

# MEJE KONKURENČNEGA PRAVA IN CILJANO OGLAŠEVANJE V PRAKSI NEMŠKE AGENCIJE ZA VARSTVO KONKURENCE

ROK DACAR

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija  
rok.dacar@um.si

V EU varstvo osebnih podatkov predstavlja temeljno človekovo pravico, ki jo operacionalizira GDPR. Sodišče Evropske unije je s sodbo v zadevi *Asnef-Equifax* zasedlo stališče, da se kršitve pravice do varstva osebnih podatkov kot take ne morejo upoštevati pri konkurenčnihopravnih presoajah. Nemška Agencija za varstvo konkurence je z odločbo B6-22/16 v zadevi *Facebook* odstopila od zadevnega stališča s tem, ko je odločila, da kršitev pravice do varstva osebnih podatkov in pravice do informacijske samoodločbe, ki ju je omogočil prevladujoči tržni položaj podjetja Facebook, predstavljata zlorabo tega položaja, ki je tradicionalno mogoča le, če se pojavi škoda povezana s sfero tržne konkurence, ki pa se v zadevnem primeru niti ni dokazovala. Zadevni prispevek poskuša v tej zvezi odgovoriti na raziskovalno vprašanje: »Na kakšen način je odločba odstopila od uveljavljenih načel glede odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov?«

DOI  
[https://doi.org/  
10.18690/um.pf.6.2023.6](https://doi.org/10.18690/um.pf.6.2023.6)

ISBN  
978-961-286-788-1

**Ključne besede:**  
zloraba prevladujočega  
položaja,  
pravica do varstva osebnih  
podatkov,  
ciljano oglaševanje,  
večstranske spletne  
platforme,  
pravica do informacijske  
samoodločbe



Univerzitetna založba  
Univerze v Mariboru

DOI  
[https://doi.org/  
10.18690/um.pf.6.2023.6](https://doi.org/10.18690/um.pf.6.2023.6)

ISBN  
978-961-286-788-1

**Keywords:**

abuse of dominance,  
right to the protection of  
personal information,  
targeted advertisement,  
multi-sided internet  
platforms,  
right to informational self-  
determination

# THE LIMITS OF COMPETITION LAW AND TARGETED ADVERTISING IN THE CASE LAW OF THE GERMAN FEDERAL CARTEL OFFICE

ROK DACAR

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia  
[rok.dacar@um.si](mailto:rok.dacar@um.si)

Protection of personal information constitutes a fundamental right in the EU. In its *Asnef-Equifax* judgement, the Court of the European Union ruled that violations of the right to the protection of personal information are, as such, not relevant for competition law. The BKA strayed from the Court's reasoning in its Facebook decision, where it pointed out that a violation of the right to the protection of personal information can constitute an abuse of market dominance if it was enabled by the company's dominant market position. As such, the conduct of Facebook infringing fundamental rights constituted an abuse of market dominance, which traditionally requires some sort of damage to market competition. The paper at hand attempts to answer the research question: "In what way did the decision stray from established principles regarding the relation between competition law and the protection of personal information?"



## 1 Uvod

Nemška agencija za varstvo konkurence<sup>1</sup> (Bundeskartellamt; BKA) je dne 15. februarja 2019 izdala odločbo št. B6-22/16 (odločba), s katero se je (radikalno) odmaknila od uveljavljenih načel glede odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov<sup>2</sup> s tem, ko je zaključila, da je podjetje Facebook (zdaj Meta)<sup>3</sup> prevladujoči tržni položaj zlorabilo s kršitvijo pravice do varstva osebnih podatkov in pravice do informacijske samoodločbe svojih uporabnikov. Zadevna odločba ima, kljub dejstvu, da je podjetje Facebook sprožilo pritožbeni postopek in odločba torej še ni pravnomočna, izjemno velik pomen. Rešitve iz odločbe je nenazadnje kot podlago za prepoved kopičenja osebnih podatkov iz točke b) prvega odstavka 5. člena prevzel Akt o digitalnih trgih.<sup>4</sup> Vse to terja njeno podrobnejšo analizo, ki bo usmerjena v razrešitev raziskovalnega vprašanja: »Na kakšen način je odločba odstopila od uveljavljenih načel glede odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov?«

Zadevni prispevek je sestavljen iz treh vsebinsko zaključenih enot, poglavij. V prvem se ozre na nekatere temeljne pojme, ki so potrebni za razumevanje prispevka. V njem tako analizira položaj pravice do varstva osebnih podatkov v pravnem redu EU, pravico do informacijske samoodločbe, koncept zlorabe prevladujočega položaja ter značilnosti večstranskih spletnih platform. V drugem poglavju je predstavljen odnos med konkurenčnim pravom in pravico do varstva osebnih podatkov, pa tudi možnosti zasledovanja ciljev izven sfere tržne konkurence z instrumenti konkurenčnega prava, kot sta ju izoblikovala administrativna praksa Komisije in sodna praksa Sodišča. Tretje, vsebinsko najobširnejše poglavje, pa analizira odločbo, se opredeli do njenega odstopanja od uveljavljenih načel odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov in predstavi morebitne koristi vpeljave

---

<sup>1</sup> Pri prevodu je termin »urad« uporabljen kot ustreznica nemškega termina »Amt«, to pa ne sme zavesti k misli, da je BKA neposredno podrejena izvršilni oblasti, kot je to značilno za urade, je namreč regulatorna agencija, s pripadajočim neodvisnim statusom.

<sup>2</sup> Ker predstavlja pravica do varstva osebnih podatkov v EU temeljno pravico, ni neutemeljeno trditi, da se je BKA z odločbo opredelila do odnosa med konkurenčnim pravom in temeljnimi pravicami na splošno.

<sup>3</sup> Prispevek uporablja izraz »podjetje Facebook«, čeprav se je slednje preimenovalo v Meta, to pa zato, ker se je v času izdaje odločbe še imenovalo Facebook.

<sup>4</sup> Glej Uredbo (EU) 2022/1925 Evropskega Parlamenta in Sveta z dne 14. septembra 2022 o tekmovalnih in pravičnih trgih v digitalnem sektorju in spremembi direktiv (EU) 2019/1937 in (EU) 2020/1828 (UL L 265, 12. 10. 2022, strani 1–66), točka b) prvega odstavka 5. člena, ki navaja, da vratar ne sme: »združevati osebnih podatkov iz zadevnih jedrnih platformnih storitev z osebnimi podatki iz drugih jedrnih platformnih storitev ali katerih koli drugih storitev, ki jih zagotavlja vratar, ali z osebnimi podatki iz storitev tretjih stran.«

njenih zaključkov v administrativno prakso Komisije in sodno prakso Sodišča. Nazadnje je podana še sinteza glavnih ugotovitev prispevka in odgovor na zastavljeno raziskovalno vprašanje.

Temeljni metodi raziskovanja, na kateri se opira prispevek, sta normativno-dogmatična metoda, ki je uporabljena za analizo trenutnega (de lege lata) položaja obravnavanih problematik v pravnem redu (EU), ter aksiološka metoda, ki odnos med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov (ter temeljnimi pravicami na splošno) analizira onkraj obstoječih pravil in načel in katere namen je kritična ocena vzpostavljenih konceptov ter podaja predlogov za njihovo izboljšanje. V okviru zgornjih dveh metod se prispevek opira še na več instrumentalnih metod, namreč metodo kompilacije in analize, metodo abstrakcije, deskripcije in klasifikacije, analitično in logično sklepanje ter metodi indukcije in dedukcije.

## 2 Temeljni pojmi in koncepti

Razumevanje zadevnega prispevka zahteva poznavanje pojmov pravice varstva do osebnih podatkov, pravice do informacijske samoodločbe, zlorabe prevladujočega položaja, večstranskih spletnih platform ter ciljanega oglaševanja, kar je podrobneje obravnavano v tem poglavju.

### 2.1 Pravica do varstva osebnih podatkov

Pravica do varstva osebnih podatkov ima v EU status temeljne človekove pravice, umeščena je namreč v 8. člen Listine Evropske unije o temeljnih pravicah<sup>5</sup> (Listina), pa tudi v 16. člen Pogodbe o delovanju Evropske unije (PDEU). Operacionalizira jo Uredba (EU) 2016/679 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 27. aprila 2016 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov ter o razveljavitvi Direktive 95/46/ES<sup>6</sup> (GDPR), ki je nasledila Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24. oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov<sup>7</sup> (Direktiva 95/46). Pravica do varstva osebnih podatkov je v pravni red EU prešla kot pravni transplantat iz sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice

<sup>5</sup> UL C 326, 26. 10. 2012, strani 391–407.

<sup>6</sup> UL L 119, 23. 11. 1995, strani 31–50.

<sup>7</sup> ULL 281, 4. 5. 2016, strani 1–88.

(ESČP), ki jo varuje v okviru 8. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin<sup>8</sup> (Konvencija), torej na podlagi pravice do osebnega in družinskega življenja.<sup>9</sup> Še pred uveljavitvijo Listine je Sodišče<sup>10</sup> pravico do varstva osebnih podatkov priznalo s sodbo v zadevi *Promusicae*<sup>11</sup> iz leta 2008. »Od takrat je pravica do varstva osebnih podatkov, čeprav mlada temeljna pravica, postala ena od temeljnih vrednot prava EU.«<sup>12</sup> Dejstvo, da pravica do varstva osebnih podatkov izhaja iz pravice do zasebnega in družinskega življenja, je razvidno tudi iz sodne prakse Sodišča, ki pri presoji relevantnih zadev upošteva tako pravico do zasebnega in družinskega življenja kot tudi pravico do varstva osebnih podatkov.<sup>13</sup> Varstvo osebnih podatkov ima v EU dvojno naravo, saj je pravica do varstva osebnih podatkov po eni strani temeljna človekova pravica, po drugi strani pa se preko prostega pretoka osebnih podatkov zasledujejo tudi ekonomski cilji.<sup>14, 15</sup> Tako npr. uvodna točka 2 GDPR navaja, da je namen GDPR »prispevati k (...) krepitvi in uskladitvi gospodarstev na notranjem trgu ter blaginji posameznikov,« tretji odstavek 1. člena GDPR pa, da »prosti pretok osebnih podatkov v Uniji ne sme biti omejen ali prepovedan iz razlogov, povezanih z varstvom posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov.«

<sup>8</sup> Uradni list RS–MP, št. 7/94.

<sup>9</sup> Med pomembnejše odločbe ESČP glede pravice do varstva osebnih podatkov spadajo sodbe v zadevah; Leander proti Švedski, št. 9248/81, v kateri je ESČP zaključilo, da hranjenje in posredovanje osebnih podatkov iz arhivov policije predstavlja kršitev pravice do osebnega in družinskega življenja; Amann proti Švici, št. 27798/95, v kateri je kršitev zadevne pravice predstavljal hranjenje podatkov o posamezniku in; Rotaru proti Romuniji, št. 28341/95, kjer je kršitev zadevne pravice predstavljal hranjenje sistematično zbranih podatkov o posamezniku.

<sup>10</sup> Termin Sodišče se zaradi jasnosti in preglednosti besedila uporablja tako za Sodišče Evropskih skupnosti, Sodišče Evropske unije in Splošno sodišče Evropske unije.

<sup>11</sup> Zadeva C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae) proti Telefónica de España SAU*, ECLI:EU:C:2008:54.

<sup>12</sup> Brkan, 2016, stran 813.

<sup>13</sup> V zvezi s tem glej združeni zadevi C-92/08 in C-93/09, *Volker und Markus Schecke GbR in Hartmut Eifert proti Land Hessen*, ECLI:EU:C:2010:662, tč. 64; zadevo C-291/12, *Schwarz proti Stadt Bochum*, ECLI:EU:C:2013:670, točke 33, 39, 46, idr.; zadevo C-293/12, *Digital Rights Ireland Ltd proti Minister for Communications, Marine and Natural Resources in drugim in Kärntner Landesregierung in drugim*, ECLI:EU:C:2014:238, točke 38–72.

<sup>14</sup> Hijmans in Docksey, 2019, stran 10.

<sup>15</sup> Glej zadevo C-518/07, *Komisija proti Nemčiji*, ECLI:EU:C:2010:125, točka 30; »Glede na vse navedeno je treba drugi pododstavek prvega odstavka 28. člena Direktive 95/46 razlagati tako, da morajo biti nadzorni organi, odgovorni za spremljanje obdelave osebnih podatkov v zasebnem sektorju, samostojni, tako da lahko svoje naloge izvajajo brez zunanje vpliva. Ta samostojnost ne izključuje le vsakršnega vpliva s strani nadziranih organov, temveč tudi kakršno koli navodilo in drug zunanji vpliv, bodisi neposreden bodisi posreden, ki bi lahko ogrožal navedene organe pri izvajanju njihove naloge ohranjanja pravega ravnotežja med pravnim varstvom zasebnosti in prostim pretokom osebnih podatkov.«

## 2.2 Pravica do informacijske samoodločbe

Pravice do informacijske samoodločbe (Informationelle Selbstbestimmung) je temeljna pravica lastna nemškemu pravnemu redu. Ne zagotavlja je neposredno nemški Temeljni zakon, pač pa jo je oblikovalo Zvezno ustavno sodišče v zadevi nos. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 z dne 15.12.1983, kjer je zaključilo, da je »v kontekstu sodobne obdelave podatkov zaščita posameznikov pred neomejenim zbiranjem, shranjevanjem in razkritjem njegovih osebnih podatkov zajeta s pravico do osebnostnih pravic. Kot temeljna pravica pa pravica do informacijske samoodločbe zahteva spoštovanje sposobnosti posameznikov, da na splošno odločajo o razkritju in uporabi svojih osebnih podatkov.« Pravica do informacijske samoodločbe je vsebinsko sorodna *Westinovi* opredelitvi zasebnosti kot pravice posameznika, da sam odloči, komu, kdaj in pod kakšnimi pogoji bodo sporočeni podatki o njem,<sup>16</sup> hkrati in dodatno pa javnim oblastem postavlja tudi negativno obveznost, da neutemeljeno ne pridobivajo ali drugače obvladujejo osebnih podatkov.<sup>17</sup>

## 2.3 Zlorabe prevladujočega položaja

Zlorabe prevladujočega položaja na ravni EU ureja 102. člen PDEU, ki se nanaša na ravnanja podjetij s prevladujočim položajem. Sama vzpostavitev prevladujočega položaja ne predstavlja kršitve 102. člena PDEU, saj gre pri njej za izvrševanje legitimne težnje vsakega podjetja, da doseže prevladujoči položaj, torej za izvrševanje njegove pravice do svobodne gospodarske pobude. Če pa podjetje svoj prevladujoči položaj zlorabi, s tem poseže v pravico do svobodne gospodarske pobude drugih podjetij, kar predstavlja zlorabo njegove lastne pravice.<sup>18, 19</sup> Zlorabe prevladujočega položaja so lahko bodisi izkoriščevalske (angl. exploitative abuses) ali izključevalne (angl. exclusionary abuses). Izkoriščevalske zlorabe prevladujočega položaja so usmerjene primarno v oškodovanje potrošnikov, izključevalne pa v izključitev

---

<sup>16</sup> Westin, 1967, stran 7.

<sup>17</sup> Za več o pravici do informacijske samoodločbe glej Albers, 2005.

<sup>18</sup> Grilc, 2009, stran 151.

<sup>19</sup> Po naravi stvari torej podjetje, ki nima prevladujočega položaja, četudi deluje še tako protikonkurenčno, prevladujočega položaja ne more zlorabiti. Glej zadevo 322/81, NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1983:313, kjer je Sodišče v točki 57 pojasnilo, da »Ugotovitev obstoja prevladujočega položaja sama po sebi ne pomeni nobenega očitka zoper zadevno podjetje, ampak je podjetju, ki ima tak položaj, naložena posebna odgovornost, da s svojim ravnanjem ne ogroža učinkovite in neizkrivljene konkurence na skupnem trgu.«

tekmecev iz trga,<sup>20</sup> Sodišče pa jih je s sodbo v zadevi *Hoffman-La Roche*<sup>21</sup> opredelilo kot »objektivni pojem, ki meri na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki lahko vpliva na strukturo trga, na katerem je konkurenca že šibka prav zaradi prisotnosti zadevnega podjetja, in ki ovira ohranjanje še obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za normalno konkurenco med proizvodi ali storitvami na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov.«<sup>22</sup> Vse zlorabe prevladujočega položaja so v konsekvenci izkoriščevalske, saj merijo v povišanje cene proizvodov in/ali storitev, kar nazadnje oškoduje potrošnike. Do tega lahko pride bodisi neposredno bodisi posredno z izključitvijo tekmecev iz upoštevnihi trgov in konsekventnim povišanjem cen in/ali padcem kakovosti proizvodov in/ali storitev. Za uporabo 102. člena PDEU mora zloraba prevladujočega položaja prizadeti trgovino med državami članicami, v nasprotnem primeru se uporabi nacionalno pravo.<sup>23</sup> V Zvezni republiki Nemčiji (Nemčija) zlorabo prevladujočega položaja ureja Zakon proti omejevanju konkurence (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB))<sup>24</sup> v 19. členu.<sup>25</sup>

## 2.4 Večstranske spletne platforme

Družabno omrežje Facebook je, kakor tudi npr. spletni brskalnik Google, profesionalno družabno omrežje LinkedIn, družabno omrežje Instagram, idr., večstranska spletna platforma. Večstranske spletne platforme delujejo na dveh trgih, ki sta medsebojna povezana. Na enem ponujajo z denarnega vidika neodplačne storitve potrošnikom (družabno omrežje Facebook tako npr. ponuja storitve na trgu družabnih omrežij). V angleški literaturi se za te trge uporablja izraz »zero-price markets«. Plačilo za nudenje zadevnihi storitev predstavljajo osebni podatki potrošnikov, ki jih podjetja zberejo preko njihovih aktivnosti na večstranski spletni

<sup>20</sup> Tipične primere izključevalnihi zlorab predstavljajo zavrnitve dobave, diskriminacija odjemalcev, določanje nepoštenihi pogodbenihi pogojev, dodatna pogojevanja in predatorske cene.

<sup>21</sup> Zadeva 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG* proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1979:36.

<sup>22</sup> Prav tam, točka 91.

<sup>23</sup> V zvezi s tem glej npr. združeni zadevi 6 in 7-73, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. in Commercial Solvents Corporation* proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:C:1974:18, in zadevo T-65/89, *BPB Industries Plc in British Gypsum Ltd* proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:T:1993:31.

<sup>24</sup> Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 19. Juli 2022 (BGBl. I S. 1214) geändert worden ist.

<sup>25</sup> Amandma 10 GWB je sicer 19. člen dopolnil z 19.a členom, ki naslavlja ravnanja podjetij z izjemnim pomenom, ki sega na več trgov (überragende marktübergreifende Bedeutung für den Wettbewerb). Izjemni pomen, ki sega na več trgov, je blažji standard od prevladujočega položaja, iz katerega pa vendarle izhajajo določene obveznosti zadevnihi podjetij, pri odločanju v zadevah povezanihi z njim, pa sodna praksa Sodišča o zlorabah prevladujočega položaja najverjetneje ne bo relevantna. V praksi bo 19.a člen naslavljal predvsem ravnanja največjih podjetij na digitalnihi trgih in na trgih, ki jih ženejo velepodatki.

platformi in na podlagi katerih lahko izoblikujejo njihove profile. Na podlagi teh profilov nato na drugem trgu, z denarnega vidika odplačno, zainteresiranim podjetjem ponujajo storitve ciljanega oglaševanja. Osební podatki so tako »nujna nematerialna dobrina večstranskih spletnih platform, saj omogočajo dostop do informacij, ki so potrebne za ciljano oglaševanje in za izboljšanje brezplačne strani platforme.<sup>26, 27</sup> Delež prihodkov podjetja Facebook iz naslova ciljanega oglaševanja je tako v tretjem kvartalu leta 2021 znašal 97,5 %, podjetja Alphabet (prej Google) pa preko 80 %.<sup>28</sup>

Tudi Komisija je v sklepu v zadevi *Google Search (Shopping)*<sup>29</sup> potrdila, da potrošniki za določene storitve plačujejo s svojimi osebnimi podatki.<sup>30</sup> Oba trga, na katerih večstranske spletne platforme delujejo, sta med sabo tesno povezana. Brez oblasti nad osebnimi podatki, ki jih posredujejo uporabniki storitve, ki jo podjetje ponuja na z denarnega vidika neodplačnem trgu, namreč ni mogoče delovati na trgu ciljanega oglaševanja, nadalje pa brez dohodkov, ki jih podjetje pridobi na trgu ciljanega oglaševanja, ni mogoče izboljševati storitve na z denarnega vidika neodplačnem trgu, kar bi nazadnje vodilo v izključitev podjetja iz njega. Več osebnih podatkov, kot torej podjetje zbere na z denarnega vidika neodplačnem trgu, boljše profile uporabnikov bo lahko napravilo in večji bodo njegovi dohodki na trgu ciljanega oglaševanja, kar mu bo omogočilo izboljševanje storitve na z denarnega vidika neodplačnem trgu, ki bo zato privabilo več novih uporabnikov, ki bodo podjetju posredovali več osebnih podatkov in tako *ad infinitum*.<sup>31</sup>

## 2.5 Ciljano oglaševanje

Ciljano oglaševanje predstavlja posebno učinkovito obliko oglaševanja, omogoča pa ga oblikovanje profilov uporabnikov določenih storitev, najpogosteje storitev večstranskih spletnih platform, na podlagi osebnih podatkov, ki jih slednje zberejo od uporabnikov. Pri tem gre bodisi za prostovoljno posredovane podatke (angl.

---

<sup>26</sup> Argenton in Prüfer, 2012, stran 80.

<sup>27</sup> Osební podatki uporabnikov storitev iz z denarnega vidika neodplačnega trga (angl. zero-price market) torej predstavljajo nujno zmogljivost (angl. essential facility) za delovanje na trgu ciljanega oglaševanja.

<sup>28</sup> Statista, Facebook's global revenue as of 3rd quarter 2021, by segment, URL: <https://www.statista.com/statistics/277963/facebook-quarterly-global-revenue-by-segment/> (obiskano: 8. 1. 2022).

<sup>29</sup> AT.39740 Google Search (Shopping).

<sup>30</sup> Wasastjerna, 2020, stran 80.

<sup>31</sup> V angleški literaturi se za zadevni fenomen uporablja izraz učinek snežne kepe (angl. snowball effect).



volunteered data), torej osebne podatke, ki jih uporabniki prostovoljno, vede in načeloma v rednih intervalih posredujejo spletni platformi, npr. skozi všečkanje določenih objav,<sup>32</sup> za opazovana podatke (angl. observed data), torej podatke, ki jih podjetja pridobivajo skozi opazovanje aktivnosti uporabnikov na večstranskih spletnih platformah, npr. preko spremljanja najpogosteje iskanih gesel, lokacijskih in prometnih podatkov, ipd. ali pa za izpeljane (angl. inferred) podatke. Slednji nastanejo iz analize prostovoljno posredovanih in opazovanih podatkov in so z vidika prava varstva osebnih podatkov najbolj problematični, saj lahko kombinacija in analiza podatkov, ki jih je posameznik prostovoljno in vede posredoval večstranski spletni platformi oziroma ki neposredno izhajajo iz njegovih aktivnosti na njej, razkrije osebne podatke, ki jih posameznik morebiti ne želi razkriti. Tako se na primer iz analize podatkov porabe električne energije lahko ugotovi dnevna rutina posameznika. Zavoljo izoblikovanih profilov uporabnikov, ki razkrivajo njihove interese in preference, se posameznemu uporabniku oglašujejo le tisti proizvodi in/ali storitve, do katerih je v preteklosti že pokazal določeno afiniteto, npr. z obiskovanjem spletnih strani proizvajalca, všečkanjem njegovih objav na družabnem omrežju ipd. Na ta način se torej, za razliko od klasičnega oglaševanja, posameznika ne poskuša prepričati, da kupi proizvod, ki mu je popolnoma neznan oziroma do katerega v preteklosti ni izkazal nobene afinitete (primer zadevnega oglaševanja so npr. televizijski oglasi, ki so enaki za vse gledalce določenega televizijskega kanala), pač pa se potrošnika zgolj dregne v smer nakupa določenega proizvoda in/ali storitve, za katerega ali katero se že zanima, npr. tako, da mu na družabnem omrežju prikaže relevantni oglas. Večstranska spletna platforma, ki tretjim podjetjem ponuja storitev ciljanega oglaševanja, prejme za vsak klik na povezavo, ki jo prikaže v oglasu, določeno maržo od podjetja naročitelja (govora je o t. i. pay-per-click principu).

### **3 Konkurenčno pravo in zasledovanje ciljev izven sfere tržne konkurence**

»V EU nikoli ni potekala poglobljena razprava o ciljnih izvrševanja konkurenčnega prava,«<sup>33</sup> ta cilj pa ne izhaja niti iz besedila 102. člena PDEU. Za izključevalne zlorabe prevladujočega položaja je Komisija ta cilj kot varstvo potrošnikov določila sama v Navodilih glede prednostnih nalog izvrševanja Komisije pri uporabi 82. člena

<sup>32</sup> Crémer et al., 2019, stran 101.

<sup>33</sup> Bernard, 2019, stran 77.

Pogodbe ES za izključevalna ravnanja, s katerimi prevladujoča podjetja zlorablajo svoj položaj.<sup>34</sup> Podrobnejša analiza sicer razkrije, da se cilji, ki jih preko pregona zlorab prevladujočega položaja zasledujeta Komisija in Sodišče, s časom spreminjajo in torej vsakokratne prioritete niso konstantne.<sup>35</sup> Podrobnejša razprava o ciljnih pregona zlorab prevladujočega položaja in konkurenčnega prava nasploh presega vsebinsko zamejitev tega prispevka, poudariti gre edinole, da vsi tradicionalno ostajajo znotraj sfere tržne konkurence.

PDEU v 7. členu določa, da »Unija skrbi za notranjo usklajenost svojih politik in dejavnosti ob upoštevanju vseh svojih ciljev in v skladu z načelom prenosa pristojnosti.« Iz zadevne določbe izhaja obveznost upoštevanja drugih politik EU pri izvrševanju konkurenčnega prava.<sup>36</sup> Podobna obveznost za pravico do varstva osebnih podatkov izhaja tudi iz prvega odstavka 51. člena Listine, ki določa da se »določbe Listine uporabljajo za institucije, organe, urade in agencije unije in države članice EU, ko izvršujejo pravo Unije, ki morajo spoštovati pravice, upoštevati načela in spodbujati njihovo uporabo v skladu s svojimi pristojnostmi in ob spoštovanju meja pristojnosti Unije.« Obe določili izražata, da konkurenčno pravo ni otok, ločen od ostalih politik EU, pač pa mora slednje upoštevati. Kljub temu sta Komisija in Sodišče cilje drugih politik z instrumenti konkurenčnega prava zasledovala le v peščici primerov. Z drugimi besedami, Komisija in Sodišče le nerada uporabita konkurenčno pravo za zasledovanje ciljev izven sfere tržne konkurence, kar je razvidno iz sodbe v zadevi *Post Danmark*,<sup>37</sup> v kateri je Sodišče posebno jasno izpostavilo, da je cilj pregona zlorab prevladujočega položaja v zasledovanju

---

<sup>34</sup> UL C 45, 24. 2. 2009, strani 7–20 (Navodila glede uporabe 102. člena PDEU).

<sup>35</sup> Do preloma tisočletja sta Komisija in Sodišče preko sankcioniranja zlorab prevladujočega položaja, in širše preko celotnega konkurenčnega prava, zasledovala predvsem cilje graditve evropske integracije in zagotavljanja svobode tržnih akterjev, kasneje, predvsem med in po prehodu s formalistične presoje na presojo po učinku (angl. effects based approach), pa so na pomenu začeli pridobivati cilji tržne učinkovitosti, blagostanja potrošnikov in varstva konkurenčnega procesa. Več o tem v: Dacar, Ferič, 2022, strani 113–115).

<sup>36</sup> Monti, 2007, stran 90.

<sup>37</sup> Zadeva C-209/10, *Post Danmark A/S* proti Konkurrencerådet, ECLI:EU:C:2011:342.

ekonomske učinkovitosti<sup>38</sup> in ne morebiti drugih, torej neekonomskih ciljev,<sup>39</sup> pa tudi iz sodbe v zadevi *Astra Zeneca*,<sup>40</sup> kjer je Sodišče navedlo, da »nezakonitost ravnanja, ki glede na 82. člen Pogodbe o ES (tj. 102. člen PDEU, op. a.) pomeni zlorabo, ni povezana z njegovo skladnostjo ali neskladnostjo z drugimi pravnimi pravili in zlorabe prevladujočega položaja v večini primerov vključujejo ravnanja, ki so sicer na drugih področjih prava zakonita.«<sup>41</sup> Kljub temu pa je mogoče najti peščico zadev, v katerih sta obe instituciji konkurenčno pravo uporabili za doseg ciljev drugih politik EU. Sodišče je v zadevi *Association belge*<sup>42</sup> tako izrecno navedlo, da je potrebno pri izvrševanju konkurenčne politike v ozir vzeti zahteve varstva potrošnikov,<sup>43</sup> v zadevi *Allianz Hungaria*<sup>44</sup> pa, da je mogoče kršitve drugih pravnih panog upoštevati (kvečjemu) kot element konteksta v konkurenčnopravnih postopkih.<sup>45</sup> Sodišče je nadalje neekonomske cilje zasledovalo tudi v zadevah *Albany*<sup>46</sup> in *Wouter*,<sup>47</sup> 48 Komisija pa je združitev podjetij EMI in Universal<sup>49</sup> pogojevala s sprejetjem strogih zavez, ki so bile usmerjene v preprečitev ogrožitve kulturne raznolikosti.

---

<sup>38</sup> Na tem mestu velja izpostaviti, da ekonomska učinkovitost ni enovit pojem, pač pa poznamo njene različne oblike in sicer alokacijsko (včasih tudi alokativno), produkcijsko in dinamično učinkovitost. Alokacijska učinkovitost predstavlja alokacijo (razporeditev) dobrin tistim, ki so zanje pripravljeni največ plačati, z drugimi besedami, ki jih najbolj cenijo, in temelji na predpostavki, da se razporeditev dobrin izvaja na podlagi cene. Produkcijska učinkovitost predstavlja proizvodnjo določene dobrine z najnižjimi stroški in je odvisna od mejnih stroškov proizvodnje vsake nadaljnje enote dobrine. Dinamična učinkovitost pa predstavlja zmožnost podjetij, da se dinamično prilagodijo zahtevam trga in ponujajo drugačne, cenejše ali bolj kakovostne dobrine. Med zadevnimi vrstami učinkovitosti vlada določen *trade off*, z drugimi besedami, zasledovanje ene v večjem obsegu pomeni, da se lahko drugi dve doseže v manjšem. Nemogoča je torej situacija, v kateri bi neko podjetje bilo perfektno alokacijsko, produkcijsko in dinamično učinkovito.

<sup>39</sup> Glej prav tam, točka 24, ki navaja, da »82. člen Pogodbe o ES meri zlasti na ravnanje podjetja s prevladujočim položajem, ki v škodo potrošnikov ovira ohranjanje obstoječe konkurence na trgu ali razvoj te konkurence z drugačnimi sredstvi od tistih, ki so značilna za normalno konkurencio na podlagi dejavnosti gospodarskih subjektov«, pa tudi točko 21, ki navaja, da »namen te določbe (tj. 102. člena, op. a.) niti ni zagotoviti, da ostanejo konkurenti, ki so manj učinkoviti kot podjetje s prevladujočim položajem, na trgu«.

<sup>40</sup> Zadeva C-457/10P, *AstraZeneca AB in AstraZeneca plc* proti Komisiji, ECLI:EU:C:2012:770.

<sup>41</sup> Prav tam, točka 102.

<sup>42</sup> Zadeva T-224/10, *Association belge des consommateurs test-achats ASBL* proti Komisiji, ECLI:EU:T:2011:588.

<sup>43</sup> Prav tam, točka 43.

<sup>44</sup> Zadeva C-32/11, *Allianz Hungária Biztosító Zrt.* in drugi proti *Gazdasági Versenyhivatal*, ECLI:EU:C:2013:160.

<sup>45</sup> Prav tam, točki 46 in 47.

<sup>46</sup> Zadeva C-67/96, *Albany International BV* proti *Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, ECLI:EU:C:1999:28.

<sup>47</sup> Zadeva C-309/99, J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh in *Price Waterhouse Belastingadviseurs BV* proti *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, ob udeležbi *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, ECLI:EU:C:2001:390.

<sup>48</sup> De Buffalo Irkiza, 2021, stran 46.

<sup>49</sup> COMP/M.6458, *Universal Music Group/EMI Music*, točka 666.

Odnos med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov je Sodišče opredelilo s sodbo v zadevi *Asnef-Equifax*,<sup>50</sup> v kateri je poudarilo, da se »morebitna vprašanja glede občutljivosti osebnih podatkov kot taka ne nanašajo na konkurenčno pravo.«<sup>51</sup> Čeprav se morda na prvi pogled zdi tako, dikcija sodbe, natančneje besedna zveze »kot taka,« ne onemogoča zasledovanja ciljev varstva osebnih podatkov z instrumenti konkurenčnega prava v celoti in kategorično, pač pa le v situacijah, kjer vprašanja varstva osebnih podatkov nimajo vpliva na sfero tržne konkurence. Kakor hitro jo imajo, pa je za zasledovanje ciljev varstva osebnih podatkov mogoče uporabiti tudi instrumente konkurenčnega prava. Do tega bi najlažje prišlo, če bi se raven varstva osebnih podatkov interpretiralo kot samostojen necenovni konkurenčni parameter<sup>52</sup> ali sestavni del necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti. Da raven varstva osebnih podatkov lahko predstavlja necenovni konkurenčni parameter, je med drugim potrdila tudi Komisija v sklepu v zadevi *Microsoft/LinkedIn*<sup>53</sup> o dopustitvi združitve zadevnih podjetij, v katerem je izrecno navedla, da varstvo osebnih podatkov predstavlja pomemben konkurenčni parameter.<sup>54</sup> Zadevni sklep sicer predstavlja odstop od sklepov v zadevah *Google/DoubleClick*<sup>55</sup> in *Facebook/WhatsApp*,<sup>56</sup> v katerih se je Komisija v celoti ogradila od analize potencialnih problemov, ki bi jih združitve zadevnih podjetij lahko imele na pravico do varstva osebnih podatkov potrošnikov.

#### 4 Odločba št. B6-22/16 in (nove) meje uporabe konkurenčnega prava

Z dne 15. februarja 2019 izdano odločbo v zadevi *Facebook* je BKA v bistvenem odstopila od zgoraj analiziranih, konservativnih standardov glede odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov.

---

<sup>50</sup> Zadeva C-238/05, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL* proti *Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, ECLI:EU:C:2006:734.

<sup>51</sup> Prav tam, točka 63.

<sup>52</sup> Konkurenčni parametri (uporablja se tudi izraz parametri konkurence) predstavljajo okoliščine, zaradi katerih se bo potrošnik odločil za določen proizvod in/ali storitev med vsemi razpoložljivimi proizvodi in/ali storitvami. Delijo se na cenovne in necenovne. Cenovni konkurenčni parameter je seveda cena proizvoda in/ali storitve. Pri presojah zlorab prevladujočega položaja sta Sodišče in Komisija usmerjena predvsem v ugotavljanje povečanja cene proizvoda in/ali storitve, preko katere nastaja škoda blagostanju potrošnikov, z drugimi besedami, cena ima v konkurenčno-pravnih presojah najpomembnejše mesto med vsemi konkurenčnimi parametri, med katerimi jo je tudi najlažje kvantificirati (preko SSNIP testa). Necenovni konkurenčni parametri so vsi konkurenčni parametri, ki niso cena, med njimi pa ima posebno pomembno mesto necenovni konkurenčni parameter kakovosti.

<sup>53</sup> Primer M.8124, *Microsoft/LinkedIn*.

<sup>54</sup> Prav tam, točka 330.

<sup>55</sup> Primer COMP/M.4731, *Google/DoubleClick*.

<sup>56</sup> Primer COMP/M.7217, *Facebook/WhatsApp*.

## 4.1 Dejansko stanje

Podjetje Facebook je od uporabnikov družabnega omrežja Facebook zahtevalo, da so, preden so odprli uporabniški račun, pristali na splošne pogoje uporabe, ki so med drugim določali, da lahko podjetje Facebook zbira različne kategorije osebnih podatkov uporabnikov, tako tiste, ki jih podjetju Facebook prostovoljno posredujejo z uporabo družabnega omrežja Facebook, npr. preko všeckanja določenih objav ali dodajanja določenih stikov, kot tudi osebne podatke, ki jih posredujejo drugim, s podjetjem Facebook nepovezanim spletnim stranem, ki so imele naložene vključke (angl. plug-in) podjetja Facebook. Podjetje Facebook je vse zadevne osebne podatke združilo z osebnimi podatki, ki jih je o istih uporabnikih zbralo preko njihove uporabe drugih spletnih platform in aplikacij v njegovi lasti, zlasti družabnega omrežja Instagram in aplikacije za telefonske klice preko spleta WhatsApp, ter na ta način ustvarilo zelo natančne profile uporabnikov, ki jih je v nadaljevanju uporabljalo za ponujanje storitev ciljanega oglaševanja podjetjem. Uporabniki so morali na zadevne splošne pogoje uporabe pristati, če so želeli uporabljati družabna omrežja vobče. Podjetje Facebook je na trgu družabnih omrežij za zasebne uporabnike v Nemčiji, tako BKA, namreč imelo absolutno prevladujoči položaj.<sup>57</sup> Za družabno omrežje Facebook namreč niso obstajali ne dejanski in ne potencialni substituti, ki bi bili praktično uporabni. Z drugimi besedami, če so uporabniki želeli uporabljati družabna omrežja, so morali uporabljati družabno omrežje Facebook.<sup>58</sup> Absolutno prevladujoči položaj je kvalificirana različica prevladujočega položaja. Prevladujoči položaj podjetja je načeloma prisoten, ko ima podjetje občutno ekonomsko moč (angl. substantial market power), torej zmožnost, da dvigne cene nad konkurenčno

---

<sup>58</sup> Za družabna omrežja, kot tudi za večstranske spletne platforme na splošno, so značilni izjemno močni učinki omrežja (angl. network effects). Slednji, poimenovani tudi omrežne eksternalije (angl. network externalities), predstavljajo posebno vrsto ekonomije obsega. Neposredni učinki omrežja predstavljajo povečanje vrednosti omrežja za posameznega uporabnika, z večanjem skupnega števila uporabnikov (Kolasky, 1998, stran 481). Družabno omrežje Facebook je za posameznega uporabnika tako izjemno uporabno zato, ker ga uporablja skupno veliko število uporabnikov, iz česar izhajajo večje možnosti za komuniciranje z znanci in družino, ustvarjanje novih stikov, ipd., medtem ko neko drugo družabno omrežje, npr. Vkontakti, na katerem je skupno število uporabnikov manjše in/ali geografsko omejeno, ne daje primerljivih funkcionalnosti. Posredne učinke omrežja pa predstavlja povečevanje števila komplementarnih storitev ter rast njihove kakovosti in padec cene, ki se z rastjo skupnega števila uporabnikov omrežja povečuje.

raven, brez da bi mu grozil vstop novih podjetij na trg ali padec povpraševanja, zaradi katerih bi dvig cene bil nedobičkonosen.<sup>59</sup>,<sup>60</sup>

## 4.2 Nepošteni pogoji uporabe kot izkoriščevalska zloraba prevladujočega položaja

Del teorije<sup>61</sup> na nepoštene splošne pogoje uporabe, ki jih podjetje lahko potrošnikom vsili zaradi prevladujočega položaja, gleda kot na (izkoriščevalsko) zlorabo prevladujočega položaja. Zadevno stališče je delno potrdila tudi sodna praksa Sodišča in administrativna praksa Komisije. Sodišče je v sodbi v zadevi *BRT/SABAM*<sup>62</sup> nepoštene splošne pogoje uporabe opredelilo kot tiste, ki niso nujno potrebni za doseg legitirnega cilja in po nepotrebnem omejujejo svobodo nasprotni stranke,<sup>63</sup> Komisija pa je v zadevi *DSD*<sup>64</sup> navedla, da je mogoče o nepoštenih splošnih pogojih uporabe govoriti vselej, ko podjetje s prevladujočim položajem pri njihovem postavljanju ne upošteva načela proporcionalnosti.<sup>65</sup> Menim, da so glede na opredelitve nepoštenih splošnih pogojev poslovanja splošni pogoji poslovanja, ki jih je potrošnikom vsililo podjetje Facebook, nedvomno bili nepošteni. Ne le, da zadevni splošni pogoji niso bili nujni za doseg legitirnega cilja, predstavljali so celo kršitev pravil varstva osebnih podatkov<sup>66</sup> in kot takšni bili *per se* nelegitimni, dalje pa so svobodo posameznikov občutno omejevali na način, da so prekomerno posegali v sfero njihove zasebnosti. Iz zadevnih razlogov gotovo tudi niso bili proporcionalni, nelegitimni splošni pogoji uporabe namreč po naravi stvari

---

<sup>59</sup> Obstoj prevladujočega položaja se načeloma domneva, ko ima podjetje tržni delež nad 50 %, pri čemur pa ima velik pomen struktura trga (ali je preostala konkurenca atomistična ali pa je na trgu prisotnih manjše število večjih podjetij) in vstopne ovire. Podjetje British Airways je prevladujoči položaj npr. imelo pri tržnem deležu 39,7 %. Glej zadevo T-219/99, British Airways plc proti Komisiji Evropskih skupnosti, ECLI:EU:T:2003:343. Prevladujoč položaj načeloma ni prisoten, če ima podjetje tržni delež, ki je manjši od 40 %. Glej Navodila glede uporabe 102. člena PDEU, ki v točki 14 navaja: »Komisija meni, da so manjši tržni deleži na splošno dober kazalec neobstoja velike tržne moči. Po izkušnjah Komisije ni verjetno, da bi imelo podjetje s tržnim deležem na upoštevnem trgu, ki je manjši od 40 %, prevladujoč položaj. Vendar je mogoče tudi, da v posebnih primerih pod tem pragom konkurenti ne morejo izvajati učinkovitega pritiska na ravnanje prevladujočega podjetja, na primer, če imajo zelo omejene zmogljivosti. Komisija lahko obravnava tudi take zadeve.«

<sup>60</sup> Ni torej neutemeljeno trditi, da je absolutno prevladujoči položaj vmesna stopnja med prevladujočim položajem in monopolom. V primeru prevladujočega položaja so na trgu prisotna druga podjetja, iz katerih izhaja določena stopnja konkurenčnega pritiska, a ne zadostna, da bi konkurenca bila učinkovita, v primeru monopola pa na trgu ni prisotna nikakršna konkurenca.

<sup>61</sup> Lypalo, 2021, stran 178.

<sup>62</sup> Zadeva 127/73, Belgische Radio en Televisie proti SV SABAM in NV Fonior, ECLI:EU:C:1974:6.

<sup>63</sup> Prav tam, točka 15.

<sup>64</sup> COMP D3/34493, DSD.

<sup>65</sup> Prav tam, točka 112.

<sup>66</sup> Kot bo bolj natančno obrazloženo v nadaljevanju.

ne morejo biti proporcionalni, saj je predpostavka za proporcionalnost zasledovanje nekega legitimnega cilja.

### 4.3 Pravni zaključki BKA in kritike odločbe

BKA je zaključila, da je podjetje Facebook absolutno prevladujoči položaj na trgu družabnih omrežij za zasebne uporabnike zlorabilo s tem, da je brez zakonitih podlag, ki jih za obdelovanje osebnih podatkov terja prvi odstavek 6. člena GDPR,<sup>67</sup> obdelovalo njihove osebne podatke, s čimer je nedopustno poseglo v njihovo pravico do varstva osebnih podatkov in v pravico do informacijske samoodločbe. Zlorabo prevladujočega položaja je po stališču BKA podjetje Facebook zagrešilo s tem, da je kršilo temeljni človekovi pravici svojih uporabnikov, kršitev pa je predstavljala manifestacijo absolutno prevladujočega položaja podjetja Facebook, z drugimi besedami, brez absolutno prevladujočega položaja bi zadevna kršitev ne bila mogoča.<sup>68</sup> Očitno je torej, da je BKA z odločbo radikalno preseгла meje odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov, kot sta jih opredelila sodna praksa Sodišča in administrativna praksa Komisije, saj je poseg v temeljne pravice neposredno povezala z zlorabo prevladujočega položaja, ki je tipičen instrument konkurenčnega prava in kot takšen tradicionalno usmerjen v sfero tržne konkurence. Zavaljo tega radikalnega odmika je odločba, predvsem v nemški, pa tudi v tuji teoriji, bila deležna številnih ostrih kritik. *Schneider* tako izpostavlja, da kršitve pravil pravnih panog izven konkurenčnega prava še ne pomenijo avtomatično tudi kršitve konkurenčnega prava,<sup>69</sup> zato bi jih bilo potrebno sankcionirati s tej pravni panogi lastnimi pravnimi instrumenti.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> Prvi odstavek 6. člena GDPR navaja, da je obdelava osebnih podatkov zakonita »le in kolikor je izpolnjen vsaj eden od naslednjih pogojev:

(a) posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, je privolil v obdelavo njegovih osebnih podatkov v enega ali več določenih namenov;

(b) obdelava je potrebna za izvajanje pogodbe, katere pogodbeni stranka je posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, ali za izvajanje ukrepov na zahtevo takega posameznika pred sklenitvijo pogodbe;

(c) obdelava je potrebna za izpolnitev zakonske obveznosti, ki velja za upravljavca; (d) obdelava je potrebna za zaščito življenjskih interesov posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, ali druge fizične osebe;

(e) obdelava je potrebna za opravljanje naloge v javnem interesu ali pri izvajanju javne oblasti, dodeljene upravljavcu;

(f) obdelava je potrebna zaradi zakonitih interesov, za katere si prizadeva upravljavec ali tretja oseba, razen kadar nad takimi interesi prevladajo interesi ali temeljne pravice in svoboščine posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, ki zahtevajo varstvo osebnih podatkov, zlasti kadar je posameznik, na katerega se nanašajo osebni podatki, otrok.

<sup>68</sup> Glej odločbo, točke 525–536.

<sup>69</sup> Obe pravni panogi namreč zasledujeta različne cilje.

<sup>70</sup> *Schneider*, 2018, stran 221.

#### 4.4 Postopek *AGCM* proti podjetju Facebook

Istočasno je proti podjetju Facebook na podlagi istega dejanskega stanja, le da je šlo za njegova ravnanja v Italiji, postopek začela tudi italijanska agencija za varstvo konkurence *Autorità garante della concorrenza e del mercato* (*AGCM*). Ta ima pristojnost tako za pregon kršitev konkurenčnega prava kot tudi prava varstva potrošnikov. *AGCM* postopka ni izvedla na podlagi konkurenčnopравnih pravil, pač pa na podlagi pravil prava varstva potrošnikov. Svoje zaključke je tako oprla na italijanski zakon o varstvu potrošnikov (*Codice del consumo*), ki v italijanski pravni red prenaša Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 2005/29/ES z dne 11. maja 2005 o nepoštenih poslovnih praksah podjetij v razmerju do potrošnikov na notranjem trgu.<sup>71</sup> To ji je omogočilo, da je postopek izvedla brez opredelitve upoštevne trga, kar je nujen predpogoj za izvedbo postopka glede zlorabe prevladujočega položaja.<sup>72</sup> V odločbi je *AGCM* zaključila, da je podjetje Facebook Zakon o varstvu potrošnikov kršilo s tem, da je svoje storitve oglaševalo kot brezplačne, v resnici pa so bile brezplačne le z denarnega vidika, resnično plačilno

<sup>71</sup> UL L 149, 11. 6. 2005, strani 22–39.

<sup>72</sup> Opredelitev upoštevne trga je v primerih, kjer podjetje deluje na trgu, na katerem ponuja z denarnega vidika neodplačne storitve, lahko izjemno težavno. Tradicionalno se upoštevni trg namreč opredeli na podlagi SSNIP (angl. small but significant and non transitory increase in price) testa, ki temelji na ugotavljanju migracije potrošnikov k drugemu proizvodu in/ali storitvi v primeru majhnega, ampak občutnega in nepretrdnega povišanja cene. Po njem upoštevni trg tako tvori »najozžji zbor proizvodov in/ali storitev, glede katerega bi bilo potencialnemu monopolistu mogoče in dobičkonosno malo, ampak občutno (med 5-10 %) in trajno povečati ceno (Craig in de Burca, 2015, stran 1061)«. V kolikor bi v potrošniki, v primeru majhnega, ampak občutnega in trajnega povečanja cene, migrirali k drugemu proizvodu in/ali storitvi, bi se v upoštevni trg dodal tudi za proizvod in/ali storitev. Pri ugotavljanju substitabilnosti ima pomembno vlogo tudi analiza preteklega ravnanja potrošnikov in ponudnikov. V zvezi s tem glej: Sporočilo komisije: Smernice za tržno analizo in ocenitev pomembne tržne moči v skladu z regulativnim okvirom EU za elektronska komunikacijska omrežja in storitve (UL C 159, 7. 5. 2018), točka 38.

Pri ugotavljanju upoštevne trga pa se nadalje preuči tudi, ali bi v primeru majhnega, ampak občutnega in trajnega povečanja cene proizvoda in/ali storitve, podjetja kratkoročno bila pripravljena in zmožna prerazporediti svoje produkcijske faktorje na način, da bi se vključila na zadevni trg.

Ker na trgih, kjer se proizvodi in/ali storitve ponujajo z denarnega vidika neodplačno, po naravi stvari ne more priti do povišanja cen, to v celoti onemogoči uporabo SSNIP testa. V teoriji se sicer predlaga uvedba SSNDQ (angl. small but significant and not transitory decrease in quality) testa. SSNDQ test na teoretični ravni sicer razreši problem določanja upoštevne trga, kjer se proizvodi in/ali storitve ponujajo z denarnega vidika neodplačno, težave pa se pojavijo pri njegovi operacionalizaciji in praktični uporabi, saj bi zanjo morale komponente kakovosti biti splošno sprejete in merljive. To je mogoče v primerih, kjer je »kvantitativna metrika za izmero različnih aspektov kakovosti dobro razvita disciplina, npr. pri ugotavljanju kakovosti bolnišnic na podlagi smrtnosti in v kooperativnih komplikacij (Erzachi in Stucke, stran 2)«. Če pa temu ni tako, kar je sicer slučaj na večini trgov, je določitev kakovosti izjemno težavna. Kot še bolj težavna se izkaže kvantifikacija pomena ravni varstva osebnih podatkov, saj imajo potrošniki »glede željene ravni zaščite osebnih podatkov heterogene preference, kar pogosto izhaja tudi iz dejstva, da podjetja cenovno ugodnost ali celo brezplačnost storitev večstranskih spletnih platform kompenzirajo z omejeno ravno varstva osebnih podatkov (Graef, 2016, stran 303)«. Dalje znižanje ravni varstva osebnih podatkov ne bo nujno vodilo v nižjo kakovost proizvoda in/ali storitve za vse potrošnike, posebno za tiste, ki jih več pomeni visoka raven personalizacije storitve. Zaključiti torej gre, da podjetja med sabo tekmujejo tako z višanjem, kot tudi z nižanjem ponujene ravni varstva osebnih podatkov (Akerlof, 2014, stran 488; Deutscher, 2014, stran 41).



sredstvo pa so predstavljali osebni podatki uporabnikov. Iz tega izhaja, da je AGCM priznala naravo osebnih podatkov kot plačilnega sredstva.

#### 4.5 Nadaljevanje postopka

Podjetje Facebook se je zoper odločbo pritožilo na Višje deželno sodišče v Düsseldorfu, ki jo je, sklicujoč se na resne pomisleke v njeno zakonitost, predvsem zaradi uporabe konkurenčnega prava za doseg ciljev prava varstva osebnih podatkov razveljavilo.<sup>73</sup> Nadalje je izpostavilo še, da bi za to, da bi prišlo do zlorabe prevladujočega položaja, moralo priti do škode v sferi tržne konkurence, ki pa je BKA ni uspela dokazati, ter da BKA za obravnavo zadevnih kršitev sploh ni imela pristojnosti, saj je slednjo imel varuh osebnih podatkov.<sup>74</sup> Po pritožbi BKA zoper odločbo tega sodišča na Zvezno sodišče je slednje zaključilo, da je podjetje Facebook absolutno prevladujoči položaj na trgu družabnih omrežij v Nemčiji sicer zlorabilo, a ne zaradi kršitve pravice do varstva osebnih podatkov, pač pa zgolj zaradi kršitve pravice do informacijske samoodločbe.<sup>75</sup> Odločbo Višjega deželnega sodišča v Düsseldorfu je tako razveljavilo in mu zadevo vrnilo v ponovno odločanje, slednje pa je v postopku ponovnega odločanja na Sodišče naslovilo predhodno vprašanje. V odgovoru na predhodno vprašanje se bo Sodišče moralo opredeliti do odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov ali celo temeljnimi pravicami na splošno.<sup>76</sup>

#### 4.6 Sankcije za kršitve pravil konkurenčnega prava in sankcije za kršitve pravil prava varstva osebnih podatkov

Po navedenem je potrebno odgovoriti še na vprašanje, kakšen bi sploh lahko bil razlog za pregon kršitev prava varstva osebnih podatkov (ki imajo določen vpliv na sfero tržne konkurence) z instrumenti konkurenčnega prava in ne z instrumenti prava varstva osebnih podatkov. Administrativne globe za kršitve pravil prava varstva osebnih podatkov določa GDPR. Te lahko za določene kršitve znašajo do 2 % skupnega svetovnega prometa podjetja v preteklem proračunskem letu ali do 10.000.000 eurov, odvisno, kaj je višje,<sup>77</sup> za druge kršitve pa do 4 % skupnega

<sup>73</sup> Oberlandesgericht Düsseldorf, FCO, VI-Kart 1/19 (V).

<sup>74</sup> Prav tam, točke 30–34.

<sup>75</sup> Bundesgerichtshof, KVR 69/19.

<sup>76</sup> Kot je bilo pojasnjeno zgoraj, je pravica do varstva osebnih podatkov v EU temeljna človekova pravica.

<sup>77</sup> Četrti odstavek 83. člena GDPR.

svetovnega prometa podjetja v preteklem proračunskem letu ali 20.000.000 eurov, odvisno, kaj je višje.<sup>78</sup> Administrativne globe za kršitve 101. in 102. člena PDEU pa lahko znašajo do 10 % svetovnega prometa podjetja v predhodnem poslovnem letu. Opaziti je torej, da so administrativne globe za kršitve konkurenčnopравnih pravil občutno višje kot globe za kršitve pravil prava varstva osebnih podatkov. Dalje je sistem izvrševanja pravil konkurenčnega prava bistveno robustnejši od sistema vzpostavljenega za izvrševanje pravil prava varstva osebnih podatkov. Izvrševanje pravil konkurenčnega prava, ki jih izvršujejo skupaj Komisija in agencije za varstvo konkurence držav članic EU, podrobneje določa Uredba št. 1/2003 z dne 16. december 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov 81 in 82 Pogodbe<sup>79</sup> (Uredba 1/2003), izvrševanje pravil prava varstva osebnih podatkov pa GDPR, pri čemur imajo pristojnost za pregon morebitnih kršitev zgolj nacionalni varuhi osebnih podatkov, pristojnost Komisije pa je omejena na sodelovanje v Evropskem odboru za varstvo osebnih podatkov, kjer pa nima glasovalne pravice.<sup>80</sup> Pri izvrševanju pravil konkurenčnega prava ima tako Komisija bistveno več pristojnosti, postopek pa je tudi občutno bolj centraliziran kot postopek izvrševanja pravil prava varstva osebnih podatkov.<sup>81</sup>

## 5 Zaključek

V tem poglavju je najprej podana sinteza najpomembnejših ugotovitev, nadalje pa še odgovor na zastavljeno raziskovalno vprašanje v uvodu.

### 5.1 Glavne ugotovitve prispevka

V EU ima pravica do varstva osebnih podatkov preko njene vključitve v Listino status temeljne človekove pravice. Sicer je relativno mlada temeljna pravica (t. i. temeljna pravica tretje generacije), ki je v pravni red EU prešla preko sodne prakse ESČS, kljub temu pa je danes ena temeljnih vrednot prava EU. Pravica do varstva

---

<sup>78</sup> Prav tam, peti odstavek 83 člena.

<sup>79</sup> UL L 1, 4. 1. 2003, strani 1–25.

<sup>80</sup> Za podrobnejšo analizo načina izvrševanja pravil prava varstva osebnih podatkov glej 56. člen GDPR.

<sup>81</sup> Če npr. Komisija začne postopek zaradi kršitve pravil konkurenčnega prava, s tem razbremeni te pristojnosti nacionalne agencije za varstvo konkurence države članice EU (šesti odstavek 11. člena Uredbe št. 1/2003). Če pa ena nacionalna agencija za varstvo konkurence države članice EU že obravnava neko zadevo, je to zadostni razlog, da druge nacionalne agencije za varstvo konkurence držav članic EU opustijo svoj postopke ali pritožbo zavržejo (prvi odstavek 13. člena Uredbe 1/2003). Postopek za izvrševanja pravil prava varstva osebnih podatkov je bistveno bolj razdrobljen. Za več o tem glej 56. člen GDPR.

osebnih podatkov je nastala kot informacijska dimenzija pravice do zasebnega in družinskega življenja, od katere se je sicer osamosvojila, še vedno pa je z njo tesno povezana, kar je razvidno in sodne prakse Sodišča in ESČP. Specifika varstva osebnih podatkov, v primerjavi z drugimi temeljnimi pravicami, je v tem, da je po eni strani usmerjeno v zaščito sfere zasebnosti posameznikov, na katere se osebni podatki nanašajo, po drugi strani pa zasleduje tudi ekonomske cilje. Pravici do varstva osebnih podatkov podobna temeljna pravica je pravica do informacijske samoodločbe, ki jo je skozi sodno prakso izoblikovalo nemško Ustavno sodišče in ki predstavlja zmožnost posameznika, da se sam odloči, komu, kdaj in pod kakšnimi pogoji se bodo posredovali podatki o njem (torej osebni podatki).

Zloraba prevladujočega položaja predstavlja zlorabo pravice vsakega podjetja po vzpostavitvi prevladujočega položaja, ki je usmerjena bodisi v izključitev konkurenčnih podjetij s trga (izključevalna zloraba) ali v neposredni dvig cene proizvoda in/ali storitve in s tem zmanjšanje ravni blagostanja potrošnikov (izkoriščevalska zloraba). Zadevna delitev je le deloma točna, saj so v konsekvenci vse zlorabe prevladujočega položaja izkoriščevalske.

Večstranske spletne platforme, npr. družabno omrežje Facebook, profesionalno družabno omrežje LinkedIn, horizontalni spletni brskalnik Google Search, idr., delujejo na dveh trgih hkrati. Na enem od teh trgov ponujajo potrošnikom z denarnega vidika neodplačne storitve, na drugem trgu pa na podlagi osebnih podatkov, ki jih pridobijo od uporabnikov storitve s prvega trga, ki dejansko predstavljajo plačilno sredstvo za to storitev, ponujajo z denarnega vidika odplačno storitev ciljanega oglaševanja uporabnikom storitve iz prvega trga. Osebni podatki, na podlagi katerih so izdelani podrobni profili uporabnikov storitve iz z denarnega vidika neodplačne strani trga, torej predstavljajo nujno zmogljivost za ponujanje storitev ciljanega oglaševanja. Slednje je posebno učinkovita oblika oglaševanja, saj se potrošnikom oglašuje le tiste proizvode in/ali storitve, do katerih so v preteklosti že pokazali določeno afiniteto in jih ne poskuša na novo prepričati v nakup, pač pa deloma v nakup že prepričane potrošnike zgolj še dodatno dregne v njegovo smer. Večstranske spletne platforme pridobijo večino celotnih dohodkov iz aktivnosti na trgu ciljanega oglaševanja, kjer se poslovanje običajno odvija po shemi *par-per-click*, po kateri dobi podjetje, ki izvaja storitev ciljanega oglaševanja, od podjetja, ki to storitev naroči, določen denarni znesek, maržo, za vsak klik uporabnika z denarnega vidika neodplačne storitve večstranske spletne platforme na oglas tega podjetja.

V EU se konkurenčno pravo, kljub različnim prioriteta, ki so odvisne vsakokratnih socialno-ekonomskih dejavnikov, ki vplivajo na konkurenčno politiko, pretežno uporablja za zasledovanje ciljev v sferi tržne konkurence. Komisija in Sodišče ga le nerada uporabljata za zasledovanje ciljev drugih politik EU, čeprav so slednje povezane s konkretnimi konkurenčnopравни postopki, to pa kljub dejstvu, da PDEU v 7. členu določa, da »Unija skrbi za notranjo usklajenost svojih politik in dejavnosti ob upoštevanju vseh svojih ciljev in v skladu z načelom prenosa pristojnosti.« Od zadevnega stališča, ki ga podrobneje opredeljujeta sodbi v zadevah *Post Danmark* in *Astra Zeneca*, je Sodišče v manjšem obsegu odstopilo. V sodbi v zadevi *Association belge* je tako upoštevalo tudi cilje varstva potrošnikov, v sodbi v zadevi *Alianz Hungaria* pa je poudarilo, da je kršitve drugih pravnih panog v konkurenčnopravnih postopkih mogoče upoštevati kot element konteksta. Podobno je Komisija v sklepu v zadevi *EMI/Universal* kot pogoj za združitev zadevnih podjetij določila sprejetje strogih zavez, usmerjenih v zaščito kulturne raznolikosti v EU.

Odnos med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov je Sodišče opredelilo s sodbo v zadevi *Asnef-Equifax*, v kateri je odločilo, da se vprašanja varstva osebnih podatkov kot taka ne morejo upoštevati v konkurenčnopravnih postopkih. V kolikor torej kršitev pravil prava varstva osebnih podatkov posega v sfero tržne konkurence, je po dikciji sodbe možno za sankcioniranje kršitev pravil prava varstva osebnih podatkov uporabiti tudi instrumente konkurenčnega prava. Do tega bo najpogosteje prišlo v situacijah, ko se bo raven varstva osebnih podatkov upoštevala bodisi kot samostojen necenovni konkurenčni parameter ali pa kot sestavni del necenovnega konkurenčnega parametra kakovosti. Ob tem je potrebno posebej izpostaviti, da je kvantifikacija pomena ravni varstva osebnih podatkov skrajno težavna, saj gre za izjemno subjektiven koncept, glede katerega potrošniki izkazujejo izrazito heterogene preference. To je še posebno pomembno v luči dejstva, da je v povezavi z večstranskimi spletnimi platformami višja raven kakovosti storitev, ki se ponujajo na z denarnega vidika neodplačni strani trga, običajno povezana z nižjo ravno varstva osebnih podatkov, ki omogoča večjo personalizacijo storitve. Komisija je v sklepih v zadevah *Microsoft/LinkeIn* ter *Google/DoubleClick* potegnila ostro, ostrejšo od Sodišča, ločnico med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov. Stališče je nekoliko omilila v sklepu v zadevi *Facebook/WhatsApp*, kjer je izrecno pripoznala naravo ravni varstva osebnih podatkov kot necenovnega konkurenčnega parametra. Skratka, po trenutni sodni praksi Sodišča in administrativi

praksi Komisije je raven varstva osebnih podatkov sicer mogoče upoštevati v konkurenčnopравниh presoajah, a le v zelo omejenem obsegu.

BKA je od navedene ostre ločitve med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov v odločbi odstopila na način, da je kršitev pravice uporabnikov družabnega omrežja Facebook do varstva osebnih podatkov in do informacijske samoodločbe kvalificirala kot zlorabo prevladujočega položaja. Podjetje Facebook je potrošnike (kasneje, po kreaciji uporabniškega profila, uporabnike) prisililo, da so sprejeli nepošteno splošne pogoje poslovanja, ki so predstavljali poseg v pravico do varstva osebnih podatkov in v pravico do informacijske samoodločbe. Če so slednji namreč želeli uporabljati družabna omrežja vobče, so morali zadevne splošne pogoje uporabe sprejeti. Podjetje Facebook je na trgu družabnih omrežij v Nemčiji namreč imelo absolutno prevladujoči položaj, z drugimi besedami, družabno omrežje Facebook ni imelo učinkovitih dejanskih in/ali potencialnih substitutov. Čeprav so na trgu družabnih omrežij v Nemčiji poleg družabnega omrežja Facebook bila prisotna še nekatera druga družabna omrežja, slednja zaradi skrajnih učinkov omrežja, ki so značilni za večstranske spletne platforme, niso bila učinkoviti substitut za družabno omrežje Facebook, dalje pa so ti isti učinki omrežja preprečevali vzpostavitev novih družabnih omrežij (potencialnih substitutov). S privolitvijo v zadevne splošne pogoje poslovanja so uporabniki privolili v to, da je podjetje Facebook lahko neomejeno zbiralo osebne podatke, ki so jih ustvarili z uporabo funkcionalnosti družabnega omrežja Facebook, pa tudi z uporabo spletnih strani, ki z družabnim omrežjem Facebook sicer niso bile povezane, so pa na njih bili nameščeni vključki (angl. plug-in) podjetja Facebook. Slednje osebne podatke je podjetje Facebook nato kombiniralo z osebnimi podatki, ki jih je o potrošnikih pridobilo preko njihove uporabe nekaterih drugih večstranskih spletnih platform v lasti podjetja Facebook (Instagram, WhatsApp, Oculus) in tako oblikovalo izjemno natančne profile o njihovih preferencah, ki jih je uporabljalo za ponujanje storitev ciljanega oglaševanja. Nepošteni splošni pogoji poslovanja po sodni praksi Sodišča in administrativni praksi Komisije sicer lahko predstavljajo zlorabo prevladujočega položaja, in sicer v primerih, ko niso neobhodno potrebni za doseg legitirnega poslovnega cilja ali ko prekomerno posegajo v svobodo nasprotne stranke, kar zadevni splošni pogoji poslovanja gotovo so.

Podjetje Facebook, tako BKA, je osebne podatke uporabnikov družabnega omrežja Facebook zbiralo in obdelovalo brez, da bi bila izpolnjena katera od podlag, ki jih za zakonitost takšnega ravnanja določa prvi odstavek 6. člena GDPR. Takšno ravnanje mu je omogočil absolutno prevladujoči položaj. Z drugimi besedami, kršitve temeljnih pravic, ki jih je podjetje Facebook zagrešilo, so bile odraz njegove tržne moči. Istočasno z odločanjem BKA v zadevi *Facebook* je na podlagi istega dejanskega stanja postopek proti podjetju Facebook začela tudi AGCM. Slednja odločitve ni uprla na konkurenčnopravne določbe, pač pa na določbe italijanskega Zakona o varstvu potrošnikov in se na ta način izognila potrebi po težavni opredelitvi trga, ki je potrebna v postopkih povezanih z zlorabo prevladujočega položaja. BKA zaradi manjka pristojnosti za sankcioniranje kršitev prava varstva potrošnikov na podobni podlagi seveda ni mogla odločiti.

Odločba BKA v zadevi *Facebook* je bila deležna številnih glasnih kritik, ki so izpostavljale predvsem, da zgolj kršitev pravic prava varstva osebnih podatkov sama po sebi še ne predstavlja tudi kršitev konkurenčnega prava. Zadevno stališče je ob pritožbi podjetja Facebook zasedlo tudi Višje deželno sodišče v Düsseldorfu, ki jo je Zvezno sodišče sicer razveljavilo in vrnilo v ponovno odločanje, v okviru katerega je Višje deželno sodišče v Düsseldorfu Sodišču postavilo predhodno vprašanje.

Sankcioniranje kršitev prava varstva osebnih podatkov z instrumenti konkurenčnega prava (seveda le v primerih, ko predstavlja tudi kršitev konkurenčnega prava) je učinkovitejše od sankcioniranja istih kršitev z instrumenti prava varstva osebnih podatkov. Konkurenčno pravo se namreč izvršuje bolj centralizirano, Komisija ima pri njem središčno vlogo, možne globe pa so občutno višje. Ob vsem tem pa se seveda odpirajo utemeljena vprašanja o možnostih za zlorabo konkurenčnega prava za zasledovanje ciljev, ki so v celoti zunaj sfere tržne konkurence, ki bi jih preširoka ali celo voluntaristična uporaba konkurenčnopравnih instrumentov za zasledovanje ciljev prava varstva osebnih podatkov lahko prinesla.

## 5.2 Odgovor na raziskovalno vprašanje

Cilj zadevnega prispevka je podati odgovor na raziskovalno vprašanje: »Na kakšen način je odločba odstopila od uveljavljenih načel glede odnosa med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov?«

V zvezi s tem gre ugotoviti, da trenutna sodna praksa Sodišča in administrativna praksa Komisije sicer dopuščata uporabo instrumentov konkurenčnega prava za zasledovanje ciljev, ki so izven sfere tržne konkurence, med njimi tudi varstva osebnih podatkov,<sup>82</sup> hkrati pa se tako Sodišče kot tudi Komisija te možnosti le nerada poslužujeta. Odločitev BKA, da zgolj poseg v pravico do varstva osebnih podatkov in v pravico do informacijske samoodločbe, ki ni imel nikakršnih (dokazanih ali dokazovanih)<sup>83</sup> negativnih vplivov v sferi tržne konkurence in ki ga je omogočil absolutno prevladujoči položaj podjetja Facebook na trgu družabnih omrežij v Nemčiji, predstavlja zlorabo prevladujočega položaja, ki je tipični institut konkurenčnega prava, je v tem oziru radikalni odmik od vzpostavljene prakse. Po mnenju BKA je namreč kršitev pravice do varstva osebnih podatkov, ki jo omogoči prevladujoči položaj podjetja, avtomatično tudi zloraba tega istega položaja, čeprav bi za to tradicionalno morala nastati škoda v sferi tržne konkurence, ki bi se običajno kazala v višjih cenah proizvoda in/ali storitve, njuni nižji kakovosti, izključitvi podjetij s trga (če bi šlo za izključevalno zlorabo prevladujočega položaja) ipd. Glede na dejstvo, da je pravica do varstva osebnih podatkov temeljna pravica, ni neutemeljeno trditi, da odločba izraža, da lahko kršitev katerekoli temeljne pravice, ki jo omogoči prevladujoči položaj podjetja in ki jo zagreši to podjetje, avtomatično predstavlja zlorabo njegovega prevladujočega položaja. Odločba je torej neposredno povezala sfero konkurenčnega prava in sfero temeljnih pravic. Zaključki BKA niso v celoti *vox clamantis in deserto*, vključeni so bili namreč v DMA, ki v 5. členu med drugim vsebuje prepoved kopičenja podatkov (angl. data hoarding), ki jo naslavlja prav zadevna odločba. Ugotoviti je torej mogoče, da je Komisija z vključitvijo zadevne določbe v predlog DMA (določba se je ohranila tudi v končnem besedilu DMA) omilila svoje do sedaj ostro stališče o ločitvi med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov.

---

<sup>82</sup> Pri tem ne gre pozabiti niti na dejstvo, da PDEU v 7. členu določa, da »Unija skrbi za notranjo usklajenost svojih politik in dejavnosti ob upoštevanju vseh svojih ciljev in v skladu z načelom prenosa pristojnosti«. Listina pa v prvem odstavku 51. člena, da se njene določbe »uporabljajo za institucije, organe, urade in agencije unije in države članice, ko izvršujejo pravo Unije, ki morajo spoštovati pravice, upoštevati načela in spodbujati njihovo uporabo v skladu s svojimi pristojnostmi in ob spoštovanju meja pristojnosti Unije.« Z drugimi besedami, tako PDEU kot tudi Listina (pravica do varstva osebnih podatkov je namreč temeljna pravica) izražata obveznost, da se pri izvrševanju konkurenčne politike upošteva tudi varstvo osebnih podatkov kot politika EU in temeljna pravica.

<sup>83</sup> To seveda ne pomeni, da zadevna zloraba prevladujočega položaja ni imela negativnih vplivov v sferi tržne konkurence, pač pa le, da jih BKA ni presojala.

Utemeljeno se sicer postavlja vprašanje, ali bo Sodišče v odgovoru na predhodno vprašanje, ki bo, menim, določilo odnos med konkurenčnim pravom in pravom varstva osebnih podatkov, s tem pa tudi temeljnimi pravicami na splošno, v naslednjih desetletjih s tega vidika radikalni odločbi BKA sledilo ali pa bo ubralo bolj konservativno stališče o medsebojnem odnosu zadevnih pravnih panog, kot ga je zavzelo s sodbo v zadevi *Asnef-Equifax*.

## Literatura

- Akerlof, G. (1970) The "Markets" for Lemons: Quality, Uncertainty and the Market Mechanism. *The Quarterly Journal of Economics*, 84(3) (1970), strani 488–500.
- Argenton, C., Prüfer, J. (2012) Search Engine Competition with Network Externalities. *Journal of Competition Law and Economics*, 8(1), strani 73–105.
- Bernard, L. (2019) Zlorabe prevladujočega položaja in modernizacija uporabe 102. člena PDEU (Ljubljana: Pravna fakulteta v Ljubljani).
- Brkan, M. (2016) The Unstoppable Expansion of the EU Fundamental Right to Data Protection: Little Shop of Horrors? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 23(5), strani 812–841.
- Craig, P., de Burca, G. (2015) *EU Law* (Oxford: Oxford University Press).
- Crémer, J., de Montjoye, Y. A. in Schweitzer, H. (2019) *Competition Policy for the Digital Era* (Luxemburg: Publications Office of the European Union).
- Dacar, R., Ferič, A. (2022) Pravnopolitični pogled na doktrino nujnih zmogljivosti: analiza stanja in pomen »nepogrešljivosti«. *Zbornik znanstvenih razprav*, 82, strani 97–120.
- De Buffalo Irakiza, D. (2021) The Charter of Fundamental Rights, the Aims of EU Competition Law and Data Protection: Time to Level the Playing Field. *Singapore Journal of Legal Studies*, let. 2001(1), strani 39–55.
- Deutscher, E. R. C. (2014) *The Interplay Between EU Competition Law and Data Protection* (Bruges: College of Europe).
- Ezrachi, A., Stucke, M. E. (2016) *Virtual Competition: the Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy* (Harvard University Press, Cambridge).
- Graef, I. (2016) *Data as Essential Facility – Competition and Innovation on Online Platforms* (Tilburg: Univerza v Tilburgu).
- Grilc, P., idr. (2009) *Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence s komentarjev*, (Ljubljana: GV Založba).
- Hijmans, H., Docksey, C. (2019) The Court of Justice as a Key Player in Privacy and Data Protection, *European Data Protection Law Review*, 5(3), strani 300–316.
- Kolasky, W. J. (1999) Network Effects: A Contrarian View. *George Mason Law Review*, 7(3), strani 577–616.
- Lypalo, D. (2021) Can Competition Protect Privacy? An Analysis Based on the German Facebook Case. *World Competition*, 44(2), strani 169–198.
- Monti, G. (2007) *EC Competition Law* (Cambridge: Cambridge University Press).
- Schneider, G. (2018) Testing Art. 102 TFEU in the Digital Marketplace: Insights from the Bundeskartellamt's Investigation Against Facebook. *Journal of European Competition Law & Practice*, 9(4), strani 213–225.
- Wasastjerna, M. (2020) *Competition, Data and Privacy in the Digital Economy: Towards a Privacy Dimension in Competition Policy?* (Haag: Kluwer Law International).
- Westin, A. F. (1967) *Privacy and Freedom* (New York: Atheneum).



## SUMMARY

The protection of personal information constitutes a fundamental right in the EU. In its *Asnef-Equifax* ruling, the Court decided that violations of the right to the protection of personal information are, as such, not relevant for competition law. The Commission followed the Court's position in its *Google/DoubleClick* and *Facebook/WhatsApp* decisions, where it refused to consider the potential impact of the merger of several datasets on the protection of the personal information of the relevant data subjects. In general, it can be concluded that both the Court and the Commission are very reticent to pursue goals of other policies when applying competition law, although they did so in a small number of cases, notably the *Association belge* and *Alianz Hungaria* judgements, the *EMI/Universal* decision and to a smaller extent the *Microsoft/LinkedIn* decision. The BKA strayed from the *Asnef-Equifax* line of reasoning in its *Facebook* decision. Facebook had an ultra-dominant market position on the market for social networks in Germany. If consumers wanted to use social networks in general, they had no other choice but to use Facebook, as all other social networks were practically useless due to extreme direct and indirect network effects present on the market. Thus, they had to comply with abusive general terms of use, which allowed Facebook to gather an excessive amount of personal data, deriving both from the consumers' use of the Facebook social network as well as from their use of other websites, without any topical connection with Facebook, that had Facebook plug-ins installed. On the basis of this data, Facebook created highly accurate profiles of individual consumers, which it used for the offering of services of targeted advertisement to third parties. Targeted advertisement is a special form of advertisement that is by far more efficient than traditional, horizontal, advertisement. It is conducted mainly by multi-sided internet platforms, which gather personal data of the users of the service from the zero-price market and use it to create accurate profiles about their preferences. In the next step, they use these profiles to show targeted adverts to users of the service on the zero-price market, whereby they only show the adverts for those products and/or services to a certain individual that he or she has beforehand demonstrated some affinity to (for example by repeatedly visiting the internet page of the producing company).

The BKA pointed out that a violation of the right to the protection of personal information can constitute an abuse of dominance if it was enabled by the company's dominant market position. As such, the conduct of Facebook infringing fundamental rights constituted an abuse of dominance, which traditionally requires some sort of damage to market competition.

Facebook filed a complaint to the Düsseldorf Court of Appeal. After a lengthy judicial procedure and the annulment of the Düsseldorf Court's first judgement by the Federal Court of Justice, the Düsseldorf Court requested the Court to give a preliminary ruling. The Court's judgement will not only define the position of targeted advertisement in the judicial order of the EU, but will also have to tackle the question of the relationship between competition law and data protection law (or even fundamental rights as a whole, since the right to the protection of personal information is a fundamental right). It remains to be seen whether the Court will follow its *Asnef-Equifax* reasoning or if it will adopt a more proactive stance, such as the one of the *BKA*.

The paper at hand attempts to answer the research question: "In what way did the decision stray from established principles regarding the relation between competition Law and the protection of personal information?"

