



GEGEVENSBECHERMIN- G EN MEDEDINGING: EEN ARTIFICIEEL OF INTELLIGENT HUWELIJK?

1. INLEIDING

Men zou vroeger nooit verwacht hebben dat er vandaag belangrijke raakvlakken tussen het gegevensbeschermings- en mededingingsrecht zouden bestaan. Het gebruik van de gegevens over en van consumenten die via online platformen worden verzameld om advertenties op die gebruikers af te stemmen, producten te verbeteren en nieuwe producten te creëren ('big data'), is hier een voorbeeld van.¹ Zowel in het gegevensbeschermings- als mededingingsrecht hebben de praktijken van deze platformen al heel wat stof doen opwaaien; recentelijk ook inzake de verhouding tussen deze twee rechtstakken.

Deze twee rechtstakken dienen nochtans een ander doel. Gegevensbeschermingswetgeving beschermt natuurlijke

personen in essentie door hen de controle te geven over hun persoonsgegevens. Mededingingsrecht ziet (in eerste instantie) toe op de vrije mededinging tussen ondernemingen. Beide rechtstakken blijven niet altijd verenigbaar. In het mededingingsrecht, bijvoorbeeld, gaan stemmen op om bepaalde big data als een 'essentiële faciliteit' te beschouwen. Dit betekent dat de onderneming die over die data beschikt, verplicht wordt om de data door te geven aan de onderneming(en) voor wie die data een essentiële bron van input vormen om eigen producten of diensten op de markt te brengen. Het behoeft geen verdere uitleg dat – wanneer die data persoonsgegevens bevatten – een dergelijke doorgifte niet vanzelfsprekend is onder de gegevensbeschermingswetgeving.

Soms gaan beide rechtstakken wel hand in hand. Het recht op overdraagbaarheid van persoonsgegevens (artikel 20 AVG) is daarvan een goed voorbeeld. Dit recht geeft meer controle aan de betrokkene over zijn/haar persoonsgegevens en komt daarenboven ook de mededinging ten goede. Dit recht heeft als doel dat betrokkenen minder afhankelijk zijn van de leverancier ('lock-in-effect') en kan de overstapkosten verminderen. Beide zaken worden onder het mededingingsrecht gezien als belangrijke belemmeringen voor nieuwe spelers om tot de markt toe te treden.

Daar waar gegevensbeschermings- en mededingingsrecht hand in hand gaan, rijst de vraag hoe beide zich ten opzichte van elkaar (kunnen) verhouden, elkaar kunnen versterken etc. Deze vragen zijn ►

“ Facebook koppelt deze off-Facebook data met de persoonsgegevens die het recht streeks ontvangt door de activiteiten van de gebruiker op het sociale netwerk van Facebook zelf.”

¹ Uiteraard zijn er nog andere raakvlakken. Zo heeft de gegevensbeschermingswetgeving een impact op hoe een mededingingsautoriteit haar onderzoek kan voeren en kan niet worden ontkend dat het handhavingmechanisme in de AVG heel wat inspiratie heeft gehaald uit het handhavingmechanisme dat reeds lange tijd bestaat op het vlak van mededingingsrecht.

² Bundeskartellamt (DE) 6 februari 2019, nr. B6-22/16, beschikbaar in het Duits op www.bundeskartellamt.de (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019) (hierna: Beslissing Bundeskartellamt).

³ Opmerkelijk is dat hierbij zelfs niet vereist is dat de gebruiker op deze knoppen klikt; een louter bezoek aan de website is voldoende opdat persoonsgegevens aan Facebook worden doorgegeven.

⁴ De (grootschalige) verwerking door Facebook van on-Facebook data vormde geen onderdeel van het onderzoek van het Bundeskartellamt. Het feit dat Facebook persoonsgegevens verkrijgt die gegenereerd worden door het gebruik van Facebook zelf, ligt volgens het Bundeskartellamt immers binnen de verwachtingen van de gebruiker.

⁵ Bekendmaking Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *Pb.C.* 372, 9 december 1997, 6, nr. 9 (hierna: Bekendmaking relevante markt).

⁶ De Europese Commissie besliste eerder inzake de aanmelding van de overname van WhatsApp door Facebook dat de markt voor sociale netwerken de hele EER, of zelfs globaal, kan omvatten.

Zie Europese Commissie 3 oktober 2014, nr. M.7217, Facebook/WhatsApp, nr. 63 e.v. (hierna: Facebook/Whatsapp).

- bijzonder pertinent geworden sinds de beslissing van de Duitse mededingingsautoriteit (het Bundeskartellamt) van 6 februari 2019 inzake Facebook. ²

2. DE FACEBOOK-BESLISSING

2.1. DE ACTIVITEITEN VAN FACEBOOK

In juli 2019 sprak het Bundeskartellamt zich uit over de wijze waarop Facebook persoonsgegevens van zijn gebruikers verzamelt buiten zijn eigen platform om (zogenaamde *off-Facebook data*). Het gaat onder meer om persoonsgegevens die Facebook verkrijgt via de dochterondernemingen WhatsApp en Instagram, alsook via websites van derde partijen die gebruikmaken van zogenaamde Facebook business tools (bijvoorbeeld, de ‘vind ik leuk’- of ‘delen op Facebook’-knop).³ Facebook koppelt deze off-Facebook data met de persoonsgegevens die het rechtstreeks ontvangt door de activiteiten van de gebruiker op het sociale netwerk van Facebook zelf (*on-Facebook data*).⁴ Met deze verwerking wil Facebook zijn adverteerders onder meer de mogelijkheid bieden om meer gepersonaliseerde advertenties te publiceren. De gebruiker kan deze verwerking niet tegenhouden. Om een Facebookprofiel te kunnen aanmaken, moet de gebruiker – via de gebruikersvoorwaarden – akkoord gaan met de verzameling en koppeling van zowel on- als off-Facebook data, zelfs wanneer hij tracking cookies heeft geblokkeerd in zijn browserinstellingen.

2.2. MEDEDINGINGSRECHTELIJKE ANALYSE

Het Bundeskartellamt heeft onderzocht of die gebruikersvoorwaarden een mis-

bruik van machtspositie vormen in hoofde van Facebook, wat verboden is onder artikel 102 VWEU.

Om dergelijk misbruik vast te stellen, moet het Bundeskartellamt de volgende drie punten onderzoeken: (i) vooreerst moet het de product- en geografische markt afbakenen waarop Facebook actief is, om (ii) vervolgens na te gaan of Facebook op deze markt een machtspositie heeft en, tot slot, (iii) of Facebook in zijn activiteiten misbruik heeft gemaakt van zijn machtspositie en op die manier de concurrentie op deze of een aanverwante markt heeft verstoord.

2.2.1. De relevante markt

De bepaling van de relevante markt vereist een afbakening van zowel de relevante productmarkt als de relevante geografische markt. ⁵ Het Bundeskartellamt is van oordeel dat de relevante geografische markt Duitsland is, onder meer omdat gebruikers het sociale netwerk voornamelijk gebruiken om contact te zoeken met hun landgenoten.

⁶

Wat betreft de productmarkt verwijst het Bundeskartellamt naar het recentelijk ingevoerde artikel 18 van de Duitse mededingingswet (‘Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen’ of ‘GWB’) dat voorziet in specifieke parameters voor de afbakening van veelzijdige (*multisided*) markten en netwerken. ⁷

Facebook wordt beschouwd als een veelzijdig platform aangezien er minstens twee grote groepen verantwoordelijk zijn voor de financiering van het ‘Facebookproduct’, namelijk privégebruikers enerzijds en adverteerders anderzijds. ⁸ Na de vaststelling dat de belangen van de adverteerders niet gelijklopend zijn aan deze van de privégebruikers, besluit het Bundeskartellamt dat beide groepen tot verschillende markten behoren. ⁹ Deze productmarkt wordt ook bevestigd in rechtsleer. ¹⁰ Voor doeleinden van onderhavige zaak,

weerhoudt het Bundeskartellamt enkel de markt voor privégebruikers van sociale media als relevante productmarkt.¹¹

De omvang van de relevante productmarkt wordt gewoonlijk afgebakend aan de hand van producten die door de (eind-) klant als substituten van elkaar kunnen worden beschouwd, gelet op hun kenmerken, prijzen of beoogd gebruik.¹²

Omdat LinkedIn, Instagram, Twitter, Snapchat, YouTube en WhatsApp in de ogen van de gebruikers niet voldoende substitueerbaar zijn,¹³ vormen zij volgens het Bundeskartellamt dan ook geen onderdeel van de relevante markt. Voor wat betreft WhatsApp ligt dit in lijn met de recente beslissingspraktijk van de Europese Commissie.¹⁴

In het licht van het voorgaande, bestaat de markt voor privégebruikers van sociale media in Duitsland volgens het Bundeskartellamt uit Facebook en enkele kleinere Duitse sociale

2.2.2. Machtspositie De machtspositie van een onderneming wordt in eerste instantie bepaald door de hoogte van haar marktaandeelen op de relevante markt.¹⁶ Het Bundeskartellamt is van oordeel dat deze marktaandeelen moeten worden berekend in functie van het aantal dagelijks actieve gebruikers van alle sociale netwerken op de relevante markt.¹⁷ Dit in acht nemende en gelet op de enge afbakening van de relevante markt, stelt het Bundeskartellamt vast dat Facebook een marktaandeel van 95% heeft.¹⁸ Zelfs indien men, veiligheidshalve, ook Instagram e.a. tot de markt zou opnemen of enkel rekening zou houden met de maandelijks actieve gebruikers, behoudt Facebook volgens het Bundeskartellamt een substantieel hoog marktaandeel.¹⁹

Verder identificeert het Bundeskartellamt enkele duidelijke indicaties dat zich op de markt een *market tipping process*

voordoet in de richting van een toekomstige monopoliepositie van Facebook.²⁰ Een eerste indicatie van deze trend is onder meer de aanwezigheid van hoge toetredingsdrempels voor concurrenten. Om de concurrentie met Facebook aan te gaan moeten concurrenten immers niet alleen sterk staan op de markt voor privégebruikers van sociale media, maar ook op de advertentiemarkt.²¹ Ook de vaststelling dat Facebookgebruikers zeer moeilijk de Facebookomgeving kunnen omruilen voor een ander sociaal netwerk (sterke *lock-in*-effecten)²² en het feit dat steeds meer concurrenten de markt verlaten (bijvoorbeeld, Google+) of hun aandelen zien krimpen, zijn duidelijke indicaties dat de concurrentie op de markt sterk is gedaald.²³ Het Bundeskartellamt besluit dat Facebook een machtspositie heeft op de markt voor privégebruikers van sociale media in Duitsland.

2.2.3. Misbruik?

Het is onder het mededingingsrecht niet verboden om een machtspositie te hebben. Ondernemingen met een machtspositie dragen echter wel een bijzondere verantwoordelijkheid om die machtspositie niet te misbruiken.²⁵ In zijn beslissing stelt het Bundeskartellamt vast dat de gebruikersvoorwaarden van Facebook, die voorzien in het verzamelen en koppelen van off-Facebook data, een uitbuitingsmisbruik vormen in de zin van artikel 19.1 GWB. Deze conclusie rust in grote mate op rechtspraak van het Duitse Hoogerechtshof (het Bundesgerichtshof).

Volgens deze rechtspraak kunnen gebruikersvoorwaarden die (op grond van het burgerlijk recht) onrechtmatig zijn eveneens een misbruik van machtspositie inhouden, in het bijzonder wanneer de toepassing van die voorwaarden een uiting is van marktmacht.²⁶ Naar analogie oordeelt het Bundeskartellamt dat gebrui-

- 7 Dit artikel werd ingevoerd in het GWB naar aanleiding van de opkomst van online platformen en het gebruik van grote hoeveelheden data. Zo voorziet artikel 18.3.a GWB dat bij de bepaling van een machtspositie onder meer rekening moet worden gehouden met de (superieure) toegang van de onderneming tot persoonsgegevens. Het Belgische mededingingsrecht kent geen gelijkaardige bepaling.
- 8 Beslissing Bundeskartellamt, nr. 228 en 229.
- 9 nr. 231 e.v.
- 10 *Ibid.*
- 11 Bijvoorbeeld, L. FILISTRUCCHI, D. GERADIN, E. VAN DAMME en P. AFFELDT, "Market definition in two-sided markets: theory and practice", *Journal of Competition Law & Economics*, nr. 231.
- 12 Beslissing Bundeskartellamt, nr. 231.
- 13 Bekendmaking relevante markt, 5-6, nr. 7.
- 14 Zo verzorgen deze sociale netwerken slechts een fractie van de diensten die Facebook aan zijn gebruikers kan bieden. Om deze redenen moeten de diensten van YouTube e.a. slechts als aan Facebook complementaire diensten worden beschouwd. Zie Beslissing Bundeskartellamt, nr. 286 en 287. Facebook/WhatsApp, nr. 61.
- 15 Beslissing Bundeskartellamt, nr. 265.
- 16 Zo bestaat er een vermoeden dat een onderneming met een marktaandeel onder de 40% geen machtspositie heeft. Zie Mededeling Europese Commissie – Richtsnoeren betreffende de handhavingsprioriteiten van de Commissie bij de toepassing van artikel 82 van het EG-Verdrag op onrechtmatig uitsluitingsgedrag door ondernemingen met een machtspositie, *Pb.C.* 24 februari 2009, afl. 45, 9, nr. 14.
- 17 Beslissing Bundeskartellamt, nr. 389 en 400 e.v., nr. 392.
- 18 *Ibid.*

► kersvoorwaarden die in strijd zijn met de AVG eveneens een misbruik van machtspositie kunnen vormen. Het Bundeskartellamt onderzoekt daarom eerst of de gebruikersvoorwaarden van Facebook – en de verwerking van persoonsgegevens die daarop is gebaseerd – in overeenstemming zijn met de AVG. Het verzamelen en koppelen van off-Facebook data vereist volgens het Bundeskartellamt de geldige toestemming van de gebruikers (artikel 6.1.a AVG). Een dergelijke verwerking is immers niet noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst met de gebruikers (artikel 6.1.b AVG). Evenmin kan Facebook een doorslaggevend gerechtvaardigd belang doen gelden (artikel 6.1.f AVG), onder meer gelet op de verwachtingen van de gebruikers en de (machts)positie van Facebook ten aanzien van die gebruikers. ²⁷ Een toestemming in de zin van artikel 6.1.a *juncto* artikel 4.11 AVG is geldig als die toe-

stemming vrij, geïnformeerd, specifiek en ondubbelzinnig is. Volgens het Bundeskartellamt is de toestemming in deze zaak niet vrij, aangezien de instemming van de gebruiker met het verzamelen en koppelen van off-Facebook data een van de voorwaarden is voor het aanmaken van een Facebook profiel. De gebruiker heeft in een dergelijk geval geen werkelijke keuzemogelijkheid aangezien zijn toestemming een voorwaarde is voor een overeenkomst of dienst, terwijl de verwerking niet nodig is voor die doeleinden (artikel 7.4 AVG). Het Bundeskartellamt besluit bijgevolg dat het gebruik en de implementatie van de gebruikersvoorwaarden geen juridische grondslag heeft onder de AVG en daarmee dus in strijd is. ²⁸

Deze inbreuk op de AVG is volgens het Bundeskartellamt een veruitwendiging van de marktmacht van Facebook. Het Bundeskartellamt stelt dat het voldoende is dat er sprake is van een causaal verband tussen dergelijke marktmacht en de inbreuk. Vooreerst is er een normatief causaal verband aangezien de beperking van het zelfbeschikkingsrecht van de gebruikers volgens het Bundeskartellamt duidelijk gekoppeld is aan de dominante positie van Facebook. ²⁹ Het Bundeskartellamt wijst er in dit verband op dat de (markt)positie van een onderneming een relevante overweging is in de analyse of de gegevensbeschermingswetgeving wordt nageleefd. Zij verwijst onder meer uitdrukkelijk naar overweging 43 van de AVG, die stelt dat toestemming geen geldige rechtsgrond kan zijn wanneer er sprake is van een duidelijke wanverhouding tussen de betrokkene en de verwerkingsverantwoordelijke. Daarnaast is er ook een causaal verband op het vlak van het effect dat de inbreuk heeft op de mededinging op de betrokken markt. Door de AVG te miskennen heeft Facebook een onrecht-

matig competitief voordeel op zijn concurrenten verkregen en de toetredingsdrempels tot de sociale netwerkenmarkt, alsook tot de online advertentiemarkt verhoogd, met als gevolg dat de machtspositie van Facebook wordt versterkt. ³⁰

2.3. EN WAT NU, FACEBOOK?

Het Bundeskartellamt verbiedt het verzamelen en koppelen van off-Facebook data zonder geldige toestemming van de gebruikers, zoals voorzien in de gebruikersvoorwaarden van Facebook. Facebook moet zijn verwerkingsactiviteiten aanpassen. Naast geldige toestemming moet Facebook zijn gebruikers de mogelijkheid geven om te allen tijde hun toestemming in te trekken zonder dat dit mag leiden tot geen of een verminderde toegang tot hun Facebookprofiel. ³¹

Facebook krijgt twaalf maanden de tijd om deze wijzigingen door te voeren, inclusief een termijn van vier maanden om een implementatieplan voor te leggen aan het Bundeskartellamt. Deze termijnen werden ondertussen geschorst aangezien Facebook beroep heeft ingesteld tegen deze beslissing bij het hof van beroep (het Oberlandesgericht) in Düsseldorf en een voorlopige schorsing heeft gevraagd van de beslissing van het Bundeskartellamt. Deze voorlopige schorsing werd op 26 augustus 2019 alvast toegekend door het Oberlandesgericht in een voorlopige uitspraak. ³² Dit is alvast een eerste, tijdelijke overwinning voor Facebook, want een dergelijke schorsing kan enkel worden toegekend wanneer het Oberlandesgericht van oordeel is dat er ernstige twijfels zijn over de rechtmatigheid van de beslissing van het Bundeskartellamt. Het Bundeskartellamt heeft alvast aangekondigd dat het in beroep zal gaan tegen deze voorlopige uitspraak bij het hoogste Duitse gerechtshof, het Bundesgerichtshof.

“ Naar analogie oordeelt het Bundeskartellamt dat gebruikersvoorwaarden die in strijd zijn met de AVG eveneens een misbruik van machtspositie kunnen vormen. ”

2.4. KRITISCHE NOOT

De beslissing van het Bundeskartellamt is niet vanzelfsprekend. Dit blijkt alvast uit de vele vragen die in de rechtsleer rijzen, zowel vanuit gegevensbeschermings- als mededingingsrechtelijk oogpunt. Zonder exhaustief te zijn, sommen we er hier alvast enkele op:

- De beslissing van het Bundeskartellamt staat op gespannen voet met het *one-stop-shop*-beginsel van de AVG, op grond waarvan een onderneming met grensoverschrijdende verwerkingsactiviteiten in principe slechts met één gegevensbeschermingsautoriteit zal worden geconfronteerd. Gelet op het feit dat de centrale administratie van Facebook in Ierland gevestigd is, is volgens de richtlijnen van het Europees Comité voor gegevensbescherming (hierna: EDPB) de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit bevoegd om zich uit te spreken over de verwerkingsactiviteiten van Facebook.³³ Het Bundeskartellamt onderbouwt zijn bevoegdheid door te argumenteren dat zijn beslissing enkel betrekking heeft op de activiteiten van Facebook ten aanzien van Duitse gebruikers. Gelet op het feit dat Facebook wereldwijd actief is – hetgeen de Europese Commissie ook met zoveel woorden lijkt te bevestigen³⁴ – kan er moeilijk geargumenteed worden dat de activiteiten van Facebook geen grensoverschrijdend element hebben. Wat gebeurt er indien de Ierse gegevensbeschermingsautoriteit³⁵ of een andere mededingingsautoriteit alsnog een andere visie aanneemt? Het Bundeskartellamt mag dan misschien niet onderworpen zijn aan het *one-stop-shop*-beginsel, maar deze eenzijdige actie van het Bundeskartellamt komt de coherentie in de toepassing van de AVG wellicht niet ten goede.

- Ook de conclusie van het Bundeskartellamt dat er sprake is van uitbuitingsmisbruik ten aanzien van de consument roept vragen op. In principe heeft een onderneming daar geen belang bij; toch niet zolang klanten een alternatief hebben. Mededingingsautoriteiten trachten dan ook voornamelijk dat laatste te waarborgen, eerder dan uitbuitingsmisbruik ten aanzien van consumenten te bestraffen. Dit verklaart wellicht waarom het Bundeskartellamt ook vaststelt dat Facebook de toegangsdrempels tot de markt heeft verhoogd. Deze vaststelling leunt dichter aan bij de meer traditionele invulling van een inbreuk op artikel 102 VWEU.
- Tot slot is ook de ‘sanctie’ die het Bundeskartellamt oplegt ietwat vreemd. Het Bundeskartellamt legt aan Facebook een verwerkingsverbod en voorwaarden op waarvan men zou verwachten dat ze worden opgelegd door een gegevensbeschermingsautoriteit, eerder dan door een mededingingsautoriteit. In geval van een inbreuk op artikel 102 VWEU betreffen de sancties van mededingingsautoriteiten veelal richtlijnen inzake de prijs die de dominante onderneming hanteert, het ontkoppelen van producten van de dominante onderneming, het afstoten van bepaalde activiteiten, etc.

Inmiddels heeft ook het Oberlandesgericht ernstige vraagtekens geplaatst bij de beslissing van het Bundeskartellamt. In zijn voorlopige uitspraak ziet het Oberlandesgericht geen uitbuiting ten aanzien van de Facebookgebruiker.³⁶ Die kan immers gemakkelijk zijn data dupliceren en aan een derde partij bezorgen.³⁷ Evenmin verliest hij volgens het Oberlandesgericht de controle over zijn data. De Facebookgebruiker kan autonoom de afweging maken of hij van de voordelen van het sociale netwerk van Facebook wenst te

¹⁹ *Ibid.* 395 en 414 e.v.

²⁰ *Ibid.* 387 en 432 e.v.

²¹ *Ibid.* 443. Het Bundeskartellamt stelt dat het in de praktijk erg moeilijk zal zijn voor concurrenten van Facebook om tot deze markten toe te treden. Het succes van Facebook op beide markten is immers te danken aan zijn toegang tot een grote hoeveelheid data, waardoor het op zijn beurt hoog gepersonaliseerde advertentiediensten kan aanbieden. De concurrenten van Facebook beschikken over beduidend minder data en zullen daarom heel wat moeilijker kunnen concurreren met Facebook.

²² *Ibid.*, nr. 460 e.v.

²³ *Ibid.*, nr. 432 e.v.

²⁴ *Ibid.*, nr. 374 e.v.

²⁵ *Ibid.* 13 februari 1979, nr. 85/76, ECLI:EU:C:1979:36, Hoffman-La Roche/Commissie, nr. 91.

²⁶ Bundesgerichtshof (DE) 6 november 2013, nr. KZR 58/11, beschikbaar in het Duits op www.bundesgerichtshof.de (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019); Bundesgerichtshof (DE) 7 juni 2016, nr. KZR 6/15, beschikbaar in het Duits op www.bundesgerichtshof.de (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019). Zie ook ARTIKEL 29-WERKGROEP,

²⁷ *Advies over het*

begrip “gerechtvaardigd belang van de voor de gegevensverwerking verantwoordelijke” in artikel 7 van Richtlijn 95/46/EG, 9 april 2014, nr. 06/2014, 844/14/NL WP 217, 49, beschikbaar op www.edpb.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019).

²⁸ Beslissing Bundeskartellamt, nr. 629 e.v.

²⁹ Dit gezegd zijnde, verduidelijkt het Bundeskartellamt dat het niet noodzakelijk is dat de inbreuk *alleen* mogelijk was als gevolg van de machtspositie en dat andere ondernemingen geen kans hadden om zich op dezelfde manier op te stellen. Een link tussen de twee aspecten (de inbreuk en de marktmacht), die een causaal verband vertoont, is voldoende. *Ibid.*, nr. 876 e.v.

³⁰ *Ibid.*, nr. 888 e.v.

³¹ *Ibid.*, nr. 916 e.v.

³² Oberlandesgericht Düsseldorf (DE) 26 augustus 2019, nr. VI-Kart 1/19 (V), beschikbaar op www.olg-duesseldorf.nrw.de (laatst geraadpleegd op 1 september 2019) (hierna: Arrest Oberlandesgericht). ARTIKEL 29-WERKGROEP,

³³ *Richtlijnen voor het bepalen van de leidende toezichhoudende autoriteit van de verwerkingsverantwoordelijke of de verwerker* april 2017, beschikbaar op www.edpb.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019).

Facebook/WhatsApp, nr. 63 e.v.

³⁴ Volgens Julia Topel van het Bundeskartellamt had het Bundeskartellamt nauw contact met de gegevensbeschermingsautoriteit van Hamburg, de Duitse federale gegevensbeschermingstoezichthouder, de Europese Toezichthouder voor gegevensbescherming en de Belgische gegevensbeschermingsautoriteit. De Ierse gegevensbeschermingsautoriteit werd (slechts) op de hoogte gebracht.

Arrest Oberlandesgericht, 7 e.v.

, 8-9.

³⁶ , 9-10.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ *Ibid.*, 28.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

“ Tegelijkertijd lijken de gegevensbeschermingsregels een opening te creëren voor mededingingsautoriteiten om nieuwe vormen van (anti)concurrentieel gedrag aan te pakken.”

- ▶ genieten rekening houdende met de gevolgen van het gebruik van off-Facebook data.³⁸ Dat een Facebookgebruiker geen duidelijk zicht heeft op de verwerking van zijn persoonsgegevens, als gevolg van het feit dat hij de gebruikersvoorwaarden niet heeft gelezen, kan volgens het Oberlandesgericht niet worden toegeschreven aan de machtspositie van Facebook.³⁹ Zonder zich reeds uit te spreken over de vraag of Facebook de AVG schendt,⁴⁰ stelt het Oberlandesgericht verder dat er geen causaal verband is tussen de dominante positie van Facebook en de eventuele inbreuk op de AVG.⁴¹ Het Bundeskartellamt toont volgens het Oberlandesgericht niet aan dat de toestemming van de gebruiker door de machtspositie van Facebook dermate wordt beïnvloed dat die toestemming niet langer als een autonome beslissing kan worden beschouwd.⁴² Tot slot vindt

het Oberlandesgericht dat er evenmin sprake is van uitsluitingsmisbruik ten aanzien van concurrenten van Facebook.⁴³ Het vindt vooreerst dat de maatregelen die het Bundeskartellamt aan Facebook heeft opgelegd geen einde zouden maken aan enig uitsluitingsmisbruik.⁴⁴ Verder is het van mening dat de gebruikersvoorwaarden van Facebook de toegangsdrempels tot de markt voor sociale netwerken niet hebben verhoogd.⁴⁵

3. RELEVANTIE VAN GEGEVENSBESCHERMINGS WETGEVING OP HET MEDEDINGINGSRECHT

Uit de Facebookzaak van het Bundeskartellamt blijkt dat gegevensbescherming (swetgeving) relevant kan zijn voor de mededingingsrechtelijke analyse. De vraag is of deze vaststelling een algemene strekking heeft en hoever die dan leidt. De rechtspraak van het Hof van Justitie⁴⁶ en de beslissingspraktijk van de Europese Commissie⁴⁷ stellen duidelijk dat het mededingingsrecht en de gegevensbeschermingswetgeving twee afzonderlijke rechtsdomeinen zijn. Ook Europees commissaris voor Mededinging, Margrethe Vestager, is deze mening toegedaan.⁴⁸

Dit gezegd zijnde, heeft Joaquin Almunia, de vroegere Europees commissaris voor de Mededinging, wel aangegeven dat een inbreuk op het recht op de bescherming van persoonsgegevens ook een mededingingsrechtelijk probleem kan vormen.⁴⁹ Het feit dat gegevensbescherming en mededinging twee afzonderlijke rechtsdomeinen zijn, betekent dan ook niet dat gegevensbescherming geen enkele impact kan hebben op het mededingingsrecht. De Europese Commissie heeft al meermaals bevestigd dat het niveau van gegevensbescherming van een product of dienst een belangrijke concurrentiële fac-

tor is.⁵⁰ Verder is het een vaststaand gegeven dat mededingingsautoriteiten, wanneer zij nagaan of er al dan niet sprake is van een mededingingsbeperkende praktijk, rekening moeten houden met de economische en juridische context waarin die praktijk plaatsvindt; zo ook met de wetgeving inzake gegevensbescherming.⁵¹

Dit is in het verleden dan ook meermaals toegepast in het kader van concentratiecontroles. Voor zover relevant neemt de mededingingsautoriteit in een dergelijk (*ex ante*) onderzoek het wetgevend kader inzake gegevensbescherming in acht om de relevante markt, de positie van de betrokken ondernemingen op die markt en de impact van de concentratie te bepalen.⁵² De mededingingsautoriteiten lijken er daarbij van uit te gaan dat de betrokken ondernemingen de gegevensbeschermingswetgeving (zullen) naleven. Verder zal de mededingingsautoriteit nagaan in welke mate de aangemelde concentratie een impact kan hebben op het niveau van gegevensbescherming van de betrokken producten.

Ook in het geval van een onderzoek naar het misbruik van een machtspositie (*ex post*) kunnen mededingingsautoriteiten nagaan of de betrokken onderneming de gegevensbeschermingswetgeving naleeft en, indien niet, dit als een relevante factor meenemen in hun mededingingsrechtelijke beoordeling. Dat is alvast wat het Bundeskartellamt in de Facebookzaak heeft gedaan, maar dit is wel degelijk een novum. Voor het eerst is de mededingingsrechtelijke analyse integraal gestoeld op de analyse van de relevante gegevensbeschermingswetgeving, en dit buiten de context van een (*ex ante*) concentratiecontrole. De Facebookbeslissing heeft dan ook terecht een debat geopend over de raakvlakken tussen de

raakvlakken doen heel wat vragen rijzen. Hoe moeten zaken verdeeld worden tussen de verschillende autoriteiten? Hoe kunnen zij samenwerken? Hoe worden de rechten van de betrokken ondernemingen gerespecteerd (bv. *ne bis in idem*)? Hoe is samenwerking compatibel met de vereiste van onafhankelijkheid van mededingings- en gegevensbeschermingsautoriteiten? Enzovoort.

4. SLOTOVERWEGINGEN

Met de opkomst van online platformen is de wisselwerking tussen de gegevensbeschermingswetgeving en het mededingingsrecht een vaststaand gegeven. Het was al duidelijk dat mededingingsrechtelijke concepten een rol spelen in gegevensbeschermingswetgeving, zoals bijvoorbeeld de ‘marktmacht’ van de verwerkingsverantwoordelijke bij het bepalen of toestemming vrij kan worden gegeven. Het wordt steeds vaker duidelijk dat het mededingingsrecht ook de regels op het vlak van gegevensbescherming doeltreffender kan maken⁵³ door concentraties tegen te gaan en zo een echte keuze te laten aan de betrokkenen inzake de verwerking van hun persoonsgegevens.

Tegelijkertijd lijken de gegevensbeschermingsregels een opening te creëren voor mededingingsautoriteiten om nieuwe vormen van (anti)concurrentieel gedrag aan te pakken.⁵⁴ Dit is het geval in de Facebookzaak. Er zijn ook stemmen die stellen dat een principe als dataminimalisatie mededingingsautoriteiten kan helpen om een inbreuk vast te stellen op grond van uitbuitingsmisbruik door buitensporig hoge prijzen in het kader van ‘gratis’ diensten. Vele nieuwe diensten rond onlineplatformen zijn ‘gratis’. De gebruiker betaalt als het ware met zijn persoonsgegevens. Het is niet vanzelf-

sprekend om vast te stellen dat een dergelijke, niet in geld uitgedrukte prijs buitensporig is. Het principe van dataminimalisatie kan hiervoor mogelijk als kapstok dienen. Dit gezegd zijnde, blijkt uit de besluitpraktijk van de Europese Commissie en nationale mededingingsautoriteiten (met uitzondering van het Bundes kartellamt) nog geen duidelijke intentie om gegevensbeschermingswetgeving (ten gronde) te gaan toepassen in mededingingszaken.

Hoe dan ook, opdat deze wisselwerking correct kan verlopen, zal het onmisbaar zijn dat de verschillende autoriteiten goed met elkaar communiceren en proactief betrokken worden bij de beslissingen die worden genomen. Dit speelt niet alleen wanneer gegevensbeschermings- en mededingingswetgeving hand in hand gaan, maar evenzeer wanneer de toepassing ervan zou leiden tot een mogelijk onverzoenbaar resultaat. Het Digital Clearinghouse, een vrijwillig netwerk van nationale autoriteiten die actief zijn op het vlak van mededinging, gegevensbescherming en consumenten, lijkt op dat punt alvast een stap in de goede richting.⁵⁵ ■



ANOUK FOCQUET
counsel bij contrast



JULIE VAN PÉE
advocaat bij contrast

⁴⁵ *ibid.*-35.

⁴⁶ HvJ 23 november 2006, nr. C-238/05, ECLI:EU:C:2006:734, Asnef-Equifax, nr. 63.

⁴⁷ Bijvoorbeeld, Facebook/WhatsApp, nr. 164.

⁴⁸ M. VESTAGER, *Competition in a big data world*, SPEECH, 17 januari 2016, beschikbaar op www.ec.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019).

⁴⁹ J. ALMUNIA, *Competition and personal data protection*, SPEECH 12/860, 26 november 2012, beschikbaar op www.ec.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019).

⁵⁰ Bijvoorbeeld, Facebook/WhatsApp, nr. 87 en 102; Europese Commissie 6 december 2016, nr. M.8124, Microsoft/LinkedIn, vn. 330 (hierna: Microsoft/LinkedIn). Bijvoorbeeld, Microsoft/LinkedIn, nr. 177.

⁵¹ ,vn. 332; Europese Commissie 23 februari 2016, nr. M.813, Google/Sanofi, nr. 67.

⁵² Facebook/WhatsApp (boete opgelegd in 2017).

⁵³ Zie ook EDPB, *Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration*, 27 augustus 2018, beschikbaar in het Engels op www.edpb.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019). De EDPB ziet in de toenemende concentratie op de digitale markt ten een bedreiging voor het niveau van gegevensbescherming en de vrijheid van gebruikers van digitale diensten. Bij de beoordeling van een mogelijk misbruik van machtspositie en concentraties op de digitale markt moet volgens de EDPB dan ook rekening worden gehouden met (het effect op) de belangen van natuurlijke personen op het gebied van gegevensbescherming en privacy. De EDPB ziet in de beoordeling van dergelijke effecten een rol weggelegd voor de gegevensbeschermingsautoriteiten.

⁵⁴ *Statement of the EDPB on the data protection impacts of economic concentration*, 27 augustus 2018, beschikbaar in het Engels op www.edpb.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019). De EDPB ziet in de toenemende concentratie op de digitale markt ten een bedreiging voor het niveau van gegevensbescherming en de vrijheid van gebruikers van digitale diensten. Bij de beoordeling van een mogelijk misbruik van machtspositie en concentraties op de digitale markt moet volgens de EDPB dan ook rekening worden gehouden met (het effect op) de belangen van natuurlijke personen op het gebied van gegevensbescherming en privacy. De EDPB ziet in de beoordeling van dergelijke effecten een rol weggelegd voor de gegevensbeschermingsautoriteiten.

⁵⁵ *Opinion on coherent enforcement of fundamental rights in the age of big data*, 23 september 2016, nr. 87016, beschikbaar in het Engels op www.edpb.europa.eu (laatst geraadpleegd op 31 juli 2019); Resolutie Europees Parlement 14 maart 2017 over de gevolgen van big data voor de grondrechten: persoonlijke levenssfeer, gegevensbescherming, non-discriminatie, veiligheid en rechtshandhaving, *Pb.C.* 263, 25 juli 2018, 82.