänkas vara sådan förädlad data som ett socialt nätverk har skapat om en kund, där en algoritm e.d. med hjälp av data som kunden har tillhandahållit nätverket, kan rekommendera sidor, vänner och annat som kan tänkas uppskattas av användaren.

Det är inte otänkbart att utifrån lagtextens ordalydelse tolka (i) ”rör honom eller henne” som sådant som inte *enbart* rör honom eller henne. Däremot begränsas detta ”rör” med (ii) ”... *som han eller hon har tillhandahållit den personuppgiftsansvarige*”. I vilken utsträckning en fullständig flytt från ett socialt nätverk till ett annat kommer därför avgöras av tolkning. Om (i) är det enda kriteriet för en laglig flytt av personuppgifter torde det vara möjligt för användare att genomföra en mer eller mindre fullständig flytt mellan exempelvis två sociala nätverk. Däremot kan det argumenteras att en sådan flytt kan påverka andras fri- och rättigheter på ett ogynnsamt sätt, eftersom andra användare personuppgifter berörs. Det är troligtvis därför lagstiftaren stadgat att datat som beviljas flyttas ska vara sådan som den registrerade självt har försett personuppgiftsansvarige med. Poängen med sociala nätverk är att interagera med andra och en strikt tolkning av artikel 20 rätt till dataportabilitet möjliggör enbart flytt av bilder och texter som är publicerade av den registrerade själv, där enbart dennes personuppgifter omfattas.

Med anledning av detta går det att ifrågasätta i vilken utsträckning det praktiska genomförandet av artikel 20 kan komma att användas för flytt mellan sociala nätverk, om man inte som artikel 29-gruppen tolkar lagens omfång med vikt på att datat ska röra den registrerade snarare än en strikt tolkning om att den registrerade självt ska ha försett nätverket med datat. Så länge en flytt inte på ett negativt sätt påverkar andras fri-och rättigheter kan en flytt, med artikel 29-gruppens tolkning, omfatta även förädlad information som användaren inte direkt har försett nätverket med, men som inte hade existerat utan information vilken den registrerade har tillhandahållit den personuppgiftsansvarige. Fundamentet till artikel 29-gruppens tolkning verkar alltså vara att ge rätt till dataportabilitet praktisk effekt, eftersom

---

<sup>155</sup> Meyer (2017), Artikel 29-gruppen *Guidelines on the right to data portability*



den med en för snäv tolkning riskerar att bli tämligen ogenomförbar i förhållande till flytt mellan sociala nätverk.

Analysen ovan diskuterar den eventuella effekt rätt till dataportabilitet kan få för sociala nätverk. Att flytta personuppgifter kommer dock inte enbart beröra sociala nätverk och många näringsidkare är sannerligen fundersamma över hur denna rätt kan påverka verksamheter. För att ge en precis bedömningar om hur rätt till dataportabilitet kommer att te sig i praktiken krävs domstolsavgörande och praxis.

Föreställ ett försäkringsbolag. Bolaget behandlar personuppgifter b.l.a. i syfte att beräkna kunders premier. För att så kunna göra krävs dels personuppgifter och dels annan (kanske företagshemlig) data. Om man med artikel 29-gruppens tolkning skall praktisera en flytt från ett försäkringsbolag till ett annat, omfattas även sådan data som skapats genom observation.

Alltså, sådan data som inte nödvändigtvis är känd för försäkringstagaren, men som grundar sig på dennes personuppgifter – vilka den en gång har försett försäkringsbolaget med.

Det är denna tolkning som kritiseras av kommissionen med anledning av dess bredd.

Kommissionen menar således att enbart sådan data som den registrerade har försett den personuppgiftsansvarige med skall falla inom ramen för lagen, det vill säga, inte den data som skapats genom att observera det tillhandahållna datat. Kommissionens tolkning innebär alltså att endast den försäkrades personuppgifter är vad som försäkras flyttas till annat försäkringsbolag, och inte resultatet av de som legat till grund för exempelvis beräkningen av den försäkrades premier. I vilken utsträckning rätt till dataportabilitet kommer förhålla sig till marknaden och konkurrensen avgörs av tolkning.

#### 6.6.1 Mobiltelefonnummer (portabilitet)

År 2000 infördes en sektorsspecifik konkurrensrättslig regel, ”mobile number portability”<sup>156</sup> (MNP), vilken hade till syfte att mildra och avskräcka vissa problem som uppstod på grund av höga omställningskostnader mellan teleoperatörer.<sup>157</sup> Omställningskostnaden som uppstod här var den börda som tillkom en konsument ville byta teleoperatör, nämligen att bli av med sitt mobiltelefonnummer. Även om konsumenten fått ett bättre erbjudande från en konkurrerande operatör valde denne att stanna kvar hos sin nuvarande eftersom den inte ville riskera att bli av med sitt nuvarande telefonnummer. Detta bidrog således till höga inträdeshinder och

---

<sup>156</sup> Artikel 30 i Directive 2002/22/EC.

<sup>157</sup> Ibid.

svårigheter för nykomlingar att ta nog med marknadsandelar för att kunna konkurrera med redan etablerade operatörer.<sup>158</sup> Lagen ämnade alltså att ge större möjlighet åt konsumenten att byta operatör, genom att ge användaren en form av äganderätt till sitt telefonnummer.

National Economics Research Associates förutspådde potentiella fördelar med lagen, b.l.a.; (i) användaren kan undvika extrakostnader från nummerbyte, så som att behöva informera andra om bytet och/eller undvika att missa samtal, (ii) det blir enklare för användaren att byta till en mer passande operatör, (iii) alla konsumenter gynnas av en mer effektiv konkurrens.<sup>159</sup>

Den teoretiska motiveringen till MNP som är baserad på omställningskostnader och inträdeshinder utgör en användbar analogi i samband med rätt till dataportabilitet.

### 6.6.2 Rätt till dataportabilitet och konkurrens

Portabilitet anses vara en nyckelfaktor för effektiv konkurrens även inom andra marknadssegment. Kommissionären Almunia argumenterar att dataportabilitet ligger i centrum för konkurrensrätten.<sup>160</sup> I samma tal uppgav han också att användare inte borde vara inlåsta i ett visst företag bara för att de en gång litade på dem. Vidare slogs fast att tiden kommer att avgöra om dataportabilitet är en fråga för dataskydds- eller konkurrenslagstiftning.<sup>161</sup> Det är därför nödvändigt att hitta en balans mellan de olika rättsområdena.

Kommissionen och Google förhandlade om att ta bort de skyldigheter vilka hindrar annonsörer att flytta sina reklamkampanjer från ifrågasvarande plattform till konkurrerande plattformar, även om denna data inte är personuppgifter kan syftet med att ta bort ett sådant hinder användas som en nödvändig analogi till stöd för att luckra upp sociala nätverks inlåsnings-effekt.<sup>162</sup> Detta tillsammans med förordningens syfte, kan man tolka rätt till dataportabilitet som en brygga mellan dataskyddslagstiftning och upprätthållande av fri- och icke snedvriden konkurrens på den inre marknaden.


---

<sup>158</sup> Moura (2014) s. 8.

<sup>159</sup> Ibid.

<sup>160</sup> Almunia (2012).

<sup>161</sup> Ibid.

<sup>162</sup> Commitments of Google i mål COMP/C-3/39.740 *Foundem and others*, 3 april 2013, paras 27-31, se: [http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_8608\\_5.pdf](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_8608_5.pdf) 

Ett tänkbart resultat med rätt till dataportabilitet kan vara, förutom utökade rättigheter för den registrerade i datarättsliga termer och förmildrad inlåsningsseffekt på vissa marknader, att lyfta och skapa nya konkurrenselement; att konkurrera om (bästa) integritetsskydd, och att den som erbjuder ett skröpligt integritetsskydd riskera bli av med användare/kunder betydligt enklare än tidigare.

Något som gör rätt till dataportabilitet intressant och till viss del problematisk att diskutera utifrån ett konkurrensrättsligt perspektiv är att den inte enbart gäller för dominerande företag. Den gäller för alla som behandlar personuppgifter, inbegripet små- och medelstora företag, myndigheter etc.

I samband med tidiga kommentarer och förarbeten till dataskyddsförordning har rätt till dataportabilitet kritiserats med anledning av de tekniska krav som ställs på personuppgiftsansvarige.<sup>163</sup> Kritiken går bland annat ut på att om en flytt av personuppgifter mellan plattformar skall bli genomförbar, utan hinder, krävs att inblandade personuppgiftsansvarigas mjukvara skall vara interoperabel, alltså att data kan föras in från ett system till ett annat utan hinder.<sup>164</sup> Resultatet av detta argumenteras därför bli att små och medelstora bolag blir mindre benägna till innovation och helt enkelt undviker att träda in, eftersom kravet på interoperabilitet riskerar bli för krävande och dyrt.<sup>165</sup> Detta kan skada konsumenter i den mån innovativa produkter och tjänster riskerar att inte dyka upp. Möjligheten att attrahera användare till en mjukvara, och låta dem stanna där i ett tag, är viktigt för innovation och för nya marknadsaktörer.<sup>166</sup> Denna kritik kan besvaras med argumentet att behandling av personuppgifter genererar stora intäkter, vilka i sin tur ger upphov till att träda in med en innovativ idé och därmed konkurrera. Vidare kritik är att bolag kan välja att inte använda ett strukturerat, allmänt använt och maskinläsbart format och därmed fullständigt undviker rätt till dataportabilitet.<sup>167</sup> Med ökad användning av icke-strukturerat format blir resultatet att portabilitet skapar inlåsningsseffekt snarare än att motverka sådana, vilket hämmar konkurrens och inte minst dataskydd. Med anledning av de inte så milda bötesbelopp som kan åläggas den som bryter mot

---

<sup>163</sup> Swire & Lagos (2013).

<sup>164</sup> *ibid.* 361.

<sup>165</sup> *ibid.* s.354.

<sup>166</sup> *ibid.*

<sup>167</sup> *ibid.* s. 357.

dataskyddsförordningen är ovan troligtvis inget bra argument till varför artikel 20 riskerar hämma konkurrensen. Vidare är det konventionellt att bolag delar data sinsemellan, och därför borde interoperabilitet inte vara ett problem.

Andra är mer positiva till dataportabilitet och menar att den kan komma främja konkurrensen i den mån konsumenter får bättre rätt över sina personuppgifter, att nyetablerade tjänster lättare kan locka till sig användare och att bolag börjar använda integritetsskydd och säkerhet som konkurrensverktyg.<sup>168</sup> Inlåsningsseffekt, omställningskostnader och koncentrerade marknader kan alltså mildras och på så sätt främja konkurrensen.<sup>169</sup>

Det kan vara en affärsstrategi för ett nätverk att förhindra att användarna överför sina data till en konkurrerande tjänst. Genom att begränsa möjligheten till dataportabilitet skapas omställningskostnader. Dessa kostnader uppstår om en användare finner det dyrt att byta från ett nätverk till en annan. På grund av omställningskostnader kan användarna bli inlåsta i en viss tjänst. Oavsett den potentiella högre kvaliteten hos en annan tjänst, kommer användarna att stanna hos sin nuvarande leverantör. Graden av inlåning bestäms av omställningskostnader. För leverantörer som starkt litar på data som tillhandahålls av användare är begränsning av dataportabilitet ett sätt att knyta användarna till sina tjänster.<sup>170</sup> Sociala medier är ett exempel på detta.

Med anledning av att dataportabilitet ligger i centrum för konkurrensrätten kan det därför inte uteslutas att Europeiska kommissionen och andra konkurrensmyndigheter också kommer att vidta åtgärder på grundval av konkurrensrätten, om ett dominerande företag inte tillåter användarna att flytta uppgifter när de önskar byta tjänst. Begränsningar av dataportabilitet kan således leda till ansvarsskyldighet enligt artikel 102 FEUF.<sup>171</sup>

Säg att Facebook, på konkurrensrättsliga grunder, åläggs en skyldighet att flytta personuppgifter från nätverket till ett annat. Även om syftet med en sådan flytt är att främja en effektiv konkurrens, kvarstår det faktum att det är personuppgifter som begärs flyttade. Om berörda personer inte är intresserade av att få sina uppgifter flyttade och/eller att en sådan

---

<sup>168</sup> Zafir (2012) s.162; I Graef, Verschakelen & Valcke (2013).

<sup>169</sup> Artikel 29-gruppen *Guidelines on the right to data portability* s. 5

<sup>170</sup> Zafir (2012) s. 152.

<sup>171</sup> Graef, Verschakelen & Valcke (2013) s. 7.

vidarebehandling inte framhävs i ändamålsbeskrivningen, så försvåras en sådan flytt på dataskyddsrättsliga grunder.

Det står emellertid klart att dataportabilitet är allt viktigare i digitala miljöer och kan inte längre ignoreras av aktörer som erbjuder tjänster vilka baseras personuppgifter.

## 7. Analys och slutsats

Oavsett smal eller bred tolkning av lagen kommer rätt till dataportabilitet att ge individer möjlighet att flytta personuppgifter mellan olika digitala plattformar och nätverk. Däremot kommer rätten endast att påverka förhållandet mellan användare och leverantören. Detta betyder att konkurrenter och nykomlingar måste förlita sig på konkurrenslagstiftningen för att få tillgång till användardata som input för att utveckla egna produkter eller tjänster. Detta begränsar rätt till dataportabilitet till att åberopas endast av individen vilken datat rör.

Däremot är det inte otänkbart att bolag för en nykomlings eller konkurrents räkning, med stöd av dataskyddslagstiftning, kunna samla in samtycke om behandling av sådan data som för stunden är i ett annat bolags besittning. I sådana fall kan en konkurrent med stöd av dataskyddslagstiftning, rätt till dataportabilitet, och den registrerades samtycke, få åtkomst till en större mängd personuppgifter. Även om en sådan flytt inte är förenlig med ursprungssändamålet torde den med samtycke från den registrerade kunna begäras i samband med åberopande av rätt till dataportabilitet.

Vidare kan rätt till dataportabilitet innebära ett värdefullt verktyg för konkurrensmyndigheter inom Europa. Framförallt gäller detta att definiera produktmarknader, eftersom en flytt från en plattform till en annan kan innebära att plattformarna av konsumenten anses vara utbytbara – även om plattformarna i sig inte är utbytbara enligt de klassiska verktyg som myndigheter i dag använder sig av.

Att sätta ett faktiskt pris på något som flödat fritt på internet i snart tre decennier riskerar att innebära en för stor omställning för myndigheter, företag och andra.

Däremot bör konkurrensmyndigheter förbättra sina verktyg. Det handlar om att värdesätta personuppgifter utifrån ett företags perspektiv, att dessa uppgifter är för många digitala tjänsteleverantörer som snö är för skidåkaren - avgörande. Om ett dominerande bolag använder denna ställning i syfte att avsiktligt försvarar för en nykomling att tillhandahålla sådant som genererar vinst är detta att missbruka dominerande ställning. Därför borde data anses vara en tillgång för den som använder sig av data och tjänar stora summor på att behandla denna såväl för den som ämnar att göra likadant.

Undersökningen har b.la. diskuterat i vilken utsträckning bolag har möjlighet att begära åtkomst till personuppgifter och i så fall om dessa uppgifter kan utgöra en nödvändig facilitet enligt artikel 102. För att kunna besvara denna fråga anser författaren att det har varit

nödvändigt att argumentera för vilket kommersiellt värde personuppgifter har, eftersom dessa i många fall inte tillskrivs ett monetärt värde. Detta har b.la. gjorts genom att konstatera den påverkan en dominerande aktörs behandling av personuppgifter har inte bara för en marknad men för flera interrelaterade.

Utifrån en rent konkurrensrättslig argumentation har undersökningen kommit fram till att personuppgifter kan anses utgöra en nödvändig facilitet.

Det är konventionellt att personuppgifter används som en nödvändig input till att upprätthålla en flersidig plattformens nätverkseffekt och genom att vägra leverera denna input ges den dominerande aktören möjlighet att agera oberoende konkurrenter på en marknad, hypotetisk eller ej. En sådan ställning kan leda till en än mer koncentrerad marknad, där inlåsningseffekten förstärks på båda sidor plattformen, och där nätverket i större utsträckning kan agera utan att ta hänsyn till varken konkurrenter eller konsumentintressen. Ett sådant scenario är skadligt inte bara för konkurrenter men också för konsumenter. Om det är sant att personuppgifter inom vissa marknader är en så väsentlig input som den argumenteras vara, är det också lämpligt att tolka personuppgifter som en nödvändig facilitet.

Å ena sidan kan denna hypotes ifrågasättas med anledning av enkelheten i att på egen hand samla in personuppgifter och att uppgifterna i slutändan ägs av individen självt och inte av den som kommersiellt brukar dessa. Här kan man se personuppgifter som ett lån, ett lån vilket kontrolleras och förvaltas av en kommersiell aktör.

Å andra sidan, det som stärker argumentet om att personuppgifter kan komma att utgöra en nödvändig facilitet enligt doktrinen, även om premissen att datat inte ägs av den dominanta aktören men endast kontrolleras och används med högt kommersiellt värde återstår, är att om en marknad, säg den för sociala nätverk, visar sig vara alltför koncentrerad med en oövervinnlig nätverkseffekt, inlåsta användare på båda sidor, omställningskostnader, inträdeshinder och otillbörliga användarvillkor. Ett sådant scenario kan mycket väl indikera på att kommissionen eller annan konkurrensmyndighet på ett eller annat sätt måste se personuppgifter som en nödvändig facilitet i syfte att främja en effektiv konkurrens på den inre marknaden.

Mot bakgrund av det som diskuterats angående personuppgifter som en nödvändig facilitet och leveransvägran, är det inte otänkbart att framtvunga en flytt av personuppgifter enbart på konkurrensrättsliga grunder och i synnerhet inte om marknaden präglas av starka inlåsnings effekter, omställningskostnader och nätverkseffekter. Om konsumenter skadas eller om (potentiellt) konkurrerande bolag utesluts från en marknad som en följd av att ett

dominerande bolag vägrar leverera, utan objektivt rättfärdigande, kan detta kvalificeras som missbruk av dominerande ställning enligt artikel 102 FEUF. I en sådan situation kan kommissionen, eller annan konkurrensmyndighet, begära av den dominerande leverantören att flytta personuppgifter till en konkurrent.

Frågan vad gäller om att vägra leverera denna nödvändiga input är besvarad så långt undersökningen och dagens rättsläge tillåter. Enligt doktrinen är en leveransvägran vad gäller en nödvändig facilitet att anse vara otillåten om det dominerande bolagets vägrar leverera under vissa särskilda omständigheter. Den särskilda omständighet som försvårar saken är att objektivt kunna rättfärdiga en leveransvägran.

Eftersom (i) stadgan om de grundläggande rättigheterna, och att skydd av personuppgifter är en sådan rättighet, (ii) och om hur domstolar åläggs en negativ förpliktelse om att avstå från att göra intrång i rätten till respekt för privat- och familjelivet, kan ett objektivt skäl till att neka en leverans vila på dessa grunder. Om ett bolag vilket ämnar träda in och konkurrera med Facebook, på en hypotetisk eller existerande marknad, måste ha åtkomst till de personuppgifter som Facebook besitter för att kunna bedriva verksamhet, krävs också att de individer vilka personuppgifterna rör tas i beaktande, eftersom uppgifterna tillskrivs en grundläggande rätt till skydd. Det som hindrar rätt till dataportabilitet från praktiskt utförande är att flytten inte får kränka någon annans fri-och rättigheter och detta undantag kan tolkas gälla även för påtvingad flytt, även om den med goda konkurrensrättsliga grunder är argumenterad. Detta gör att svaret på frågan om en leveransvägran kan utgöra missbruk av dominerande ställning försvåras. Det återstår alltså att se huruvida behandling av personuppgifter i form av påtvingad leverans, som ett resultat av en rättslig förpliktelse, kan rättfärdigas.

Å ena sidan kan den grundläggande rättigheten om skydd av personuppgifter tillsammans med dataskyddslagstiftning objektivt rättfärdiga en leveransvägran, om en leverans av sådan karaktär inte finns att utläsa från berörda personuppgifter ändamålsbeskrivning. Alltså, att en av konkurrent eller nykomling begärd leverans av personuppgifter i konkurrensrättsliga termer kan objektivt vägras om en sådan leverans strider mot det ändamål för vilket personuppgifterna samlades in.

Å andra sidan kan den grundläggande rättigheten om skydd av personuppgifter tas i anspråk för att skydda användare och individer från oskäligt integritetsskydd, inlåsning omställningskostnader och integritetsskydd, genom att ålägga ett dominerande bolag att leverera personuppgifter.



## Offentligt tryck

### *Belgien*

B. Van Alsenoy, V. Verdoodt, R. Heyman, et al., 'From Social Media Service to Advertising Network. *A Critical Analysis of Facebook's Revised Policies and Terms*', report commissioned by the Belgian Privacy Commission, 25 augusti 2015, s. 10.

[cit. B. Van Alsenoy, V. Verdoodt, R. Heyman, et al., (2015)]

### *Storbritannien*

Competition & Markets Authority, *The commercial use of consumer data, Report on the CMA's call for information*, CMA38, juni 2015,

[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/435817/The\\_commercial\\_use\\_of\\_consumer\\_data.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/435817/The_commercial_use_of_consumer_data.pdf)

[cit. CMA (2015)]

### *Sverige*

Sverige. Dataskyddsutredningen, *Ny dataskyddslag: kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning* : betänkande, Wolters Kluwer, Stockholm, 2017

<http://www.regeringen.se/rattsdokument/statens-offentliga-utredningar/2017/05/sou-201739/>

[cit. SOU:2017:39]

*Konkurrens och tillväxt på digitala marknader: ett regeringsuppdrag om e-handel och delningsekonomi*, Konkurrensverket, Stockholm, 2017

[http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport\\_2017-2.pdf](http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2017-2.pdf)

[KKV (2017)]

### *Tyskland*

Bundeskartellamt *initiates proceeding against Facebook on suspicion of having abused its market power by infringing data protection rules* , 2 mars 2016, länk;

[http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02\\_03\\_2016\\_Facebook.html?nn=3591568](http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3591568)

[cit. Bundeskartellamt (2016)]

## EU

### *Kommissionens beslut*

Commission Decision of 24/03/2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft), 21 april 2004

[cit. Microsoft (2004)]

Commission Decision of 11/03/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4731 –

Google/ DoubleClick), 11 mars 2008  
[cit. Google/DoubleClick (2008)]

Commission Decision of 14/05/2008 declaring a concentration to be compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No COMP/M.4854 – TOMTOM/TELE ATLAS), 14 maj 2008  
[cit. TomTom/Tele Atlas (2008)]

Commission Decision of 18/02/2010 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.5727 – MICROSOFT / YAHOO! SEARCH BUSINESS) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, 18 februari 2010  
[cit. Microsoft/Yahoo! Search business (2010)]

Commission Decision of 03/10/2014 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.7217 – FACEBOOK / WHATSAPP) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, 3 oktober 2014  
[cit. Facebook/WhatsApp (2014)]

### ***Förslag***

Kommissionens förslag av den 25 januari 2012 om förslag till Europaparlamentets och rådets förordning om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter (allmän dataskyddsförordning), COM(2012) 11 final  
[cit. COM(2012) 11 final]

### ***Vägledning, rekommendationer och yttranden***

MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET, RÅDET, EUROPEISKA EKONOMISKA OCH SOCIALA KOMMITTÉN SAMT REGIONKOMMITTÉN - *Onlineplattformar och den digitala inre marknaden Möjligheter och utmaningar för Europa*, Bryssel den 25.5.2016 COM(2016) 288 final  
[cit. COM(2016) 288 final]

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, *En strategi för en inre digital marknad i Europa*, COM(2015) 192 final, 6 maj 2015  
[cit. COM(2015) 192 final]

Meddelande från kommissionen – *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder*, EUT C 45, 24 februari 2009  
[cit. Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder]

Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, *Privacy and competitiveness in the age of big data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, Mars 2014,  
[https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26\\_competition\\_law\\_big\\_data\\_EN.pdf](https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_EN.pdf)  
[cit. EDPS, *Privacy and competitiveness in the age of big data* (2014)]

IV/34.689 - *Sea Containers v. Stena Sealink* – (Interim measures)  
[cit. Mål IV/34.689 *Sea Containers Ltd/Stena Sealink*]

## Litteratur

Bergh, Roger Van den & Camesasca, Peter D., *European competition law and economics: a comparative perspective*, 2. ed., Sweet & Maxwell, London, 2006  
[cit. Bergh och Camesasca (2006)]

Evans, David S., *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, *Yale Journal on Regulation*, Vol. 20, Nr. 2, 2003, s. 325–382  
[cit. Evans (2003)]

Evans, S. David, *Northwestern University Law Review*, Vol. 102, Issue 4 (2008), pp. 1987-2008  
102 Nw. U. L. Rev. 1987 (2008) s. 1995  
[cit. Evans (2008)]

Ezrachi, Ariel & Stucke, Maurice E., *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*, 2016  
[cit. Ezrachi & Stucke (2016)]

Ezrachi, Ariel, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, 4. ed., Hart Publishing, Oxford, 2014  
[cit. Ezrachi (2014)]

Ezrachi, Ariel, *EU competition law: an analytical guide to the leading cases*, 3. ed., Hart Publishing, Oxford, 2012  
[cit. Ezrachi (2012)]

Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, Eric van Damme & Pauline Affeldt, *Market Definition In Two-Sided Markets: Theory And Practice*, *Journal of Competition Law & Economics*, 10(2), 293–339, Published by Oxford University Press 2014  
[cit. Filistrucchi et al. (2014)]

Graef, Inge, Wahyuningtyas, Sih Yuliana och Valcke, Peggy, *Assessing data access issues in online platforms*, *Telecommunications Policy*, Vol. 39, Nr. 5, 2015, s. 375–387  
[cit. Graef, Wahyuningtyas och Valcke (2015)]

Graef, Inge, *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*, Graef (2016) [Elektronisk resurs], Kluwer Law International, 2016  
[Cit. Graef (2016)]

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011  
[cit. Hettne och Otken Eriksson (2011)]

Manne, Geoffrey A. och Sperry, Ben, *The Problems and Perils of Bootstrapping Privacy and Data into an Antitrust Framework*, CPI Antitrust Chronicle, Vol. 5, 2015, s. 2–11  
[cit. Manne & Sperry (2015)]

Scotchmer, Suzanne, *Innovation and incentives*, MIT Press, Cambridge, Mass., 2005  
[cit. Scotchmer (2005)]

Tucker, Darren S. och Wellford, Hill B., *Big Mistakes Regarding Big Data*, Antitrust Source, American Bar Association, december 2014  
[cit. Tucker & Wellford (2014)]

Zanfir, Gabriela, *International Data Privacy Law*, 2012, Vol. 2, No. 3 p 49-162  
[cit. Zanfir (2012)]

## Elektroniska källor

Lerner, Andres V., *The Role of "Big Data" in Online Platform Competition*, 26 augusti 2014, [http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract\\_id=2482780](http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2482780)  
[cit. Lerner (2014)]


Geradin, Damien and Kuschewsky, Monika, *Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue*, 12 februari 2013, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2216088](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088)  
[cit. Geradin och Kuschewsky (2013)]

Inge Graef, Jeroen Verschakelen & Peggy Valcke, *Putting the right to data portability into a competition law perspective*, Law. The Journal of the Higher School of Economics, Annual Review 2013, p. 53-63  
[https://www.researchgate.net/publication/281092445\\_Putting\\_the\\_right\\_to\\_data\\_portability\\_into\\_a\\_competition\\_law\\_perspective](https://www.researchgate.net/publication/281092445_Putting_the_right_to_data_portability_into_a_competition_law_perspective)  
[cit. Graef, Verschakelen & Valcke (2013)]

Klemperer, P. (1995) 'Competition when consumers have switching costs: An overview with applications to industrial organization, macroeconomics, and international trade,' The Review of Economic Studies, 62(4), 515-539.  
<https://www.nuffield.ox.ac.uk/users/klemperer/competition.pdf>  
[cit. Klemperer (1995)]

Paul T. Moura, *The Sticky Case of Sticky Data: An Examination of the Rationale, Legality, and Implementation of a Right to Data Portability Under European Competition Law*, Media@LSE, London School of Economics and Political Science ("LSE") 2014  
<http://www.lse.ac.uk/media@lse/research/mediaWorkingPapers/MScDissertationSeries/2013/118-Moura.pdf>  
[cit. Moura (2014)]

Eleonora Ocello, Cristina Sjödin, och Anatoly Subočs, 'What's Up with Merger Control in the Digital Sector? Lessons from the Facebook/WhatsApp EU Merger Case', 1 *Competition Merger Brief* (February 2015)  
[http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015\\_001\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2015/cmb2015_001_en.pdf)  
[cit. Ocello, Sjödin och Subočs (2015)]

OECD; OECD, *Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value*, *OECD Digital Economy Papers*, No. 220, 2013,   
<http://dx.doi.org.ludwig.lub.lu.se/10.1787/5k486qtxldmq-en>.  
[cit. OECD (2013)]

Nicolai VAN GORP & Dr Olga BATURA, *Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy*, IP/A/ECON/2014-12, 2015  
<http://www.europarl.europa.eu/studies>  
[cit. Van Gorp och Batura (2015)]

Swire, Peter & Yianni Lagos, *Why the right to data portability likely reduces consumer welfare: antitrust and privacy critique*, *Maryland Law Review*; 2013, Vol. 72 Issue 2, p335-380, 46p (2013)  
<http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3550&context=mlr>  
[cit. Swire & Lagos (2013)]

Stucke, Maurice & Grunes, Alen, *'Big data and competition policy'* [Elektronisk resurs], Oxford University Press, Oxford, 2016.,  
[cit. Stucke & Grunes (2016)]

## Övriga källor

Almunia, Joaquín, *Competition and personal data protection*, SPEECH/12/860, Speech at Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data, Bryssel, 26 november 2012, <[http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm)>  
[cit. Almunia (2012)]

Graef, Inge, Wahyuningtyas, Sih Yuliana och Valcke, Peggy, *How Google and others upset competition analysis: disruptive innovation and European competition law*, 25th European Regional Conference of the International Telecommunications Society (ITS), Bryssel, Belgien, 22–25 juni 2014, <<http://www.econstor.eu/handle/10419/101378>>  
[cit. Graef, Wahyuningtyas, och Valcke (2014)]

Vestager Margrethe, *'Competition in a big data world'*, tal vid DLD 16, München, 17 januari 2016

[https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world\\_en](https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/competition-big-data-world_en)

[cit. Vestager (2016)]

Fildes, Nic och Politi, James, *WhatsApp fined €3m over Facebook data sharing in Italy*, 12 maj 2017 Financial times. <<https://www.ft.com/content/2fdb5f34-3728-11e7-bce4-9023f8c0fd2e>>

[cit. Fildes & Politi (2017)]

Meyer, David, *European Commission, experts uneasy over WP29 data portability interpretation*, april 25, 2017,

[https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation/?mkt\\_tok=eyJpIjoiTkRneU1UQTZBZVEJrWTJJdyIsInQiOiI1YmF5eUJMNllyR0JCWWhqK0p4M05W0EgXMDZtZGJqNlFaUWxaT1wvVHJRZE4rc1hLUENNndndIeWV EbnQrbFdqTUdaNjZFWGRPTEY5a3hUaE9pMVF3enpcL2YyVWtZMFFkcVFhcFdkYnkyc FNDRTRLcE5FajZwMUJmcUNCRnBHR3I5In0%3D](https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation/?mkt_tok=eyJpIjoiTkRneU1UQTZBZVEJrWTJJdyIsInQiOiI1YmF5eUJMNllyR0JCWWhqK0p4M05W0EgXMDZtZGJqNlFaUWxaT1wvVHJRZE4rc1hLUENNndndIeWV EbnQrbFdqTUdaNjZFWGRPTEY5a3hUaE9pMVF3enpcL2YyVWtZMFFkcVFhcFdkYnkyc FNDRTRLcE5FajZwMUJmcUNCRnBHR3I5In0%3D)

[cit. Meyer (2017)]

European Commission - Press release

*Mergers: Commission fines Facebook €110 million for providing misleading information about WhatsApp takeover*,

Brussels, 18 May 2017

[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1369\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1369_en.htm)

## Rättsfallsförteckning

### *EU-domstolen*

*AstraZeneca AB and AstraZeneca plc v. European Commission*, C-457/10 P,

ECLI:EU:C:2012:770

[C-457/10 *AstraZeneca mot kommissionen*]

Mål i de förenade målen C-241/91 och C-242/91, *Telefís Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska gemenskapernas kommission*, (Magill), EU:C:1995:98

[cit. de förenade målen C-241/91 och C-242/91 *Magill*]

Mål C-7/97 *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs*, EU:C:1998:569

[cit. Mål C-7/97 *Bronner*]

Mål C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG.*,

EU:C:2004:257

[cit. Mål C-418/01, *IMS Health*]

Mål C-238/05 Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL och Administración del Estado mot Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)  
ECLI-nummer: ECLI:EU:C:2006:734  
[cit. C-238/05, *Asnef-Equifax*]

*Allianz Hungária Biztosító Zrt*, C-32/11,  
ECLI:EU:C:2013:160  
[cit. C-32/11 *Allianz Hungária*]

### ***Tribunalen***

Mål T-201/04 *Microsoft* mot *kommissionen*, EU:T:2007:289