



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Victoria Volny

Personuppgifter som valuta i den
digitala ekonomin

– en analys av den konkurrensrättsliga betydelsen
av förvärv, insamling och hantering av
personuppgifter i eu

Särtryck ur häfte 1/2017

PERSONUPPGIFTER SOM VALUTA I DEN DIGITALA EKONOMIN

— EN ANALYS AV DEN KONKURRENSRÄTTSLIGA BETYDELSEN AV FÖRVÄRV, INSAMLING OCH HANTERING AV PERSONUPPGIFTER I EU

Av Victoria Volny¹

Personal data is the new oil of the internet and the new currency of the digital world.

– Meglena Kuneva, European Consumer Commissioner, 2009

Den digitala utvecklingen och ny teknologi innebär ständigt ökade möjligheter för företag att samla in och analysera data i syfte att utvinna ekonomiska fördelar. Genom förvärv, insamling och hantering av personuppgifter kan företag i den digitala ekonomin² förbättra och utveckla produkter och tjänster. Sådan hantering av personuppgifter öppnar dessutom upp för användandet av marknadsföring som är riktad och anpassad till företagets kunder. Detta har lett till att användardata och personuppgifter har fått ett större kommersiellt värde än någonsin tidigare. Företag kan genom förvärv, insamling och hantering av personuppgifter i allt högre utsträckning öka sitt marknadsinflytande i förhållande till många marknader i den digitala ekonomin. Samtidigt kan den ökade insamlingen och hanteringen av personuppgifter innebära risker och utmaningar i förhållande till EU-medborgares personliga integritet och personuppgiftsskydd. I den digitala ekonomin finns en intressekonflikt mellan å ena sidan EU-medborgares personliga integritet och å andra sidan företags intresse av att maximera sin vinst och sina konkurrensmöjligheter. Mot bakgrund av denna intressekonflikt syftar artikeln till att belysa den konkurrensrättsliga betydelsen av förvärv, insamling och hantering av

¹ Biträdande jurist på Advokatfirman Lindahl. Artikeln speglar dock endast mina egna åsikter och ställningstaganden. Artikeln är en förkortad och omarbetad version av min examensuppsats, Personuppgifter som valuta i den digitala ekonomin – en konkurrensrättslig analys av förvärv, insamling och hantering av personuppgifter i EU, som skrevs vårterminen 2016 vid Lunds universitet. Under hösten 2016 belönades uppsatsen med Konkurrensverkets första pris i juridik.

² Med uttrycket "den digitala ekonomin" avses i artikeln den ekonomi som drivs av internet och annan informations- och kommunikationsteknologi som i stor utsträckning har förändrat vårt konsumtionsmönster och gett upphov till nya företagsmodeller, jfr 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 s. 3 och OECD, *Measuring the Digital Economy: A New Perspective*, OECD Publishing, Paris, 2014 s. 26.

personuppgifter i EU. Det undersöks även om det genom tillämpning av EU:s konkurrensrättsliga regelverk är möjligt att balansera dessa två motstående intressen.

I. INLEDNING

De senaste decenniernas utveckling av informations- och kommunikationsteknologi har förändrat människors sätt att leva, umgås och söka information. Detta har gett upphov till en ny digital ekonomi med en rad nya företag vilka är beroende av informations- och kommunikationsteknologi för att förmedla sina varor eller tjänster.³ I den nya digitala ekonomin lämnar människor dagligen ifrån sig mängder av personlig data genom bland annat sociala nätverk, sökmotorer, nätbutiker, molntjänster och appar. Personuppgifter och användar-data har kommit att få ett mycket stort kommersiellt värde och många företag i den digitala ekonomin har gjort insamling och hantering av användar-data och personuppgifter till en del av sin affärsidé. Detta kan illustreras av det faktum att många digitala tjänster såsom sociala nätverk, söktjänster, mejltjänster och appar tillhandahålls utan ekonomisk kostnad till användarna. För att använda tjänsterna ”betalar” användarna istället med sin personliga data. Företag som Google och Facebook har byggt upp affärsmodeller där de å ena sidan erbjuder sina tjänster gratis, men å andra sidan är beroende av sina användares personuppgifter för att kunna utveckla sina tjänster och rikta kundspecifik marknadsföring mot användarna. Personuppgifter och användar-data har därigenom kommit att bli en slags ny valuta på internet.⁴

Under de senaste åren har det både i EU och USA växt fram en debatt kring den eventuella kopplingen mellan konkurrensrätt och personuppgifter respektive personuppgiftsskydd.⁵ I den digitala ekonomin har tillgång till data och personuppgifter kommit att ge upphov till betydande ekonomiska effektivitetsvinster för företag. Dels kan personlig data användas för att förbättra den erbjudna tjänsten, till exempel genom att visa mer relevanta sökresultat, dels kan informationen användas för att rikta mer relevant

3 Graef, Inge, *Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms*, *World Competition: Law & Economics Review*, Vol. 38, Nr. 4, 2015, s. 473–505 [cit. Graef] s. 484.

4 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 [cit. EDPS 2014] s. 10.

5 Se bland annat EDPS 2014, Competition & Markets Authority, *The commercial use of consumer data, Report on the CMA's call for information*, CMA38, juni 2015 [cit. CMA 2015] Jones Harbour, Pamela och Koslov, Tara Isa, *Section 2 in a Web 2.0 World: An Expanded Vision of Relevant Product Markets*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 76, Nr. 3, 2010 s. 769–798 [cit. Jones Harbour & Koslov] och Ohlhausen, Maureen K. och Okuliar, Alexander P., *Competition, Consumer Protection, and the Right [Approach] to Privacy*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 80, Nr. 1, 2015 s. 121–156.

marknadsföring mot användarna. Det kommersiella värdet av personuppgifter och användardata kan vidare illustreras av det faktum att många företagsförvärv i den digitala ekonomin i allt större utsträckning motiveras av förvärvsobjektets datatillgångar.⁶

Insamling eller förvärv av data kan alltså öka ett företags marknadsinflytande på marknader i den digitala ekonomin.⁷ Detta kan ge upphov till konkurrensrättsliga konsekvenser på den inre marknaden och kommissionen har vid ett flertal tillfällen utrett huruvida dominanta aktörers förvärv, insamling och hantering av personuppgifter kan leda till hinder för inträde och expansion för mindre och nyetablerade aktörer.⁸ Samtidigt innebär företags ökade incitament att samla in och hantera personuppgifter risker i förhållande till EU-medborgares personuppgiftsskydd. En grundläggande dataskyddsprincip i EU är principen om ändamålsenlig behandling. Denna princip innebär att personuppgifter endast får samlas in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål och att senare behandling inte får ske på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål.⁹ Vidare får uppgifterna inte omfatta mer än vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål för vilka de samlades in eller lagras längre än vad som är nödvändigt för behandlingens syfte.¹⁰ Dessa grundläggande dataskyddsprinciper riskerar att få stå tillbaka när de ställs emot företags vilja att maximera sin vinst och öka sina möjligheter att konkurrera i den digitala ekonomin. Kort sagt kan företaget i den digitala

6 Jfr Graef s. 493.

7 Se exempelvis CMA 2015 s. 86.

8 Se exempelvis 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] och 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]. Se även Press release, European Commission: *Antitrust: Commission Probes Allegations of Antitrust Violations by Google*, IP/10/1624 [cit. Commission: Press Release IP/10/1624] samt Press release, European Commission, Almunia, Joaquín: Statement of VP Almunia on the Google antitrust investigation, SPEECH/12/372, Bryssel, 21 maj 2012 [cit. Commission: Press Release SPEECH/12/372].

9 Se Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och det fria flödet av sådana uppgifter [cit. dataskyddsdirektivet] artikel 6 b och Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning), [cit. GDPR] artikel 5 b.

10 Se dataskyddsdirektivet artikel 6 c och GDPR artikel 5 c.

ekonomin i stor utsträckning vinna ekonomiska fördelar genom att samla in och hantera data i strid med dessa grundläggande dataskyddsprinciper.

Det kan härigenom konstateras att det finns en konflikt mellan skydd för personuppgifter och företags intresse av att maximera sin vinst och sina möjligheter att konkurrera på marknader i den digitala ekonomin. Artikeln tar sin utgångspunkt i denna konflikt. Syftet är att belysa olika möjligheter för att med hjälp av EU:s konkurrensrättsliga regelverk balansera dessa två motstående intressen, och därigenom förstärka och effektivisera EU:s personuppgiftsskydd, samtidigt som en sund konkurrens upprätthålls på EU:s inre marknad.

2. DEN KONKURRENSRÄTTSLIGA BETYDELSEN AV FÖRVÄRV, INSAMLING OCH HANTERING AV PERSONUPPGIFTER

2.1 PERSONUPPGIFTER OCH ANVÄNDARDATA SOM EN KONKURRENSFÖRDEL I DEN DIGITALA EKONOMIN

Personuppgifter och användardata har en central roll för företag verksamma i den digitala ekonomin. Internetanvändare lämnar dagligen ifrån sig digitala spår i form av data när de surfar på olika webbplatser.¹¹ Den data och de uppgifter användarna lämnar ifrån sig har kommit att få ett stort kommersiellt värde och företag i den digitala ekonomin är inte sena på att utnyttja de kommersiella fördelar som insamlad data för med sig. Många företag har gjort insamling av användardata och personuppgifter till själva affärsidén.¹² En rad digitala tjänster, exempelvis söktjänster och sociala nätverkstjänster, tillhandahålls utan ekonomisk kostnad till användarna. För att finansiera tjänsterna förlitar sig tjänsteleverantörerna på insamling av användarnas personuppgifter och användardata för att kunna erbjuda annonsörer att rikta kundspecifik marknadsföring gentemot användarna baserat på deras preferenser och behov.¹³

Även för företag vars huvudsakliga affärsidé inte är att samla in personuppgifter och användardata kan sådan data medföra fördelar. Personuppgifter och användardata kan bland annat samlas in som en del i en transaktion

11 CMA 2015 s. 29 ff.

12 EDPS 2014 s. 10.

13 EDPS 2014 s. 10, Silvestri, Fabrizio, *Mining Query Logs: Turning Search Usage Data into Knowledge, Foundations and Trends in Information Retrieval*, Vol. 4, Nr. 1–2, januari 2010, s. 1–174 [cit. Silvestri] s. 71 f. Se även 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, hämtad den 7 mars 2017 [cit. Geradin & Kuschewsky] s. 4.

mellan ett företag och en konsument. Data kan även i sådana sammanhang vara betydelsefull för företag som hjälpmedel för att bättre förstå kundernas köpmönster och beteenden.¹⁴ Exempel på hur detta kan utnyttjas är genom olika rekommendationssystem, erbjudanden och riktad marknadsföring för att möjliggöra för merförsäljning gentemot konsumenterna. Detta innebär att innehav och hantering av personuppgifter och användardata i stor utsträckning kan bidra till att generera ökade intäkter för företag verksamma i den digitala ekonomin.¹⁵

En viktig kommersiell fördel med insamling och hantering av personuppgifter och användardata är möjligheten att förbättra och utveckla den erbjudna tjänsten.¹⁶ Detta gäller för de flesta företag verksamma i den digitala ekonomin. Sökmotorer är i hög utsträckning beroende av sökdata för att kunna förbättra sökalgoritmen och därigenom relevansen av de genererade sökresultaten.¹⁷ Relevansen av den riktade marknadsföringen är i sin tur avgörande för att företag i den digitala ekonomin ska kunna tjäna pengar på marknadsföringen. Ett exempel är sökmotorer, vilka ofta erbjuder marknadsföring genom så kallade sponsrade sökresultat. Det innebär att företaget får buda på olika nyckelord som är relevanta för deras affärsmodeller och att dessa resultat då visas högre upp i sökfältet för användaren under förutsättning att nyckelordet även är av hög relevans för användaren.¹⁸ För att sökmotorerna ska tjäna pengar på sponsrade länkar krävs det även att användarna klickar på länkarna. Användarna i sin tur kommer bara att klicka på länkarna om de är tillräckligt relevanta för vad de söker. En internetanvändare som planerar en resa till Paris är till exempel mer benägen att klicka på en annons om hotell i Paris än en annons om hotell i New York. I det här avseendet är personuppgifter och användardata essentiellt för att kunna rikta marknadsföring av hög relevans till användarna.¹⁹ Tillgång till stora mängder sökdata och förfrågningar är därför en viktig faktor för en framgångsrik sökmotor.²⁰

14 CMA 2015 s. 29 ff.

15 Shelanski, Howard A., *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 161, Nr. 6, 2013, s. 1663–1705 [cit. Shelanski] s. 1679 f. Se även CMA 2015 s. 50 ff.

16 CMA 2015 s. 50 ff.

17 Silvestri s. 4 och s. 71.

18 Silvestri s. 150 f.

19 Silvestri s. 71 f. Se även Geradin och Kuschewsky s. 4.

20 I kommissionens beslut – 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] p. 173 – uttalade majoriteten av respondenterna i marknadsundersökningen att tillgång till stora mängder

Även e-handelsplattformar och sociala nätverksleverantörer kan genom tillgång och analys av data förbättra de erbjudna tjänsterna genom att i större utsträckning anpassa dessa efter användarens behov och preferenser.²¹

Trots den stora tillgången till data i den digitala ekonomin ska användardata och personuppgifters ekonomiska värde inte underskattas. Även om vissa data såsom namn, kön och ålder finns tillgängliga för många olika tjänsteleverantörer samtidigt så är annan data mer unik.²² Ett sådant exempel är sökdata som genereras av sökmotorer. Sådan unik data kan ha ett högre värde då endast den sökmotor som samlat in sökdatan har tillgång till den. Vidare är data en färskvara – för att en viss tjänst ska kunna anpassa sig efter användarnas skiftande behov och preferenser måste ny data ständigt samlas in. Även om en aktör kan köpa data från en konkurrent kommer den aktören som själv samlar in och har tillgång till stora datatillgångar att kunna anpassa sig snabbare efter användarnas föränderliga behov. I detta avseende har stora etablerade aktörer konkurrensfördelar gentemot mindre och oetablerade aktörer som inte har tillgång till samma datamängder.²³

För företag vars affärsmodeller finansieras genom insamling och analys av användardata är tillgången till användardata ett av företagets främsta konkurrensmedel. Detta kan bland annat illustreras av det faktum att Facebook i sina användarvillkor förbjuder andra aktörer från att hämta innehåll och uppgifter från dess plattform.²⁴ Företag i den digitala ekonomin försöker i hög utsträckning vidta åtgärder för att själva tillförsäkra sig stora mängder användardata, samtidigt som de utestänger konkurrenter från att få tillgång till samma data.²⁵ Detta visar på att personuppgifter och användardata har ett stort kommersiellt värde, och utgör ett betydande konkurrensmedel som kan användas för att skapa marknadsinflytande på många marknader i den digitala ekonomin.

sökdata och sökförfrågningar är en viktig faktor för en framgångsrik sökmotor.

21 Graef s. 485 ff.

22 CMA 2015 s. 75 f.

23 Graef s. 483 och CMA 2015 s. 75 f.

24 Se Facebook, Redogörelse för rättigheter och skyldigheter, senast ändrad 30 januari 2015, <https://www.facebook.com/legal/terms>, hämtad den 7 mars 2017, där Facebook förbjuder automatisk insamling av användarinnehåll: "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."

25 Jfr Commission: Press Release IP/10/1624 och Commission: Press Release SPEECH/12/372.

2.2 KONKURRENSRÄTTSLIGA PROBLEM I FÖRHÅLLANDE TILL PERSONUPPGIFTER OCH ANVÄNDARDATA

Som konstaterats i det föregående är ofta personuppgifter och användardata viktiga tillgångar som företag kan behöva ha tillgång till för att kunna tillhandahålla en viss tjänst, så kallade inputs.²⁶ Under förutsättning att en nyetablerad eller mindre aktör behöver tillgång till viss data för att kunna konkurrera på lika villkor med en dominant etablerad aktör, så kan de datatillgångar som innehas av den etablerade aktören ge upphov till konkurrensrättsliga problem i form av hinder för inträde och expansion.²⁷

Marknader i vilka tillgång till personuppgifter och användardata är viktiga förutsättningar för att kunna tillhandahålla en viss tjänst eller produkt – till exempel marknader för digitala söktjänster eller sociala nätverkstjänster – kan beskrivas som inputmarknader för data. Inputmarknader för data präglas i hög utsträckning av strukturella inträdeshinder för nya aktörer. Mest påtagligt är förekomsten av flersidiga affärsmodeller, i vilka företag agerar som mellanhänder mellan olika kundgrupper, till exempel användare och annonsörer.²⁸ Karaktäristiskt för flersidiga affärsmodeller är att de i stor utsträckning präglas av så kallade nätverkseffekter. Förekomsten av nätverkseffekter innebär att ju fler användare som använder en plattform, desto högre värde får plattformen i förhållande till varje enskild användare av tjänsten. Detta fenomen syns tydligt när det kommer till sociala nätverk såsom Facebook och Twitter. När fler användare ansluter sig till tjänsterna så ökar värdet för de befintliga användarna eftersom de får större möjligheter att kommunicera med andra användare.²⁹

Flersidiga plattformar i den digitala ekonomin präglas i hög grad även av indirekta nätverkseffekter mellan kundgrupperna. Det innebär att ju fler kunder som använder den ena sidan av plattformen, desto mer ökar

26 Med uttrycket input avses det faktum att personuppgifter och användardata ofta utgör ett viktigt produktionsmedel för att kunna tillhandahålla en viss tjänst eller produkt. Input kan även bestå i råmaterial, teknik eller anläggningar som ett företag behöver tillgång till för att kunna producera en viss produkt eller erbjuda en viss tjänst. Jfr mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*, EU:T:2007:289 [cit. Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*] p. 356 och mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs*, EU:C:1998:569 [cit. Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs*] p. 38.

27 Se exempelvis *Google/DoubleClick* och *Facebook/WhatsApp*.

28 Rochet, Jean-Charles och Tirole, Jean, *Platform Competition in Two-sided Markets*, *Journal of the European Economic Association*, Vol. 1, Nr. 1, 2003, s. 990–1029, s. 990 f., Filistrucchi, Lapo, Geradin, Damien och Van Damme, Eric, *Identifying Two-Sided Markets*, *World Competition*, Vol. 36, Nr. 1, 2013, s. 33–60 [cit. Filistrucchi m.fl.] s. 33 f. och Shelanski s. 1677.

29 Shelanski s. 1682 och Filistrucchi m.fl. s. 37 f.

plattformens värde för kunderna på den andra sidan av plattformen.³⁰ Detta kan illustreras med det faktum att ju fler användare som ansluter sig exempelvis till det sociala nätverket Facebook, desto fler annonsörer kommer vara villiga att köpa annonsplatser på Facebook eftersom deras marknadsföring kommer nå fler potentiella kunder. Samtidigt bidrar en ökning av annonsörer till en ökad intäkt för företaget som då kan utveckla tjänsten, vilket kommer användarna till godo.³¹ Direkta och indirekta nätverkseffekter förstärker den konkurrens fördel innehav av användardata ger upphov till. När en digital plattform väl har etablerat sig kommer såväl användare som annonsörer i första hand att vilja ansluta sig till den befintliga etablerade plattformen på grund av direkta och indirekta nätverkseffekter.³² En konsekvens av direkta och indirekta nätverkseffekter är därför att de marknader som präglas av dessa tenderar att bli koncentrerade och att konkurrens blir svårare att uppnå.³³

Mängden insamlad data spelar dessutom en avgörande roll för framgång i förhållande till många inputmarknader för data. Ju mer data en sökmotor har tillgång till, desto mer relevanta sökresultat kommer den generera.³⁴ På samma sätt är sociala nätverk och e-handelsplattformar beroende av att generera relevanta resultat gentemot såväl sina användare som sina annonsörer, vilket leder till att stora mängder data ger upphov till större konkurrens fördelar.³⁵ Vidare kan kostnader för datahantering utgöra hinder för mindre aktörer att slå sig in på dessa marknader. Startkostnaden för insamling, behandling och analys av data är hög. Däremot ökar kostnaden inte särskilt mycket för att processa större mängder data. Det innebär att stora företag i stor utsträckning kommer ha kostnads fördelar gentemot mindre företag.³⁶

2.3 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT BEAKTA PERSONUPPGIFTER OCH ANVÄNDARDATA I KONKURRENSRÄTTSLIGA BEDÖMNINGAR

Tillgång till användardata och personuppgifter kan alltså ge upphov till konkurrens fördelar och användas för att skapa marknadsinflytande i förhållande till ett flertal marknader i den digitala ekonomin. Vidare kan

30 Filistrucchi m.fl. s. 38.

31 Graef s. 477.

32 Jfr Graef s. 487.

33 Se 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 m.fl.] s. 378 f., Shelanski s. 1684, Evans, David S., *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, Yale Journal on Regulation, Vol. 20, Nr. 2, 2003, s. 325–382, s. 362 ff.

34 Se t.ex. Microsoft/Yahoo! Search business p. 173.

35 Jfr Graef s. 487.

36 CMA 2015 s. 77.

konkurrensrättsliga problem uppkomma i förhållande till inputmarknader för personuppgifter och användardata.

År 2010 inledde kommissionen en konkurrensutredning mot Google. Google anklagades bland annat för att ha hindrat användarnas dataportabilitet³⁷ samt för att ha slutit ett antal exklusivitetsavtal i syfte att utestänga konkurrerande sökverktyg.³⁸ I förhållande till de exklusivitetsavtal som ingåtts var det Google som genererade sökresultaten, vilket inte bara medförde att företaget fick ta del av eventuella annonsintäkter från sponsrade sökresultat, utan också att det fick tillgång till ytterligare användardata samtidigt som Googles konkurrenter utestängdes från att samla in motsvarande data.³⁹ Genom att uppställa vissa begränsningar avseende dataportabilitet för Googles digitala tjänst AdWords gjordes det även gällande att bolaget låst in sina kunder och därmed begränsat såväl konkurrensen som innovationen på marknaden.⁴⁰ Google vidtog ett antal åtgärder för att tillmötesgå kommissionens krav och kommissionen uttalade sig därför aldrig om huruvida bolagets beteende faktiskt stridit mot gällande konkurrensrätt.⁴¹ I och med den inledda konkurrensutredningen kan det dock konstateras att det i vart fall finns förutsättningar för att beakta dominantas aktörers hantering och insamling av personuppgifter i konkurrensrättsliga bedömningar.

I ett flertal företagskoncentrationsbeslut har kommissionen resonerat kring huruvida sammanslagningen av två företags datatillgångar kan skapa hinder för inträde och expansion på marknader i den digitala ekonomin. Det första konkurrensrättsliga fallet som berörde personuppgifter och personuppgiftsskydd var Googles förvärv år 2008 av DoubleClick, ett företag som tillhandahöll ledande teknologi för att visa riktad marknadsföring på hemsidor samt bevaka dess funktion.⁴² Fallet skapade stor debatt både i Europa och USA

37 Begreppet dataportabilitet syftar till en möjlighet att flytta specifik data från en leverantör till en annan. I det här sammanhanget kan kort nämnas att en av de nyheter som införs i och med den nya dataskyddsförordningen, GDPR (se vidare avsnitt 3.2), är just en rätt till dataportabilitet. Syftet med rätten till dataportabilitet är att underlätta datasubjekts möjligheter att flytta, kopiera eller överföra personuppgifter från en IT-miljö till en annan och därigenom förstärka individens kontroll över sina personuppgifter. Se Article 29 Data Protection Working Party, *Guidelines on the right to data portability*, 13 december 2016 s. 4.

38 Commission: Press Release IP/10/1624 samt Commission: Press Release SPEECH/12/372.

39 Commission: Press Release SPEECH/12/372. Se även Geradin & Kuschewsky s. 7 f.

40 Geradin & Kuschewsky s. 10.

41 Commitments in Case COMP/C-3/39.740 – Foundem and others, 3 april 2013, *Memo – Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns – questions and answers*, 25 april 2013 och Commission: Press Release SPEECH/12/372.

42 Google/DoubleClick p. 5.

kring betydelsen av integritet och skydd för personuppgifter i konkurrens-sammanhang.⁴³ Vid tidpunkten för Googles förvärv av DoubleClick hade Google i stort sett monopol på marknaden för söktjänster i Europa. Google självt menade att företaget framför allt var verksamt inom webbsökning och marknadsföring.⁴⁴ Kommissionen bortsåg dock från marknaden för söktjänster och gjorde bedömningen att Google framför allt var aktiv inom en marknad för tillhandahållande av digitala reklamplatser.⁴⁵ Vissa observatörer menade att företagsförvärvet inte enbart syftade till att slå samman de två företagen, utan även till att kombinera företagens stora tillgångar av användardata.⁴⁶ Motståndare till Googles förvärv av DoubleClick anförde att kombinationen av företagens tillgångar av personuppgifter och användardata kunde innebära att företaget skulle uppnå en unik ställning på marknaden som inte skulle kunna efterliknas av dess konkurrenter. Bland annat argumenterades det för att Googles konkurrenter inte skulle kunna uppnå samma mängd personuppgifter eller ha samma möjligheter att samla in och analysera data som de två sammanslagna företagen.⁴⁷ Vidare underströks vikten av nätverkseffekter vilket skulle kunna leda till så höga inträdeshinder att andra företag inte skulle kunna slå sig in på marknaden för riktad marknadsföring.⁴⁸

I avgörandet beaktade kommissionen företagskoncentrationens ökade tillgång av användardata och behandlade för första gången någonsin användardata som en tillgång.⁴⁹ Genom att kombinera de två företagens datatillgångar skulle information om användarnas tidigare sökord och sökfraser kunna kopplas till samma användares tidigare surfbeteende på internet. Kommissionen uppmärksammade att sådan information potentiellt skulle kunna förbättra företagens förmåga att rikta marknadsföring mot användarna.⁵⁰ Kommissionen ansåg dock att kombinationen av data om sökbeteende med data om surfbeteende inte skulle sätta företagskoncentrationen i en unik ställning på marknaden

43 Coates, Kevin, *Competition law and regulation of technology markets*, Oxford University Press, Oxford, 2011 [cit. Coates] s. 393.

44 EDPS 2014 s. 29.

45 Google/DoubleClick p. 44.

46 Se exempelvis Jones Harbour, Pamela, *Dissenting Statement of Commissioner Harbour – In the Matter of Google/DoubleClick*, File No. 071-0170, https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-matter-google/doubleclick/071220harbour_0.pdf, hämtad den 27 mars 2017 [cit. Jones Harbour: Dissenting Statement].

47 Se exempelvis Google/DoubleClick p. 359 och Hahn, Robert W. och Singer, Hal J., *An Antitrust Analysis of Google's Proposed Acquisition of DoubleClick*, AEI-Brookings Joint Center Related Publication, Nr. 07-24, 2008 s. 3.

48 Se exempelvis Jones Harbour: Dissenting Statement.

49 Google/DoubleClick p. 359–366.

50 Google/DoubleClick p. 359–360.

för digital marknadsföring. Enligt kommissionen fanns samma data tillgänglig för ett flertal av Googles konkurrenter. Vidare framhölls att konkurrenter även hade möjligheten att köpa användardata från tredje parter. Kommissionen underströk dock att beslutet att godkänna Googles förvärv av DoubleClick inte påverkade parternas skyldigheter att skydda integritet och personuppgifter enligt gällande dataskyddsreglering i EU.⁵¹

Kommissionen har även berört de konkurrensrättsliga effekterna av ett företags ökade kontroll över användardata i beslutet *Facebook/WhatsApp* från år 2014.⁵² Vid tidpunkten för förvärvet tillhandahöll Facebook sociala nätverkstjänster, konsumentkommunikationstjänster och foto- och videodelningsfunktioner, dels genom sin plattform "Facebook", dels genom sin kommunikationsapp "Facebook Messenger". WhatsApp var en tillhandahållare av konsumentkommunikationstjänster genom den mobila appen "WhatsApp".⁵³ Genom Facebooks förvärv av WhatsApp skulle Facebook få tillgång till 600 miljoner användares personuppgifter och användardata.⁵⁴ Många observatörer argumenterade för att det var just tillgången till den stora mängden användardata som var det huvudsakliga ändamålet med förvärvet från Facebooks sida.⁵⁵

Kommissionen beaktade om Facebooks ökade kontroll över användardatan skulle kunna få några ekonomiska konsekvenser för konkurrensen på marknaden för digital marknadsföring. Facebook skulle efter förvärvet kunna samla in användardata från WhatsApp i syfte att förbättra precisionen av riktad marknadsföring på Facebooks egen plattform.⁵⁶ Ett flertal av de tillfrågade parterna i kommissionens marknadsundersökning menade att Facebooks ökade tillgång av användardata till följd av förvärvet av WhatsApp skulle stärka Facebooks position på marknaden för onlinemarknadsföring.⁵⁷ Det konstaterades dock att det även efter förvärvet skulle finnas tillräckligt många alternativa tillhandahållare av onlinemarknadsföring. Kommissionen argumenterade vidare för att det utöver Facebook fanns ett betydande antal marknadsaktörer som samlade in användardata, bland annat Google, Apple, Amazon, eBay och Microsoft. Kommissionen drog därför slutsatsen

51 Google/DoubleClick p. 365.

52 Facebook/WhatsApp.

53 Facebook/WhatsApp p. 2–3.

54 Facebook/WhatsApp p. 84.

55 Se exempelvis King, Leo, *Facebook, WhatsApp And The Insatiable Appetite For Data*, Forbes Magazine, 6 mars 2014, <http://www.forbes.com/sites/leoking/2014/03/06/facebook-whatsapp-and-the-insatiable-appetite-for-data/>, hämtad den 7 mars 2017.

56 Facebook/WhatsApp p. 180.

57 Facebook/WhatsApp p. 184.

att kombinationen av de två företagens datatillgångar inte skulle inverka negativt på konkurrensen eftersom det även efter förvärvet skulle finnas stora mängder användardata värdefull för onlinemarknadsföring utanför Facebooks exklusiva kontroll.⁵⁸

Även om kommissionen inte fann bevis för att företagens datatillgångar skulle kunna leda till konkurrensrättsliga problem i något av fallen, så visar företagsförvärvsbesluten i *Google/DoubleClick* och *Facebook/WhatsApp* att personuppgifter och användardata har betydelse för konkurrensrättsliga bedömningar i den utsträckningen de kan leda till konkurrensrättslig skada ur ett ekonomiskt perspektiv. Därmed finns det även förutsättningar för att beakta personuppgifter och användardata i konkurrensrättsliga bedömningar, såväl i förhållande till missbruk av dominerande ställning som i förhållande till företagskoncentrationsbeslut. Detta under förutsättning att förvärv, insamling eller hantering av personuppgifter eller användardata kan leda till konkurrensrättslig skada ur ett rent ekonomiskt perspektiv.

3. DEN DIGITALA EKONOMINS RISKER OCH UTMANINGAR I FÖRHÅLLANDE TILL EU:S PERSONUPPGIFTSSKYDD

3.1 INDIVIDUELL KONTROLL ÖVER PERSONUPPGIFTER I DEN DIGITALA EKONOMIN

Som det redogjorts för i det föregående har personuppgifter kommit att få ett stort kommersiellt värde i den digitala ekonomin och företag konkurrerar mot varandra för att få kontroll över internetanvändarnas personuppgifter och användardata. I förlängningen innebär företags ökade hantering och behandling av personlig data att individer riskerar att förlora kontrollen över sina personuppgifter. Personuppgiftsskyddsregleringen har dessutom kritiserats för att vara överksam eftersom dess effekt i förhållande till företags hantering av personuppgifter och data endast är marginell.⁵⁹ Den digitala tidsåldern, i vilken allt mer av internetanvändares personliga data samlas in samtidigt som ny teknik gör det möjligt att sammanföra stora datatillgångar, så kallade Big data, innebär nya utmaningar och risker i förhållande till individuell kontroll över data och personuppgifter.⁶⁰

58 Facebook/WhatsApp p. 189.

59 Koops, Bert-Jaap, *The trouble with European Data Protection Law*, International Data Privacy Law, Vol. 4, Nr. 4, 2014, s. 250–261 s. 250.

60 Rauhofer, Judith, *Privacy is dead, get over it! Information privacy and the dream of a risk-free society*, Information & Communications Technology Law, Vol. 17, Nr. 3, 2008, s. 185–197 s. 188 f., Goldfarb, Avi och Tucker, Catherine, *Privacy and Innovation, Innovation Policy and the Economy*, Vol. 12, 2012, s. 65–89 [cit. Rauhofer] s. 65 ff. och Lynskey, Orla, *The Foundations of EU Data Protection Law*, Oxford University Press, New York, 2015 [cit. Lynskey 2015] s. 4.

3.2 PERSONUPPGIFTSSKYDDET I EU

Skydd för personuppgifter utgör en fundamental rättighet i EU och skyddas såväl genom Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna (Europakonventionen) som EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan).⁶¹ EU-medborgares personuppgiftsskydd materialiseras i dagsläget genom dataskyddsdirektivet. Direktivet syftar till att skydda fysiska personers grundläggande fri- och rättigheter, särskilt rätten till privatliv, samt att säkerställa det fria flödet av personuppgifter mellan medlemsstaterna.⁶² För att uppnå detta syfte uppställer direktivet en rad skyldigheter för aktörer som behandlar och samlar in personuppgifter. Vidare anges vilka rättigheter som tillkommer personer vars personuppgifter blir föremål för insamling och behandling. Dessa är framför allt rätten att bli informerad om vilken behandling som sker, rätten att få tillgång till de insamlade uppgifterna, rätten att göra invändningar samt rätten till rättslig prövning.⁶³

Sedan dataskyddsdirektivet antogs år 1995 har såväl metoderna för insamling och behandling som mängden tillgängliga personuppgifter förändrats fundamentalt. När dataskyddsdirektivet antogs hade mindre än en procent av EU:s medborgare tillgång till internet och många av dagens stora digitala plattformar hade ännu inte lanserats.⁶⁴ För att i större utsträckning skydda EU-medborgares personuppgifter, mot bakgrund av den snabba tekniska utvecklingen och den ökade delningen av personuppgifter mellan olika aktörer, lanserade kommissionen år 2012 ett förslag till en allmän dataskyddsförordning, General Data Protection Regulation (GDPR).⁶⁵ Denna förordning ska ersätta det nu gällande dataskyddsdirektivet i maj 2018.⁶⁶ Syftet med den nya dataskyddsförordningen är att modernisera, effektivisera samt ytterligare harmonisera reglerna om skydd för personuppgifter inom EU. Samtidigt är målet att EU-medborgare ska få ökad kontroll över sina personuppgifter och det ska bli tydligare hur personlig data används på internet. I förlängningen är syftet att främja den ekonomiska

61 Se Europakonventionen artikel 8 och stadgan artikel 7 och 8.

62 Se dataskyddsdirektivet artikel 1.

63 Se dataskyddsdirektivet artikel 6–12.

64 Reding, Viviane, *Outdoing Huxley: Forging a high level of data protection for Europe in the brave new digital world*, SPEECH/12/464, Speech at Digital Enlightenment Forum, Luxemburg, 18 juni 2012.

65 Se 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. Europaparlamentets och rådets förslag till allmän dataskyddsförordning] skäl 4 och 5.

66 Se GDPR artikel 99.

utvecklingen i den digitala ekonomin genom att bygga upp medborgarnas förtroende för nätmiljön.⁶⁷

Även om GDPR medför en rad nyheter och har anpassats för att i större utsträckning återspegla samhällets digitala utveckling, så är stommen i personuppgiftsskyddet relativt oförändrad. I såväl dataskyddsdirektivet som GDPR krävs en rättslig grund för behandling av personuppgifter. En sådan grund är till exempel den registrerades samtycke som närmare definieras i dataskyddsdirektivet som ”varje slag av frivillig, särskild och informerad viljeytring”.⁶⁸ Ett passivt samtycke, t.ex. genom standardinställningar på sociala nätverk eller en webbläsare, är inte ett giltigt samtycke i dataskyddsdirektivets mening. Samtycke ska ges innan uppgifterna registreras och efter att den registrerade fått information om behandlingen på ett klart och tydligt sätt.⁶⁹ I GDPR ställs än högre krav på ett giltigt samtycke – ett sådant ska dessutom ges ”uttryckligt”.⁷⁰

En grundläggande princip för personuppgiftshantering i EU är principen om ändamålsenlig behandling. Denna princip innebär att personuppgifter endast får samlas in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål och att senare behandling inte får ske på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål.⁷¹ En ändamålsenlig behandling av personuppgifter är av stor vikt för att garantera den enskilde en transparent behandling av dennes personuppgifter, vilket i sin tur skapar förutsättningar för förutsebarhet och möjliggör individuell kontroll över personuppgiftshanteringen.⁷² Såväl dataskyddsdirektivet som GDPR uppställer även krav på att de uppgifter som samlas in ska vara adekvata och relevanta. Vidare får uppgifterna inte omfatta mer än vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål för vilka de samlades in eller lagras längre än vad som är nödvändigt för behandlingens syfte.⁷³ Detta brukar kallas för dataminimeringsprincipen och GDPR förstärker denna princip ytterligare genom att föreskriva att personuppgifter endast får

67 Se Europaparlamentets och rådets förslag till allmän dataskyddsförordning skäl 6 samt 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 s. 11 f.

68 Se dataskyddsdirektivet artikel 2 h.

69 EDPS 2014 s. 15.

70 GDPR artikel 6.

71 Se dataskyddsdirektivet artikel 6 b och GDPR artikel 5 b.

72 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, s. 13 f. Jfr även Nissenbaum, Helen, *Privacy as Contextual Integrity*, *Washington Law Review*, Vol. 79, Nr. 119, 2004, s. 101–139 [cit. Nissenbaum] s. 136 f.

73 Se dataskyddsdirektivet artikel 6 c och GDPR artikel 5 c.

behandlas om syftena med behandlingen inte kan uppnås genom behandling av information som inte rör personuppgifter.⁷⁴

En viktig nyhet i GDPR är att en rätt till dataportabilitet införts för den enskilde. Rätten till dataportabilitet innebär en möjlighet för individer att erhålla en kopia av den data som behandlas elektroniskt, till exempel sociala nätverksprofiler, köphistorik eller sökhistorik, och flytta uppgifterna till ett annat automatiserat behandlingssystem.⁷⁵ En ytterligare nyhet i GDPR är att överträdelse kan medföra en straffavgift på upp till fyra procent av ett företags globala årsomsättning eller 20 miljoner euro.⁷⁶

3.3 PERSONUPPGIFTSSKYDDET I EU – UTMANINGAR, MÖJLIGHETER OCH VÄGAR FRAMÅT

Som redogjorts för i det föregående innebär förvärv, insamling och hantering av personuppgifter ekonomiska effektivitetsvinster och konkurrensfördelar för företag i den digitala ekonomin. Den digitala tidsåldern och Big data har dock bidragit till att många EU-medborgare känner en osäkerhet kring hur deras personuppgifter hanteras och vilket skydd som egentligen finns för personuppgifter på internet.⁷⁷

Principen om ändamålsenlig behandling av personuppgifter är alltså en av de viktigaste hörnstenarna i EU:s personuppgiftsskydd. Personlig data har i den digitala tidsåldern kommit att röra sig allt mer fritt mellan marknadsaktörer och offentliga aktörer utan större hänsyn till det syfte för vilket uppgifterna ursprungligen samlades in.⁷⁸ I den digitala ekonomin ligger även ett stort värde i att hitta nya användningsområden för insamlad data.⁷⁹ Detta synsätt står i direkt kontrast till principen om ändamålsenlig hantering av data. Från den registrerade individens perspektiv är det i princip omöjligt att undvika att information som delas med en aktör förr eller senare även delas vidare eller används för ett annat syfte än för vilket samtycket till insamlingen gavs. Detta medför skada på individers integritet

74 Se GDPR artikel 5 c.

75 Se GDPR artikel 20.

76 Se GDPR artikel 83. Jfr dataskyddsdirektivet artikel 24.

77 European Commission, Special Eurobarometer 431, *Data protection*, juni 2014 s. 9 ff. och s. 68 ff.

78 Rauhofer s. 9.

79 EDPS 2014 s. 9. Jfr även 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 s. 10 och Tucker, Darren S. och Wellford, Hill B., *Big Mistakes Regarding Big Data*, Antitrust Source, American Bar Association, december 2014 [cit. Tucker & Wellford] s. 3 f.

och rubbar maktbalansen mellan den registrerade och aktören som innehar personuppgifter.⁸⁰

Det finns även en motsättning mellan insamling av Big data, och dataminimeringsprincipen. Konceptet Big data bygger på att näst intill alla tänkbara problem kan lösas med hjälp av tillräckliga mängder data.⁸¹ Big data har ett stort kommersiellt värde och kan, som berörts ovan, användas för att maximera företagets vinst genom dels förbättring av existerande produkter och tjänster, dels genom möjligheten att använda kundspecifik marknadsföring. Själva konceptet riktad marknadsföring bygger på att samla in så mycket data som möjligt om en viss individs preferenser och beteenden på internet.⁸² Insamling av data i den digitala ekonomin riskerar därigenom att i praktiken ta väldigt begränsad hänsyn till principen om dataminimering.⁸³

Ytterligare en risk i förhållande till EU:s personuppgiftsskydd är det faktum att de marknader i den digitala ekonomin som till stor del finansieras genom insamling och analys av personuppgifter i hög utsträckning är koncentrerade och domineras av en eller ett fåtal starka aktörer. Som berörts i det föregående tenderar inputmarknader för data att präglas av en rad strukturella hinder för inträde och expansion vilket leder till koncentrerade och monopoliserade marknader. Detta innebär vidare en risk i förhållande till individens kontroll över sina personuppgifter. I koncentrerade marknader kan användare endast i begränsad utsträckning välja mellan olika tjänsteleverantörer. Individens fria, informerade och frivilliga samtycke är en rättslig grund för behandling av personuppgifter.⁸⁴ Det har dock hävdats att individer inte kan samtycka till personuppgiftsbehandling på ett tillfredställande sätt i förhållande till monopoliserade och koncentrerade marknader eftersom de i praktiken inte har någon möjlighet att välja leverantör utifrån den nivå av personuppgiftsskydd leverantören erbjuder.⁸⁵ På grund av detta har konkurrensrätten ofta framhållits som ett verktyg som kan effektivisera tillämpningen av personuppgiftsskyddet genom att bryta upp monopoliserade och koncentrerade marknader.⁸⁶

80 Jfr Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 03/2013 on purpose limitation, WP 203, 2 april 2013 s. 24. Se även Nissenbaum s. 136.

81 Se exempelvis Mayer-Schönberger, Viktor och Cukier, Kenneth, *Big data: a revolution that will transform how we live, work, and think*, John Murray Publishers, London, 2013, s. 1–18.

82 CMA 2015 s. 56.

83 Jfr Rauhofer s. 10 f.

84 Se dataskyddsdirektivet artikel 7 och GDPR artikel 6 a.

85 Se exempelvis Tene, Omer, *Privacy Law's Midlife Crisis: A Critical Assessment of the Second Wave of Global Privacy Laws*, Ohio State Law Journal, Vol. 74, Nr. 6, 2013, s. 1217–1262 s. 1247 och Lynskey 2015 s. 263.

86 Kuner, Christopher, Cate, Fred H., Millard, Christopher, Svantesson, Dan Jerker B. och

EU:s nya dataskyddsförordning innebär en rad anpassningar av personuppgiftsskyddet som bidrar till att förstärka detta i den digitala ekonomin. Den kanske viktigaste nyheten är de utökade möjligheterna att rikta sanktioner vid överträdelse av EU:s personuppgiftsskyddsreglering. Detta kan sannolikt öka incitamentet för företag att följa dataskyddsrättsliga principer och regler.⁸⁷ Rätten till dataportabilitet skapar också möjligheter för att bryta upp monopoliserade marknader genom att individer på ett enklare sätt kan byta till en konkurrerande tjänsteleverantör.⁸⁸

GDPR innebär alltså många förbättringar och anpassningar av personuppgiftsskyddet i förhållande till den digitala utvecklingen. Trots detta kvarstår de ovan beskrivna riskerna och utmaningarna. Det kan i det här sammanhanget lyftas fram att integritet och skydd för personuppgifter utgör fundamentala rättigheter i EU. Som sådana fundamentala rättigheter, reglerade i stadgan, har EU:s institutioner en skyldighet att inte driva igenom lagstiftning eller fatta beslut i strid med dessa.⁸⁹ Vidare har EU:s institutioner, genom artikel 16 i fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF), en skyldighet att beakta personuppgiftsskydd som en del av EU:s allmänna mål och värderingar även i förhållande till andra verksamhetsområden.⁹⁰ Ett sätt att möta den digitala tidsålderns utmaningar och förstärka personuppgiftsskyddet i EU är att beakta skydd för personuppgifter även i förhållande till andra verksamhetsområden, exempelvis i konkurrenssammanhang.⁹¹

4. KAN PERSONUPPGIFTSSKYDD BEAKTAS I KONKURRENSRÄTTSLIGA BEDÖMNINGAR?

4.1 PERSONUPPGIFTSSKYDD SOM EN ICKE-PRISRELATERAD KONKURRENSFAKTOR

Konkurrensrättens främsta syften är att främja en effektiv konkurrens på den inre marknaden, främja konsumentintressen och skydda konsumenternas valmöjligheter.⁹² I förhållande till begreppet konsumentintressen och skyddet för konsumenters valmöjligheter har det framförts argument för att inte enbart

Lynskey, Orla, *When two worlds collide: the interface between competition law and data protection*, International Data Privacy Law, Vol. 4, Nr. 4, 2014 [cit. Kuner m.fl.] s. 247 f.

87 GDPR artikel 83.

88 GDPR artikel 20.

89 Se stadgan artikel 7 och 8 samt Lebeck, Carl, *EU-stadgan om grundläggande rättigheter: en introduktion*, Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Lebeck] s. 19 ff. och Lynskey 2015 s. 265.

90 Se FEUF artikel 7 i kombination med FEUF artikel 16.

91 Jfr EDPS 2014 s. 22 f.

92 De förenade målen C-501/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot kommissionen*, EU:C:2009:610 p. 6.

beakta konkurrensmässiga priser utan även inkludera variation, kvalité samt andra icke-prisrelaterade faktorer – till exempel personuppgiftsskydd.⁹³

För att utreda om ett otillåtet samarbete föreligger mellan två konkurrerande företag enligt artikel 101 i FEUF undersöker kommissionen om avtalet har en konkurrensbegränsande effekt. Vertikala samarbeten mellan olika företag i olika produkt- eller distributionsled behandlas på samma sätt. En förutsättning för att ett horisontellt eller vertikalt samarbetsavtal ska anses ha en konkurrensbegränsande effekt är att det har en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden. Traditionellt sett är pris den huvudsakliga konkurrensfaktorn för företag. I kommissionens riktlinjer för tillämpning av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal klargörs dock att pris endast är en konkurrensfaktor av flera möjliga. Utöver pris nämns även produktkvalitet, produktvariation och innovation.⁹⁴ Även i förhållande till artikel 102 FEUF och reglerna om missbruk av dominerande ställning inkluderas en rad konkurrensfaktorer i förhållande till begreppet ”dominans”. Enligt kommissionen kan ett företag generellt sett betraktas som dominerande på en viss marknad om företaget har möjlighet att på ett framgångsrikt sätt höja priserna över konkurrensnivån under en längre period. Uttrycket ”höja priserna” refererar enligt kommissionen även till de andra sätt genom vilka aktören kan påverka olika konkurrensfaktorer, såsom pris, innovation eller produktkvalitet, till förmån för det dominerande företaget och till nackdel för konsumenterna.⁹⁵ Även i förhållande till horisontella och vertikala företagsförvärv gäller samma principer om icke-prisrelaterade konkurrensfaktorer.⁹⁶

Det har argumenterats för att personuppgiftsskydd kan ses som en icke-prisrelaterad konkurrensfaktor.⁹⁷ Ett sådant synsätt utgår från att personuppgifts-

93 EDPS 2014 s. 16 f. Se även Swire, Peter P., *Submitted Testimony to the Federal Trade Commission*, 18 oktober 2007, http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dv/testimony_peterswire_/Testimony_peterswire_en.pdf, hämtad den 7 mars 2017 [cit. Swire].

94 Se Meddelande från kommissionen – Riktlinjer för tillämpningen av artikel 101 i fördraget om Europeiska unionens funktionsätt på horisontella samarbetsavtal, EUT C 11, 14 januari 2011 [cit. Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal] p. 27. Se även kommissionens tillkännagivande av den 10 maj 2010: Riktlinjer för vertikala begränsningar, SEK/2010/0411 slutlig, 10 maj 2010 [cit. Kommissionen: Riktlinjer för vertikala begränsningar] p. 97.

95 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 p. 11.

96 Se Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal p. 8 och Kommissionen: Riktlinjer för vertikala begränsningar p. 10.

97 Se exempelvis Jones Harbour & Koslov s. 792, EDPS 2014 s. 17, Swire s. 5 f, Kuner m.fl. s. 248 och Coates s. 404.

skydd är en konkurrensfaktor i sig självt. Till exempel kan ett företag marknadsföra sina tjänster mot bakgrund av att det inte samlar in några personuppgifter och att användarnas integritet därmed skyddas. På samma sätt kan ett företag samla in personuppgifter med syfte att erbjuda en tjänst mer anpassad efter konsumenters behov. Enligt ett sådant synsätt ska en marknad som präglas av sund konkurrens ge konsumenter möjlighet att välja vilket av alternativen de föredrar.⁹⁸ I det här sammanhanget kan det nämnas att det faktiskt har etablerats en rad företag i den digitala ekonomin som marknadsför sina tjänster mot bakgrund av att de inte samlar in några personuppgifter. Ett exempel är DuckDuckGo som är en sökmotor som profilerar sig genom att inte samla in användarnas personuppgifter eller sökhistorik.⁹⁹ Ett annat exempel är det sociala nätverket MeWe som även det marknadsförs med att företaget inte samlar in användardata eller personuppgifter.¹⁰⁰

Kommissionen har under senare år lagt större vikt vid icke-prisrelaterade konkurrensfaktorer och dessas inverkan på konsumenter. Ett exempel på detta är beslutet *Microsoft*.¹⁰¹ I målet anklagades Microsoft för att ha missbrukat sin dominerande ställning på marknaden för operativsystem för klientdatorer genom att ha vägrat sina konkurrenter tillgång till företagets interoperabilitetsinformation¹⁰². Kommissionen anförde att Microsofts domänarkitektur i princip var standard på marknaden för operativsystem för klientdatorer. För att kunna tillhandahålla relaterade produkter var Windows konkurrenter beroende av tillgång till Microsofts interoperabilitetsinformation för att utveckla nya produkter och funktioner anpassade till Microsofts domänarkitektur.¹⁰³ Kommissionen konstaterade att Microsofts vägran att tillhandahålla interoperabilitetsinformation till sina konkurrenter hade begränsat utbudet av relaterade produkter och tjänster till Windows operativsystem och att företaget därigenom hade agerat i strid med gällande konkurrensrätt. Microsofts agerande innebar en nackdel för konsumenterna som enligt kommissionen låstes fast vid en homogen produkt och förlorade sina valmöjligheter i förhållande till produkter och tjänster som fungerade tillsammans med Windows operativsystem.¹⁰⁴ Med samma resonemang skulle

98 Coates s. 395.

99 DuckDuckGo, *Privacy Policy*, senast ändrad 4 november 2012, <https://duckduckgo.com/privacy>, hämtad den 7 mars 2017.

100 Sgrouples Inc, *Privacy Bill of Rights*, <https://mewe.com/privacy>, hämtad den 7 mars 2017.

101 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].

102 Med uttrycket interoperabilitetsinformation avses olika systems förmåga att utbyta information och att använda informationen som de får av varandra, jfr Microsoft p. 32.

103 Microsoft p. 694–695.

104 Microsoft p. 779–782.

det i vart fall vara teoretiskt möjligt att ingripa konkurrensrättsligt på en marknad där ett visst förfarande eller avtal minskar konsumenternas valfrihet i förhållande till integritetpolicys, eller när en tjänst försämras till följd av ändringar av en integritetspolicy.¹⁰⁵

I kommissionens beslut *Google/DoubleClick* (se avsnitt 2.3) undersöktes huruvida kombinationen av företagets datamängder skulle få några ekonomiska konkurrensrättsliga effekter på den inre marknaden. Kommissionen tog emellertid ingen hänsyn till hur användarnas personuppgiftsskydd skulle kunna påverkas med anledning av företagsförvärvet. Istället underströks att beslutet att godkänna Googles förvärv av DoubleClick inte påverkade parternas skyldigheter att skydda integritet och personuppgifter enligt gällande dataskyddsreglering i EU.¹⁰⁶ Kommissionens beslut har lett till kritik, bland annat från Peter Hustinx, före detta europeisk datatillsynsman, i ett yttrande från år 2014. Hustinx underströk att kommissionen, genom att inte beakta hur de två företagens samlade datatillgångar skulle påverka användarna, intog en rent ekonomisk inställning till Googles förvärv av DoubleClick. Hustinx kritiserade kommissionen för att inte ha beaktat risken för att de kombinerade datatillgångarna skulle kunna användas för andra syften än för vilka de först samlades in, och därigenom förbisåg EU-medborgarnas långsiktiga konsumentintressen.¹⁰⁷

I ett efterföljande beslut, som rörde TomToms förvärv av Tele Atlas, beaktade dock kommissionen förvärvets effekt på kunderna och deras integritet.¹⁰⁸ TomTom var en producent av portabla navigeringsenheter och tillhandahållare av GPS-mjukvara, Tele Atlas var en tillhandahållare av digitala kartdatabaser.¹⁰⁹ I fallet undersöktes sannolikheten för att Tele Atlas incitament att skydda kunddata skulle förändras efter uppköpet av TomTom.¹¹⁰ Vidare konstaterades att ett minskat skydd för kundernas uppgifter kan jämföras med en produktförsämring.¹¹¹ Kommissionen godkände företagskoncentrationen med hänvisning bland annat till att företaget även efter förvärvet skulle ha incitament att skydda kunddata. En av anledningarna till detta var att företaget skulle riskera att förlora kunder om de inte i tillräcklig

105 Kuner m.fl. s. 248.

106 *Google/DoubleClick* p. 365.

107 EDPS 2014 s. 30.

108 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] p. 272–275.

109 TomTom/Tele Atlas p. 1–2.

110 TomTom/Tele Atlas p. 273–275.

111 TomTom/Tele Atlas p. 274.

utsträckning kunde skydda kundernas information. Vidare framhölls att företagets rykte kunde skadas om det inte i tillräcklig utsträckning skyddade sina kunduppgifter.¹¹² I beslutet beaktade alltså kommissionen inte enbart de ekonomiska effekterna av förvärvet utan även förvärvets effekt på kundernas intressen i förhållande till skydd för kunddata.¹¹³

Så sent som år 2014 i företagskoncentrationsbeslutet i *Facebook/WhatsApp* (se avsnitt 2.3) tog kommissionen dock uttryckligen avstånd från att inkludera faktorer såsom integritet och personuppgiftsskydd i den konkurrensrättsliga bedömningen. Kommissionen påpekade att eventuella integritetsrelaterade problem i förhållande till Facebooks ökade kontroll av användardata till följd av förvärvet av WhatsApp inte faller inom tillämpningsområdet för EU:s konkurrensrätt. Kommissionen menade att sådana integritetsrelaterade problem snarare ska bedömas utifrån EU:s dataskyddslagstiftning.¹¹⁴

4.2 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR ATT BEAKTA PERSONUPPGIFTSSKYDD I KONKURRENSSAMMANHANG

Det har lyfts fram argument för att personuppgiftsskydd och integritet bör beaktas i konkurrensrättsliga bedömningar som icke-prisrelaterade konkurrensfaktorer med hänvisning till att de utgör fundamentala rättigheter, och som sådana bör beaktas i konceptet konsumentintressen.¹¹⁵ I artikel 38 i EU:s rättighetsstadga anges att EU:s politik ska präglas av en hög nivå av konsumentskydd. Stadgan är bindande för alla EU:s institutioner i förhållande till lagstiftning och beslutsfattande.¹¹⁶ Det innebär att EU:s institutioner har en skyldighet att inte driva igenom lagstiftning eller fatta beslut i strid med de fundamentala rättigheter som uppställs i stadgan. Det råder dock oklarhet kring huruvida denna skyldighet även innefattar en positiv skyldighet för EU:s institutioner. Det kan alltså ifrågasättas om EU:s institutioner är skyldiga att aktivt agera för att säkerställa ett effektivt genomslag för rättigheterna i stadgan.¹¹⁷

Kommissionen har en skyldighet under fördragen att, i förhållande till sina beslut, även beakta den allmänna ramen för EU:s mål och

112 TomTom/Tele Atlas p. 275–276.

113 TomTom/Tele Atlas p. 272–275.

114 Facebook/WhatsApp p. 164.

115 Se exempelvis Lynskey, Orla, *Deconstructing data protection: The "added-value" of a right to data protection in the EU legal order*, International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, Nr. 3, 2014, s. 569–597 s. 579 ff., Coates s. 393 f. och EDPS 2014 s. 22.

116 Se stadgan artikel 7 och 8 samt Lebeck s. 19 ff. och Lynskey 2015 s. 265.

117 Lynskey 2015 s. 264.

värderingar.¹¹⁸ Genom Lissabonfördraget introducerades en bestämmelse om personuppgiftsskydd bland de allmänna bestämmelser som är generellt applicerbara. EU:s institutioner har mot bakgrund av de allmänna bestämmelserna en positiv skyldighet att säkerställa samstämmighet mellan sin politik och olika verksamheter, med beaktande av samtliga mål, däribland personuppgiftsskydd.¹¹⁹

Argument har även framförts mot att inkludera fundamentala rättigheter såsom personuppgiftsskydd i konkurrensrättsliga bedömningar. Precis som kommissionen argumenterade i *Google/DoubleClick* kan det hävdas att individers personuppgifter och integritet redan skyddas i tillräcklig utsträckning genom gällande dataskyddsreglering.¹²⁰ Ett annat argument är att sådana hänsynstaganden i allt för hög utsträckning skulle riskera att begränsa företags kommersiella frihet. Det har vidare hävdats att inkorporering av de fundamentala rättigheterna i den materiella konkurrensrätten skulle försvåra en enhetlig tillämpning av konkurrensreglerna.¹²¹

I det här sammanhanget är det av intresse att även lyfta upp en annan fundamental rättighet, rätten till näringsfrihet i artikel 16 i stadgan. Artikel 16 brukar i doktrin och praxis beskrivas som innebärande en rätt att bedriva affärsverksamhet.¹²² Det har argumenterats för att EU:s konkurrensrätt och artikel 16 i stadgan delar samma syfte. Artikel 16 skyddar de ekonomiska och sociala fördelar som uppstår till följd av en fri och sund konkurrens på den inre marknaden. EU:s konkurrensrätt kan därmed ses som ett verktyg för att främja rätten till näringsfrihet. Företags kommersiella frihet och deras rätt att bedriva affärsverksamhet är därför beroende av EU:s konkurrensrätt.¹²³ Mot bakgrund av att även rätten att bedriva affärsverksamhet utgör en

118 Se FEUF artikel 7. Se även EDPS 2014 s. 22 f.

119 Se FEUF artikel 7 i kombination med FEUF artikel 16.

120 *Google/DoubleClick* p. 365.

121 Lynskey 2015 s. 264.

122 Se exempelvis Usai, Andrea, *The Freedom to Conduct a Business in the EU, Its Limitations and Its Role in the European Legal Order: A New Engine for Deeper and Stronger Economic, Social, and Political Integration*, German Law Journal, Vol. 14, Nr. 9, 2013, s. 1867–1888 [cit. Usai], Nyman-Metcalf, Katrin, Dutt, Pawan Kumar och Chochia, Archil, *The Freedom to Conduct Business and the Right to Property: The EU Technology Transfer Block Exemption Regulation and the relationship between Intellectual Property and Competition Law*, i *Protecting Human Rights in the EU – Controversies and Challenges of the Charter of Fundamental Rights*, Kerikmäe, Tanel (red.), Springer, Heidelberg, 2014 s. 38 f. Se även mål C-426/11, *Mark Alemo-Herron m.fl. mot Parkwood Leisure Ltd.*, EU:C:2013:521 p. 32–34, mål C-283/11, *Sky Österreich GmbH mot Österreichischer Rundfunk*, EU:C:2013:28 p. 42 och mål C-477/14, *Pillbox 38 (UK) Limited, agissant sous le nom commercial Totally Wicked mot Secretary of State for Health*, EU:C:2016:324 p. 155.

123 Usai s. 1877.

fundamental rättighet i EU kan det ifrågasättas om inkluderandet av personuppgiftsskydd i konkurrensrättsliga bedömningar riskerar att begränsa företags kommersiella frihet och därmed även rätten till näringsfrihet enligt artikel 16 i stadgan.¹²⁴

Hittills har kommissionen uttryckligen tagit avstånd från att beakta personuppgiftsskydd som en icke-prisrelaterad dimension i såväl *Google/DoubleClick* som *Facebook/WhatsApp*. Kommissionen har i båda fallen argumenterat utifrån att användarnas personuppgifter skyddas i tillräcklig utsträckning genom EU:s personuppgiftsskyddsreglering.¹²⁵ En viktig förändring sedan kommissionens beslut i *Google/DoubleClick* år 2008 är dock att rätten till personuppgiftsskydd även har inkorporerats i EU:s primärrätt genom stadgan. Lissabonfördragets intåg har även förstärkt EU-institutioners skyldighet att aktivt agera för att skapa samstämmighet mellan EU:s olika verksamhetsområden med beaktande av bland annat EU:s personuppgiftsskyddsreglering.¹²⁶ Mot bakgrund av kommissionens beslut i *Facebook/WhatsApp*, så sent som år 2014, ter det sig dock osannolikt att kommissionen inom en snar framtid kommer att beakta hänsynstaganden som sträcker sig utöver rent ekonomiska aspekter – såsom personuppgiftsskydd – i konkurrensrättsliga bedömningar.

5. EN EGEN MARKNAD FÖR ANVÄNDARDATA OCH PERSONUPPGIFTER

5.1 SYFTET MED EN RELEVANT PRODUKTMARKNAD FÖR ANVÄNDAR- DATA OCH PERSONUPPGIFTER

Även om kommissionen uttryckligen tagit avstånd från att beakta personuppgiftsskydd som en icke-prisrelaterad konkurrensfaktor så finns det, som berörts i det föregående, trots allt möjligheter att beakta det ekonomiska marknadsinflytande som personuppgifter och användardata kan ge upphov till i konkurrensrättsliga bedömningar. De gånger kommissionen har gjort konkurrensrättsliga bedömningar av marknadsinflytande kopplat till förvärv av personuppgifter, till exempel i *Google/DoubleClick* och *Facebook/WhatsApp*, har kommissionen emellertid bortsett från en viktig aspekt – förvärvets effekt på framtida och relaterade marknader.

För att bedöma vilka konkurrensrättsliga effekter ett förvärv av personuppgifter ger upphov till är den relevanta produktmarknaden avgörande.

¹²⁴ Jfr Lynskey 2015 s. 264.

¹²⁵ Se *Google/DoubleClick* p. 365 och *Facebook/WhatsApp* p. 164.

¹²⁶ Se FEUF artikel 7 i kombination med FEUF artikel 16.

Denna täcker in alla produkter eller tjänster som anses vara utbytbara i förhållande till karaktärsdrag, pris och användningsområde.¹²⁷ Marknader som bygger på insamling av användardata och personuppgifter karaktäriseras i hög utsträckning av snabba förändringar. För digitala plattformar är därför innovation, snarare än pris, den dominerande konkurrensfaktorn.¹²⁸ Detta ger upphov till utmaningar i förhållande till att definiera en relevant produktmarknad för dessa tjänster. Traditionellt sett definieras den relevanta produktmarknaden utifrån den existerande konkurrensen. På innovativa områden kan dock konkurrensen påverkas även i förhållande till framtida marknader.¹²⁹ När det kommer till att definiera en relevant marknad för digitala plattformar har det därför argumenterats för att hänsyn måste tas till betydelsen av användardata som en input för att förbättra och utveckla tjänsterna. Genom att definiera en egen inputmarknad för data skulle de konkurrensrättsliga effekterna av ett förvärv av data kunna beaktas i större utsträckning även i förhållande till dess effekter på innovation och framtida marknader.¹³⁰ I följande avsnitt undersöks möjligheterna att, genom att definiera en egen produktmarknad för personuppgifter och användardata, i större utsträckning ta hänsyn till framtida eller potentiella marknader och därigenom indirekt uppnå ett bättre skydd för såväl en sund konkurrens på den inre marknaden som EU-medborgares personuppgifter.

5.2 DE NÄRMARE FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR ATT DEFINIERA EN RELEVANT PRODUKTMARKNAD FÖR ANVÄNDARDATA OCH PERSONUPPGIFTER

För att definiera en relevant produktmarknad enligt gällande konkurrensrätt krävs det att såväl utbud som efterfrågan för en viss produkt eller tjänst kan definieras.¹³¹ En förutsättning för att definiera en egen relevant produktmarknad för användardata är därför att sådan data är en del av en reell ekonomisk transaktion. De flesta företag i den digitala ekonomin använder dock framför allt personuppgifter och användardata som en input för att

127 Commission Notice on the definition of relevant markets for the purpose of Community competition law, Official Journal C 375, 9 december 1997 [cit. Commission Notice on the definition of relevant markets] p. 7.

128 Se exempelvis Commission Decision of 07/10/2011 declaring a concentration to be compatible with the common market (Case No COMP/M.6281 – MICROSOFT/ SKYPE) according to Council Regulation (EC) No 139/2004, 7 oktober 2011 [cit. Microsoft/Skype] p. 81–84 och Microsoft/Yahoo! Search business p. 119.

129 Graef m.fl. s. 2 f.

130 Se exempelvis Graef s. 492 samt Jones Harbour & Koslov s. 783–787.

131 Commission Notice on the definition of relevant markets p. 13–23.

förbättra och utveckla den erbjudna produkten eller tjänsten.¹³² I sådana avseenden kan ingen egen produktmarknad för personuppgifter eller användardata definieras eftersom någon reell ekonomisk transaktion inte äger rum i förhållande till datan.¹³³ Kommissionen har därför kommit att definiera den relevanta marknaden för digitala plattformar, i vilka personuppgifter och användardata är en viktig input, baserat på de tjänster de tillhandahåller.¹³⁴ Enligt gällande konkurrenslagstiftning är det alltså endast möjligt att definiera relevanta marknader för slutprodukten eller den slutliga tjänsten.¹³⁵

5.3 DE NÄRMARE FÖRUTSÄTTNINGARNA FÖR ATT DEFINIERA EN SEPARAT INPUTMARKNAD FÖR PERSONUPPGIFTER OCH ANVÄNDARDATA

Det har argumenterats för att ytterligare en produktmarknad för användardata skulle vara användbar.¹³⁶ En viss produktmarknad bestäms genom att bedöma den existerande konkurrensen avseende en viss tjänst eller vara. Genom att definiera en separat inputmarknad för data skulle kommissionen kunna beakta konkurrensen även på inputmarknader i vilka tjänsteleverantörer i den digitala ekonomin använder personuppgifter och användardata för att förbättra och utveckla sina tjänster.¹³⁷

I samband med att den amerikanska konkurrensmyndigheten, Federal Trade Commission (FTC), godkände företagskoncentrationen mellan Google och DoubleClick år 2007, lyftes för första gången frågan om möjligheten att definiera en separat inputmarknad för användardata. Diskussionen initierades av Pamela Jones Harbour¹³⁸. I sin skiljaktiga mening till beslutet underströk hon riskerna med att kombinera de två företagens datamängder. För att möjliggöra en fullständig konkurrensrättslig analys av data föreslog Harbour att en separat inputmarknad skulle definieras för data som kan användas för

132 Såväl Facebook som Google klargör i sina integritetspolicyer att de inte säljer användarnas data. Se Facebook, Facebooks hjälpcenter, *Säljer Facebook mina uppgifter?*, <https://www.facebook.com/help/152637448140583>, hämtad den 7 mars 2017 och Google, Google sekretesspolicy, *Säljer Google mina personliga uppgifter?*, https://privacy.google.se/intl/sv_ALL/about-ads.html, hämtad den 7 mars 2017.

133 Jfr Commission Notice on the definition of relevant markets p. 13–23.

134 Se exempelvis Microsoft/Yahoo! Search business p. 100–108, Facebook/WhatsApp p. 13–83 och Commission: Press Release IP/10/1624.

135 Jfr Commission Notice on the definition of relevant markets p. 13–23. Se även Tucker & Wellford.

136 Se exempelvis Graef samt Jones Harbour & Koslov.

137 Graef s. 492.

138 Före detta kommissionär i den amerikanska konkurrensmyndigheten Federal Trade Commission, FTC.

riktad marknadsföring.¹³⁹ Harbour har, tillsammans med sin tidigare rådgivare Tara Isa Koslov, i en efterföljande artikel utvecklat sitt resonemang om en definition för inputmarknader för data. Harbour och Koslov menar att en särskild relevant inputmarknad för data, åtskild från marknader vilka drivs av data, bättre skulle reflektera verkligheten. Detta eftersom digitala företag ofta samlar in användardata för ett syfte, men senare använder uppgifterna för ändamål som sträcker sig långt utanför det initiala syftet, och därigenom utvinner stora ekonomiska värden. Att definiera relevanta produktmarknader endast utifrån nuvarande dataanvändning skulle inte i tillräcklig utsträckning återspegla detta fenomen, särskilt inte i marknader som präglas av starka nätverkseffekter.¹⁴⁰

Genom att definiera en separat inputmarknad för data möjliggörs en mer framåtblickande konkurrensrättslig analys där förutsättningar ges att se bortom de nuvarande användningsområdena för data och personuppgifter. För att utvärdera den konkurrensrättsliga effekten av exempelvis ett företagsförvärv i förhållande till framtida marknader kan en lösning vara att definiera en separat inputmarknad för personuppgifter och data.¹⁴¹ I det följande redogörs för de möjligheter gällande EU-rätt erbjuder i förhållande till att i större utsträckning ta hänsyn till framtida eller potentiella marknader och därigenom indirekt uppnå såväl ett bättre skydd för personuppgifter som en sund konkurrens på den inre marknaden.

5.3.1 ARTIKEL 101 FEUF – KONKURRENS PÅ INNOVATIONSOMRÅDET

Marknader vilka präglas av insamling och analys av personuppgifter och användardata brukar ofta benämnas som dynamiska marknader eftersom en viktig konkurrensfaktor är innovation och förmågan att utveckla nya produkter.¹⁴² Artikel 101 FEUF ger uttryck för ett brett förbud mot samarbete mellan företag som snedvrider konkurrensen. Som redogjorts för ovan anses ett samarbete ha en konkurrensbegränsande effekt om det ger upphov till en märkbart negativ effekt på minst en av konkurrensparametrarna på marknaden.¹⁴³ Pris är traditionellt den huvudsakliga konkurrensfaktorn för företag, men i dynamiska sektorer spelar ofta innovation en avgörande roll för konkurrensen.¹⁴⁴ I den digitala ekonomin får användare gratis tillgång till en mängd internetbaserade tjänster, såsom sociala nätverk och söktjänster.

¹³⁹ Jones Harbour: Dissenting Statement.

¹⁴⁰ Jones Harbour & Koslov s. 773.

¹⁴¹ Graef s. 492.

¹⁴² Graef m.fl. s. 2.

¹⁴³ Se avsnitt 4.1.

¹⁴⁴ CMA 2015 s. 76.

Användare väljer därför tjänster utifrån andra aspekter än pris, såsom kvalitet och innovation.¹⁴⁵

För att möjliggöra en konkurrensrättslig analys av framtida eller potentiella marknader introducerade kommissionen begreppet *konkurrens på innovationsområdet* i samband med 2011 års riktlinjer för tillämpning av artikel 101 FEUF på horisontella samarbetsavtal.¹⁴⁶ Kommissionen uppmärksammar i riktlinjerna att forsknings- och utvecklingssamarbeten (FoU-samarbeten) inte enbart kan påverka konkurrensen på befintliga marknader utan även konkurrensen inom innovation och på nya produktmarknader. När FoU-samarbetet gäller utveckling av nya produkter eller ny teknik som kan ersätta befintliga produkter eller skapa en helt ny efterfrågan kan effekterna på konkurrensen på innovationsområdet inte alltid bedömas tillräckligt noggrant genom en analys av den faktiska konkurrensen på befintliga produkt- eller teknikmarknader.¹⁴⁷

I vissa situationer är innovationsprocessen strukturerad på så sätt att det är möjligt att identifiera konkurrerande forsknings- och utvecklingspooler, som syftar till att utveckla samma typ av utbytbara produkt eller teknik. Så är till exempel ofta fallet inom läkemedelsindustrin – redan i ett tidigt skede kan det vara möjligt att urskilja olika forsknings- och utvecklingsverksamheter som syftar till att utveckla samma typ av läkemedel. För att bedöma om ett FoU-samarbete begränsar konkurrensen på befintliga marknader kan man se till huruvida tillräckligt många forsknings- och utvecklingspooler återstår efter det ingångna samarbetsavtalet.¹⁴⁸ I de branscher där det inte är möjligt att urskilja de innovativa insatserna och definiera tydliga forsknings- och utvecklingspooler måste analysen dock begränsas till de existerande marknaderna.¹⁴⁹ Begreppet *konkurrens på innovationsområdet* har dock inte använts på andra konkurrensrättsliga områden än just horisontella samarbetsavtal.¹⁵⁰

5.3.2 ARTIKEL 102 FEUF – ANVÄNDARDATA SOM EN NÖDVÄNDIG NYTTIGHET?

Även om det inte går att observera särskilda forsknings- och utvecklingspooler så kan det vara möjligt att identifiera vilka tillgångar eventuella konkurrenter behöver åtkomst till för att kunna konkurrera med den etablerade aktören.¹⁵¹ Artikel 102 FEUF förbjuder företags missbruk av dominerande ställning

145 Se exempelvis Microsoft/Skype och Microsoft/Yahoo! Search business p. 119.

146 Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal p. 119–122.

147 Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal p. 119.

148 Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal p. 120.

149 Kommissionen: Riktlinjer för horisontella samarbetsavtal p. 122.

150 Graef m.fl. s. 12.

151 Graef s. 494 f.

på den inre marknaden. Ett företag som är marknadsdominerande har ett särskilt ansvar för att inte skada konkurrensen och vissa förfaranden är därför inte tillåtna om de företas av företag som innehar en dominerande ställning. I förhållande till marknadsdominerande företag har det utvecklats en doktrin kring begreppet *nödvändig nytthet* eller på engelska: *essential facility*. Doktrinen om nödvändiga nyttheter har utvecklats i EU:s rättspraxis. En nödvändig nytthet kan till exempel vara råmaterial, teknik, anläggningar eller infrastruktur (även så kallade inputs) som företag kan behöva tillgång till för att kunna tillhandahålla en viss produkt eller tjänst. I korthet innebär doktrinen att ett företag som har en dominerande ställning i tillhandahållandet av en nödvändig nytthet och själv använder denna nytthet samtidigt som det utan objektiva skäl vägrar tillhandahålla nyttheten till andra företag, kan anses agera i strid med artikel 102 FEUF.¹⁵² Genom att vägra att tillhandahålla eller ge konkurrenter tillgång till en viss input (t.ex. råmaterial, teknik eller anläggningar) kan en dominant aktör eliminera konkurrenter från relaterade marknader vilket i sin tur kan motverka effektiv konkurrens.¹⁵³ Om användardata och personuppgifter kan ses som en sådan nödvändig nytthet så kan en dominant aktör som vägrar konkurrenter tillgång till sådan användardata bli skadeståndsskyldig enligt artikel 102 FEUF.¹⁵⁴

I målet *Magill* konstaterade EU-domstolen att det inte behövs något föregående kontraktsförhållande för att en vägran att tillhandahålla en viss produkt eller tjänst ska kunna ses som missbruk av dominerande ställning under artikel 102 FEUF. I målet vägrade tre irländska broadcastingföretag att tillhandahålla ett publiceringsföretag, *Magill*, uppgifter om deras veckovisa TV-program. Broadcastingföretagen gav själva ut veckovisa TV-guider och licenserade även uppgifterna till olika dagstidningar en dag i förväg. Det fanns emellertid ingen veckovis programguide som inkluderade alla tre TV-stationerna. Domstolen konstaterade att broadcastingföretagens vägran att tillhandahålla TV-tablåerna utgjorde ett missbruk av dominerande ställning.¹⁵⁵

152 Se 94/19/EC: Commission Decision of 21 December 1993 relating to a proceeding pursuant to Article 86 of the EC treaty (IV/34.689 – Sea Containers v. Stena Sealink – Interim measures) OJ L 15, 18.1.1994 p.8–19 och p. 66.

153 Se exempelvis de förenade målen C-241/91 och C-242/91, *Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska gemenskapernas kommission, (Magill)*, EU:C:1995:98, de förenade målen C-501/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot kommissionen*, EU:C:2009:610 och mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen*.

154 Graef m.fl. s. 379.

155 De förenade målen C-241/91 och C-242/91, *Telefis Eireann (RTE) och Independent Television Publications Ltd (ITP) mot Europeiska gemenskapernas kommission, (Magill)*, EU:C:1995:98.

I målet *IMS Health* utvecklade EU-domstolen sitt resonemang genom att slå fast fyra kriterier för när en vägran att tillhandahålla en viss input kan vara konkurrenshindrande. Först och främst måste den input som ett företag vägrar att tillhandahålla vara nödvändig för att utföra en viss affärsidé på en relaterad marknad. Vidare måste vägran att tillhandahålla tjänsten eller produkten innebära att all effektiv konkurrens på den andra marknaden utesluts. Därtill måste resultatet vara att uppkomsten av en produkt för vilken det finns en potentiell efterfrågan hindras. Slutligen måste det också fastställas att vägran inte objektivt kan rättfärdigas.¹⁵⁶ Det konstaterades vidare att två marknader måste fastställas, en marknad som utgörs av produkten eller tjänsten och en marknad i vilken produkten eller tjänsten används som en input för en annan produkt eller tjänst. Även om en produkt eller tjänst inte marknadsförs separat uteslöts inte möjligheten att definiera en separat marknad. EU-domstolen slog fast att det är tillräckligt att en potentiell eller hypotetisk marknad kan identifieras.¹⁵⁷

I *Microsoft*-målet bekräftade tribunalen de fyra kriterierna som EU-domstolen fastställde i *IMS Health*.¹⁵⁸ Beträffande kravet på att en input måste vara nödvändig för att ett annat företag ska kunna utföra en viss affärsidé menade tribunalen att konkurrenter ska uppnå lika villkor som tillhandahållaren av tjänsten. Microsoft hade föreslagit fem metoder som enligt företaget skulle möjliggöra en lägsta nivå av interoperabilitet som skulle vara tillräcklig för effektiv konkurrens.¹⁵⁹ Trots detta ansåg domstolen att Microsoft skulle ge konkurrenterna full tillgång till Microsofts interoperabilitetsinformation för att de skulle uppnå lika villkor som Microsoft.¹⁶⁰

Detta står i motsats till EU-domstolens uttalanden i målet *Bronner*, där det fastslogs att det är tillräckligt att konkurrenter har tillgång till alternativ som är ekonomiskt livskraftiga – det är alltså inte nödvändigt att de alternativen är de mest fördelaktiga.¹⁶¹ Detta konstaterade domstolen även i målet *IMS Health*.¹⁶² Det framstår alltså som att tribunalen i målet *Microsoft* har tillämpat lägre krav för de kriterier EU-domstolen uppställde i *IMS Health*.

¹⁵⁶ De förenade målen C-501/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot kommissionen*, EU:C:2009:610 p. 38.

¹⁵⁷ De förenade målen C-501/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, *GlaxoSmithKline Services Unlimited, tidigare Glaxo Wellcome plc mot kommissionen*, EU:C:2009:610 p. 42–45.

¹⁵⁸ Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen* p. 332–333.

¹⁵⁹ Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen* p. 345–347.

¹⁶⁰ Mål T-201/04, *Microsoft mot kommissionen* p. 421.

¹⁶¹ Mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs* p. 43–46.

¹⁶² Mål C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG.*, EU:C:2004:257 p. 28.

Eftersom Microsoft inte överklagade tribunalens avgörande är det dock svårt att avgöra huruvida EU-domstolen ansluter sig till de lägre kraven tribunalen tillämpade i *Microsoft*-målet.¹⁶³

5.4 KAN EN SEPARAT INPUTMARKNAD FÖR DATA FÖRSTÄRKA KONKURRENSEN OCH PERSONUPPGIFTSSKYDDET I EU?

EU:s konkurrensrätt och doktrinen om nödvändiga nyttigheter möjliggör betraktandet av användardata som en nödvändig nyttighet som andra företag behöver för att kunna utveckla relaterade eller konkurrerande produkter eller tjänster. Tillämpningen av doktrinen om nödvändiga nyttigheter skulle göra det möjligt för konkurrensmyndigheter och domstolar att definiera en separat inputmarknad för data utöver de faktiska relevanta marknaderna för de tjänster som tillhandahålls. Detta skulle skapa utrymme för en analys av de konkurrensrättsliga hinder som föreligger i förhållande till inputs som eventuella konkurrenter behöver tillgång till för att kunna konkurrera på framtida produktmarknader. En förutsättning för att en dominant aktör ska tvingas dela med sig av sin användardata är att de fyra kriterier som EU-domstolen uppställde i *IMS Health* uppfylls. Särskilt kravet på att tillgången till användardata ska vara nödvändig och att det inte finns några andra ekonomiska alternativ kan vara svårt att uppfylla.

I fråga om nödvändigheten av data för att tillhandahålla marknadsförings-tjänster på sökplattformar är kommissionens godkännande av Googles förvärv av DoubleClick illustrativt. Kommissionen fastslog att kombinationen av Googles data om användarnas sökbeteende med DoubleClicks data om användarnas surfbeteende inte gav upphov till någon konkurrensfördel som inte skulle kunna matchas av företagets konkurrenter. Vidare konstaterades att liknande data redan fanns tillgänglig för Googles konkurrenter och att data även kunde köpas från tredje parter. Kommissionen kom alltså fram till att Google och DoubleClicks data inte var nödvändig för att tillhandahålla marknadsföringstjänster på internet.¹⁶⁴ Även i samband med kommissionens godkännande av Facebooks förvärv av WhatsApp konstaterades att det efter förvärvet skulle fortsätta att finnas en stor mängd användardata tillgänglig på internet som inte skulle vara inom Facebooks exklusiva kontroll.¹⁶⁵ Det framstår därför som osannolikt att dominanta plattformars tillgång till användar data skulle anses vara nödvändig för tillhandahållandet av marknadsförings-tjänster eftersom den efterfrågade datan kan samlas in på andra sätt.

163 Jfr Graef m.fl. s. 382.

164 Google/DoubleClick p. 365.

165 Facebook/WhatsApp p. 189.

Huruvida tillhandahållande av användardata är nödvändig för att erbjuda tjänster till användarsidan är mer oklart. Sökplattformar, sociala nätverk och e-handelsplattformar är i stor utsträckning beroende av användardata för att kunna förbättra sina tjänster gentemot användarna. När det gäller sökmotorer har mängden användardata lyfts upp som en viktig faktor för framgång i bland annat marknadsundersökningen i *Microsoft/Yahoo*.¹⁶⁶ Framtida fall skulle därför kunna beröra frågan huruvida en dominant aktör är skyldig att dela med sig av insamlad användardata, såsom sökhistorik och sökförfrågningar, till konkurrenter.

I det här sammanhanget kan påminnas om de lägre krav på nödvändighet som tribunalen ställde i målet *Microsoft* jämfört med EU-domstolens krav i *IMS Health*. I *Microsoft*-målet menade Microsofts konkurrenter skulle uppnå lika villkor som Microsoft självt i fråga om tillgång till den nödvändiga inputen.¹⁶⁷ Med samma resonemang kan det hävdas att en nyetablerad aktör som behöver tillgång till en etablerad aktörs datatillgångar för att kunna konkurrera på en relaterad marknad i princip ska få full tillgång till den etablerade aktörens data för att därigenom uppnå samma villkor som den etablerade aktören. Med ett sådant resonemang skulle det inte vara tillräckligt att annan, mindre användbar, data fanns tillgänglig för den nyetablerade aktören. Det bör återigen betonas att tribunalens bedömning i *Microsoft* skiljer sig från EU-domstolens bedömning i såväl *IMS Health* som en rad andra rättsfall¹⁶⁸, och det ter sig därför osannolikt att EU-domstolen skulle ansluta sig till de lägre kraven även i andra sammanhang.

6. VÄGAR FRAMÅT – ÖKAD KONKURRENS OCH ETT BÄTTRE PERSONUPPGIFTSSKYDD I EU?

Som framgått råder en konflikt mellan å ena sidan EU-medborgares integritet och personuppgiftsskydd, å andra sidan intresset av att upprätthålla en effektiv marknad och att maximera konkurrensen på den inre marknaden. Personuppgifter har fått ett stort kommersiellt värde och har beskrivits som en valuta i den digitala ekonomin. Detta är något som innebär risker och utmaningar för EU:s personuppgiftsskydd och som EU:s konkurrensrätt måste förhålla sig till. Hur dessa utmaningar hanteras i praxis har stor betydelse för möjligheterna att uppnå en sund konkurrens på inputmarknader för data och därmed även ett effektivt personuppgiftsskydd i EU.

¹⁶⁶ *Microsoft/Yahoo!* Search business p. 173.

¹⁶⁷ Mål T-201/04 *Microsoft mot kommissionen* p. 421.

¹⁶⁸ Se mål C-7/97, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG mot Mediaprint Zeitungs* p. 43–46 och mål C-418/01, *IMS Health GmbH & Co. OHG mot NDC Health GmbH & Co. KG*, EU:C:2004:257 p. 28.

För att uppnå en sund konkurrens på inputmarknader för data krävs det att rättstillämpande myndigheter inom EU i större utsträckning tar hänsyn till personuppgifter och användardatas ekonomiska värde. Vidare påverkas inputmarknader för data av en mängd särdrag som bör beaktas vid konkurrensrättsliga bedömningar, till exempel direkta och indirekta nätverkseffekter. En konsekvens av de strukturella inträdeshinder som finns på inputmarknader för data är att dessa riskerar att bli koncentrerade och att konkurrens blir svårare att uppnå. För att uppnå en sund konkurrens på inputmarknader för data är det viktigt att de strukturella inträdeshindren till fullo beaktas i de konkurrensrättsliga bedömningarna.

En sund konkurrens på inputmarknader för data leder även i förlängningen till att EU:s personuppgiftsskydd får en större genomslagskraft. I koncentrerade och monopoliserade marknader riskerar individens personuppgiftsskydd att bli illusoriskt eftersom denne i praktiken inte har möjlighet att välja en annan leverantör. Konkurrensrätten är betydelsefull för att bryta upp koncentrerade marknader och för att underlätta inträde och expansion för nya och mindre etablerade aktörer. Detta skapar förutsättningar för integritetsfrämjande tjänsteleverantörer att slå sig in på dessa marknader. Genom en sund konkurrens på den inre marknaden skapas således fler valmöjligheter för konsumenter, vilket i sin tur ger konsumenter förutsättningar att välja tjänsteleverantör utifrån den nivå av personuppgiftsskydd de önskar.

Ytterligare ett sätt att förstärka och effektivisera tillämpningen av personuppgiftsskyddet inom EU är att beakta personuppgiftsskydd som en konkurrensfaktor. Även om EU-medborgares personuppgifter primärt skyddas genom EU:s dataskyddsreglering finns det, enligt min åsikt, en poäng i att förstärka detta skydd genom att även beakta personuppgiftsskydd i förhållande till andra verksamhetsområden inom EU. Som berörts ovan står EU:s personuppgiftsskydd inför stora risker och utmaningar mot bakgrund av den digitala ekonomins och den tekniska utvecklingens framfart. Här kan konkurrensrätten spela en avgörande roll för att förstärka och effektivisera tillämpningen av personuppgiftsskyddet i EU. Mot bakgrund av artikel 16 i stadgan och rätten att bedriva näringsverksamhet kan dock lämpligheten i att kommissionen inkluderar vidare hänsynstaganden, såsom personuppgiftsskydd, i sina konkurrensrättsliga bedömningar ifrågasättas. EU-medborgare har utöver en fundamental rätt till personuppgiftsskydd även en fundamental rätt till kommersiell frihet och en rätt att bedriva näringsverksamhet. Med tanke på dessa rättigheter kan det därför ses som långtgående att med hjälp av EU:s konkurrensrätt hindra företags kommersiella frihet även i situationer där några reella ekonomiska nackdelar inte uppstår på den inre marknaden. I det här

sammanhanget kan även lämpligheten i att kommissionen från fall till fall ska balansera dessa två fundamentala rättigheter mot varandra ifrågasättas eftersom en sådan avvägning riskerar att bli godtycklig.

Här finns, enligt min uppfattning, utrymme för ett närmare samarbete mellan dataskydds- och konkurrensmyndigheter. Ett sådant samarbete skulle skapa förutsättningar för att i större utsträckning balansera företagens intresse av vinst mot användarnas intresse av integritet. Den digitala ekonomin och Big data innebär nya möjligheter för såväl företag som konsument. Samtidigt som nya företagsmodeller och nya sätt att generera inkomster uppstår för företag uppstår även fördelar i förhållande till konsument. Internetanvändare är vana att få tillgång till en rad tjänster utan att betala. I utbyte lämnar de ifrån sig sina personuppgifter som tjänsteleverantörerna å sin sida utnyttjar för att finansiera plattformen. Denna affärsmodell är inte nödvändigtvis dålig. Däremot innebär den en motsättning mellan ekonomisk vinst och skydd för personuppgifter. Detta är problematiskt i förhållande till användarnas personliga integritet och personuppgiftsskydd. Enligt min åsikt är det viktigt att en rimlig avvägning görs mellan dessa två motstående intressen och det vore därför att föredra att en mer enhetlig reglering tillämpades i dessa frågor.

Ännu en möjlighet för att främja såväl en sund konkurrens på inputmarknader för data som personuppgiftsskyddet i EU är att utvidga den traditionella relevanta marknadsdefinitionen. Härigenom kan de konkurrensrättsliga effekterna av förvärv, insamling och hantering av personuppgifter och användardata i större utsträckning beaktas i förhållande till innovation och framtida marknader. Internetanvändare behöver sällan betala för att använda digitala plattformar. Detta innebär att de väljer plattformar utifrån andra faktorer än pris, såsom kvalitet och innovation. En konsekvens av detta är att aktörer i den digitala ekonomin i stor utsträckning konkurrerar mot varandra genom att introducera nya produkter och tjänster, genom vilka nya marknader skapas. På dessa marknader blir det därför viktigt att inte enbart se till hur konkurrensen påverkas i befintliga marknader, utan även i förhållande till framtida och potentiella marknader.

För att förtydliga behovet av en definition av en separat inputmarknad för data kan Googles förvärv av DoubleClick vara illustrativt. En avgörande faktor i kommissionens beslut att godkänna förvärvet var att de två företagen inte var aktiva inom samma produktmarknad. Kommissionen beaktade dock inte att sammanslagningen av de två företagen skulle komma att suddas ut gränsen mellan de två produktmarknaderna. I och med förvärvet fick Google möjlighet

att använda DoubleClicks datatillgångar för att förbättra och utveckla sin egen tjänst, vilket i förlängningen skulle kunna förstärka Googles marknadsinflytande på marknaden för tillhandahållande av digitala annonsplatser. Vidare skulle Google utifrån en analys av de förvärvade datatillgångarna kunna utvinna ny kunskap som de skulle kunna kombinera med befintlig kunskap för att utveckla helt nya tjänster. Genom att definiera en separat inputmarknad för data hade kommissionen i större utsträckning haft möjlighet att beakta dessa konkurrensrättsliga aspekter av förvärvet.

Kommissionen har dock ännu inte tillämpat ett motsvarande begrepp till *konkurrens på innovationsområdet* i förhållande till andra konkurrensrättsliga områden än just horisontella samarbetsavtal. Kommissionen har inte heller beaktat användardata som en nödvändig nytting enligt artikel 102 FEUF. Även om de teoretiska möjligheterna finns är det oklart om kommissionen faktiskt kommer att tillämpa dessa bestämmelser för att bedöma de konkurrensrättsliga konsekvenserna av förvärv, insamling och hantering av personuppgifter och användardata på framtida eller relaterade marknader. Enligt min åsikt skulle en sådan tillämpning vara positiv eftersom den skulle möjliggöra en analys av konkurrensrättsliga effekter bortom de nuvarande användningsområdena för data. Detta skulle ge utrymme för konkurrensrättsliga bedömningar som återspeglar verkligheten i den digitala ekonomin på ett bättre sätt, vilket i förlängningen även främjar en sund konkurrens på den inre marknaden.

Sammanfattningsvis är en sund konkurrens på den inre marknaden inte endast nödvändig för att tillförsäkra EU-medborgare rätt till näringsfrihet enligt artikel 16 i stadgan – utan också för att EU:s personuppgiftsskydd ska få effektiv genomslagskraft. I den här artikeln har min avsikt varit att belysa de möjligheter som finns för att med hjälp av EU:s konkurrensrätt balansera dessa två motstående rättigheter. Genom att i större utsträckning anpassa EU:s konkurrensrätt efter de förhållanden som råder i praktiken på inputmarknader för data kan en sund konkurrens uppnås på dessa marknader. EU:s konkurrensrätt kan i det här sammanhanget fungera som ett verktyg för att bryta upp koncentrerade inputmarknader för personuppgifter och användardata och därigenom underlätta för integritetsfrämjande tjänsteleverantörer att slå sig in på dessa marknader. Genom tillämpningen av EU:s konkurrensrättsliga regelverk kan alltså EU-medborgare få fler valmöjligheter när det gäller integritet och personuppgiftsskydd. Detta skapar förutsättningar för individuell kontroll i förhållande till personuppgiftshantering – samtidigt som de ekonomiska och sociala fördelarna av en sund konkurrens på den inre marknaden tillvaratas. 